

Управление Федеральной антимонопольной службы

по республике Коми

РЕШЕНИЕ

09 ноября 2022 года

(изготовление решения в полном объеме)

№ 03-01/8582

07 ноября 2022 года

(оглашение резолютивной части)

г. Сыктывкар

<...>

ООО «Смартьюб»

Татищева ул., д. 49а, оф. 507,

г. Екатеринбург, 620028

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее – Комиссия, Коми УФАС России) по рассмотрению дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в составе:

<...>;

рассмотрев дело № 011/05/18-787/2022, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «Смартьюб» (далее – ООО «Смартьюб») по факту распространения 05.08.2022 в 14 часов 35 минут на абонентский номер заявителя <...> с абонентского номера <...> рекламы услуг по кредитованию в АО «Альфа-Банк» с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие ООО «Смартьюб», заявителя, ИП <...>, надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило заявление <...> от 05.08.2022 (вх. № 4310-э от 08.08.2022) о распространении на его абонентский номер рекламного звонка с нарушением требований рекламного законодательства.

По результатам рассмотрения указанного заявления принято решение о возбуждении дела № 011/05/18-787/2022 в отношении ООО «Смартьюб» по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, о чем вынесено соответствующее определение № 03-01/6950 от 07.09.2022.

Из материалов дела № 011/05/18-787/2022 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

Из заявления следует, что на абонентский номер заявителя <...> с абонентского номера <...> 05.08.2022 в 14 часов 35 минут поступил рекламный звонок следующего содержания:

«- Добрый день, меня зовут Татьяна, официальный партнёр АО «Альфа-Банка», звоню с предложением по развитию кредитования для Вашего бизнеса. Уделите минутку?

- Нет, не уделю.

- Ну смотрите, сейчас для Вашего бизнеса есть предложение по кредитованию с лимитом до ста пятидесяти миллионов рублей, предложение действительно выгодное, поэтому хочу предложить Вам пообщаться с нашим менеджером и уже принять взвешенное решение о сотрудничестве. Согласны?

- Нет, не согласен.

- Я Вас поняла, хорошего дня.

- До свидания» (далее - рассматриваемая реклама).

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о рекламе, реклама – информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством звонка;

- адресована неопределенному кругу лиц;

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: услуге по кредитованию в АО «Альфа-Банк», формирование или поддержание интереса к ней, и ее продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространенная посредством звонка на абонентский номер <...>, является рекламой.

В силу положений, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой

форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В соответствии с Разъяснениями ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

<...> указывает, что согласия на получение рассматриваемой рекламы им не давалось.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет ответственность рекламодатель.

В силу п. 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В письме ФАС России № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» разъяснено, что обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. В названном письме также обращено внимание на то, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламодателем не является.

Определением № 03-01/7648 от 06.10.2021 срок рассмотрения дела № 011/05/18-787/2022 продлен, рассмотрение дела отложено, Комиссией к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечена ИП <...>, в качестве лица, располагающего сведениями о рассматриваемых в ходе дела обстоятельствах, привлечено АО «Альфа-Банк».

Согласно письменным пояснениям ООО «Смартьюб», представленным в материалы рекламного дела, ООО «Смартьюб» оказывает услуги по доступу к программному обеспечению «Скорозвон», представляющему сервис для совершения звонков, который помогает отделам продаж эффективно обзванивать базу своих клиентов. Подключение к указанному сервису осуществляется путём присоединения к публичной оферте ООО «Смартьюб», размещённой на сайте <https://skorozvon.ru/offer>, акцептом оферты является поступление лицензионного вознаграждения на счёт ООО «Смартьюб».

Как указало ООО «Смартьюб», обычно пользователь «Скорозвон» осуществляет звонки с использованием собственных телефонных номеров. В некоторых случаях, на основании отдельной Заявки, телефонный номер для работы в сервисе «Скорозвон» предоставляется ООО «Смартьюб» в качестве посредника. Телефонный номер <...> на дату совершения звонка – 05.08.2022 был выделен ИП <...> в соответствии с заявлением от 01.08.2022. ООО «Смартьюб» не совершало звонков на телефонный номер заявителя <...> и не является

рекламораспространителем.

На основании вышеизложенного, ООО «Смартьюб» ходатайствовало о прекращении производства по делу № 011/05/18-787/2022 в отношении ООО «Смартьюб».

