

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-1074/2023

28 ноября 2023 года
город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее также – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – <...>, заместитель руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 055/05/18-1074/2023 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения индивидуальным предпринимателем <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, далее – ИП <...>) рекламы, содержащей признаки нарушения требований части 7 статьи 5, частей 1 и 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие заявителя, ИП <...>, извещенных надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России обратился гражданин <...> по факту поступления на принадлежащий ему абонентский номер <...> звонков рекламного характера:

- 17.08.2023 в 12:29 час с абонентского номера <...> звонок следующего содержания: *«Возможна ипотека по сниженной ставке. Хотите узнать подробности - нажмите «1». Хотите, чтобы мы перезвонили вам позже – нажмите «2». Не интересно- нажмите «3»;*

- 17.08.2023 в 12:30 час. с абонентского номера <...> звонок следующего содержания:

«Да, здравствуйте. Вас ранее заинтересовало предложение по приобретению квартиры. Все верно? Могу информацию вам предоставить?»

- *А это кто?*

- *Центр подбора недвижимости. Меня зовут <...>. У нас актуальная информация по новостройкам в Омске. Актуальна для вас покупка?*

- *А вы откуда? Из какого города?*

- *Я же говорю: у нас по Омску актуальная информация. Омск.*

- *А, ну да. А как вы мне звоните?*

- *Не понял, еще раз.*

- *А я к вам обращался когда-то что ли?*

- *Нет. Смотрите, ваш номер находится в базе людей, которые интересовались покупкой в Омске и, собственно, поэтому вам звоню, спрашиваю, актуальна в принципе покупка для вас или нет?*

- А в базу я как попал?

- Номер ваш передали маркетологи нашей компании.

- А, не просто не помню, чтобы обращался к риэлторам, поэтому и удивился.

- Я не риэлтор, я не риэлтор. Мои услуги абсолютно бесплатны. Я же говорю: мы просто центр подбора недвижимости, консультация для вас абсолютно бесплатная.

- Нет, спасибо, не надо, благодарю вас.

- А почему, подскажите, покупку отложили или..?

- Да, да.

- Ну а если все-таки стопроцентный будет вариант по вашим параметрам в подходящей локации?

- Нет, спасибо. Не надо. Я не знаю же, какую фирму вы представляете.

- Я же вам сказал: центр подбора недвижимости.

- А вы в Омске находитесь?

- Что, еще раз?

- В Омске находитесь?

- У нас привязки по адресу нет, мы работаем, в принципе, по всей России.

- А, ну нет, просто если б в офис... я может быть в офис пришел, а так по телефону как-то я подозрительно отношусь, извините, до свидания.

-У нас актуальная...».

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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;

объект рекламирования - это товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама;

товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Вышеуказанная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку распространена по сетям электросвязи. При этом информация, распространенная в адрес заявителя 17.08.2023 в 12:29 час. с абонентского номера <...>, направлена на привлечение внимания финансовой услуге – ипотеке; 17.08.2023 в 12:30 час. с абонентского номера <...> к центру подбора недвижимости и оказываем в нем услугам.

В соответствии с частью 7 статьи 5 Федеральный закон «О рекламе» не допускается реклама,

в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы.

В рекламе, распространённой в адрес заявителя 17.08.2023 в 12:29 час. с абонентского номера <...> говорится об ипотеке по сниженной ставке, при этом отсутствует информация об изначальном размере процентной ставки, о том, на какое значение она снижена. Тем самым настоящая реклама вводит абонента в заблуждение относительно привлекательности данной финансовой услуги.

Кроме того, частью 1 статьи 28 Федеральный закон «О рекламе» установлено, что реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг, и финансовой деятельности должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги или осуществляющего данную деятельность (для юридического лица - наименование, для индивидуального предпринимателя - фамилию, имя и (если имеется) отчество).

В рассматриваемой рекламе отсутствуют сведения о наименовании юридического лица, оказывающего финансовые услуги по предоставлению ипотеки, что свидетельствует о нарушении части 1 статьи 28 Федеральный закон «О рекламе».

Одновременно, по утверждению заявителя, рекламная информация 17.08.2023 в 12:29 час. и в 12:30 час. была направлена без его предварительного согласия на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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.

При этом именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

Более того, согласно части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Как указано в обращении, рассматриваемая реклама 17.08.2023 в 12:29 час. была распространена с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки), что свидетельствует о нарушении части