Как указывает АО «Альфа-Банк» в письменных пояснениях, представленных в материалы рекламного дела, Банк не осуществлял звонков рекламного характера на абонентский номер <...>, в том числе 05.08.2022 в 14 часов 35 минут с абонентского номера <...>. Номер телефона <...> Банку не принадлежит и работниками Банка не используется. Сведениями о лице, использующем абонентский номер <...>, Банк не располагает. Банк не является рекламодателем/рекламопроизводителем/рекламораспространителем в рассматриваемом случае. Банк не определял содержание рекламы, не осуществлял и не инициировал её распространение, никакого отношения к рассматриваемой рекламе не имеет, указанные в Определении организации не являются партнёрами Банка. По результатам проверки, проведенной на основании имеющихся в Определении сведений, в числе клиентов Банка <...> не найден. По мнению АО «Альфа-Банк», в действиях Банка отсутствуют признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно письменным пояснениям ИП <...>, ИП <...> осуществила исходящий вызов на телефонный номер <...> с целью предложения по развитию кредитования бизнеса владельцу указанного номера (Абонента). При осуществлении рассматриваемой телефонной коммуникации ИП <...> была озвучена цель исходящего вызова, после чего Абонентом не было выражено согласие на получение рекламной информации, в связи с чем телефонная коммуникация была прекращена.

По мнению ИП <...>, данный исходящий вызов на телефонный номер Абонента не является нарушением законодательства Российской Федерации, поскольку ст. 18 Закона о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия Абонента на получение рекламы по электросетям, следовательно, согласие Абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя, что подтверждается п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе». ИП <...> при осуществлении вызова озвучила цель звонка и при получении несогласия Абонента прекратила телефонную коммуникацию. Информация, которую хотела донести ИП <...> в адрес Абонента, не являлась рекламой, как информация, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В подтверждение своей позиции ИП <...> ссылается на определение Магаданского УФАС России № 132 от 20.06.2019 о прекращении производства по делу № 02-38/9р-2019.

Комиссией Коми УФАС России установлено, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ИП <...>.

Комиссия Коми УФАС России, рассмотрев вышеуказанные доводы ИП <...>, приходит к нижеследующим выводам.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о рекламе реклама – информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством звонка;
- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: услуге по кредитованию в АО «Альфа-Банк», формирование или поддержание интереса к ней, и ее продвижение на рынке.

ИП <...>, ссылаясь на нерекламный характер рассматриваемого звонка, указывает на то, что при осуществлении рассматриваемой телефонной коммуникации ИП <...> была озвучена цель исходящего вызова, после чего Абонентом не было выражено согласие на получение рекламной информации, в связи с чем телефонная коммуникация была прекращена.

Вместе с тем, из содержания телефонного разговора усматривается, что в начале разговора звонившим произнесена следующая фраза: «Добрый день, меня зовут Татьяна, официальный партнёр АО «Альфа-Банка», звоню с предложением по развитию кредитования для Вашего бизнеса. Уделите минутку?», что указывает на привлечение внимания к определённой объекту рекламирования – услуге по кредитованию в АО «Альфа-Банк». Кроме того, несмотря на нежелание заявителя продолжать телефонный разговор, что было явно выражено фразой: «Нет, не уделю», разговор был продолжен звонившим и им была озвучена информация о предложении по предоставлению услуги по кредитованию с лимитом до ста пятидесяти миллионов рублей в АО «Альфа-Банк». Таким образом, из содержания телефонного разговора не следует, что ИП <...> было получено согласие заявителя на получение рассматриваемой рекламы на его абонентский номер.

Комиссия Коми УФАС России, оценив содержание представленного в материалы дела определения Магаданского УФАС России № 132 от 20.06.2019 о прекращении производства по делу № 02-38/9р-2019, пришла к выводу, что данное определение вынесено по иным, не схожим с рассматриваемыми, обстоятельствам, поскольку из содержания определения усматривается, что юридическим лицом было получено письменное согласие абонента на распространение рекламной информации на его абонентский номер.

Закон о рекламе возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламораспространителя.

В силу п. 1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» абонент – пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода

идентификации.

В соответствии с ч. 1 ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

При этом согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

В пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указано, что, поскольку Законом о рекламе не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Буквальное толкование указанных положений постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Между тем согласие абонента на получение рекламы должно четко содержать волеизъявление лица на получение рекламы. В случае отсутствия четкого волеизъявления абонента реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

При этом из содержания аудиозаписи рассматриваемого рекламного звонка следует, что согласие на получение рекламы от абонента не было озвучено, что подтверждается фразами заявителя следующего содержания: «Нет, не уделю», «Нет, не согласен».

В связи с тем, что заявитель утверждает, что не давал согласия на распространение рассматриваемой рекламы на его абонентский номер, а Комиссией Коми УФАС России не установлено иное, то распространение указанной рекламы противоречит части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Содержание разговора свидетельствует о том, что заявитель не был предупрежден о цели звонка и в нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе ИП <...> предварительно не выяснила, согласен ли абонент на получение рекламы.

На основании имеющихся в рекламном деле материалов Комиссия Коми УФАС России пришла к выводу, что ИП <...> является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы.

Доказательств того, что ИП <...> было получено предварительное согласие заявителя на получение рассматриваемой рекламы, в материалы рекламного дела не представлено.

Документов, материалов, указывающих, что ИП <...> приняты все достаточные меры по соблюдению требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе при осуществлении 05.08.2022 в 14 часов 35 минут рекламного звонка на абонентский номер <...> Коми УФАС России при рассмотрении дела не получено, ИП <...> не представлено.

Таким образом, доказательств того, что ИП <...> было получено предварительное согласие заявителя на получение рассматриваемой рекламы, материалы рекламного дела не содержат.

Из материалов рекламного дела усматривается, что рекламораспространитель - ИП <...>, на которую в силу ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе возложена ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, не предприняла достаточных мер для недопущения нарушения рекламного законодательства, по сути уклонилась от обязанности по контролю за соответствием распространяемой посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде звонка рекламы Закону о рекламе, что является исключительной зоной ответственности рекламораспространителя.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение рекламного законодательства произошло по вине ИП <...>.

Из материалов рекламного дела усматривается, что со стороны ИП <...> должных мер по контролю за соответствием рассматриваемой рекламы требованиям Закона о рекламе не принято, что и привело к рассматриваемому нарушению.

Таким образом, ИП <...> нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Вместе с тем, из материалов рекламного дела не следует, что ООО «Смартьюб» является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы, в связи с чем, Комиссией усматриваются основания для удовлетворения ходатайства Общества о прекращении производства по делу № 011/05/18-787/2022 в отношении ООО «Смартьюб».

Согласно разъяснениям ФАС России по применению ст. 18 Закона о рекламе «распространение» в контексте Закона о рекламе не означает направление электросигнала, транслирующего рекламу, к приемному устройству, а означает момент, когда реклама становится доступной для восприятия потребителя; местом совершения правонарушения будет являться территория субъекта Российской Федерации, на которой была распространена (доведена до потребителя) реклама. При этом определение субъекта Российской Федерации, на территории которого совершено правонарушение, должно осуществляться путем установления принадлежности абонентского номера к диапазону номеров, выделенному оператору сотовой связи на территории конкретного субъекта Российской Федерации.

Согласно данным, размещённым в открытых источниках в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», абонентский номер заявителя <...> входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи на территории Республики Коми.

Заявитель проживает в г. Сыктывкаре Республики Коми.

Следовательно, субъектом Российской Федерации, на территории которого была распространена (доведена до потребителя) реклама, является Республика Коми.

На дату принятия Комиссией решения в материалах рекламного дела отсутствуют доказательства прекращения распространения ненадлежащей рекламы.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ИП <...> предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

На основании изложенного, руководствуясь п. 4 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 33, п. 7 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу услуг по кредитованию в АО «Альфа-Банк», распространенную 05.08.2022 в 14 часов 35 минут на абонентский номер заявителя <...> с абонентского номера <...>, ненадлежащей, поскольку она распространена с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

2. Выдать индивидуальному предпринимателю <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения указанной в п. 1 Решения ненадлежащей рекламы.

3. Производство по делу № 011/05/18-787/2022 в отношении ООО «Смартьюб», адрес места нахождения: 620028, Свердловская обл., г. Екатеринбург, ул. Татищева, д. 49, к. А, оф. 507, ОГРН 1126658008707, ИНН 6658407780, прекратить.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении индивидуального предпринимателя <...> дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение в полном объеме изготовлено 09 ноября 2022 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня принятия решения в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...>

<...>

Члены Комиссии <...>

<...>

...

<...>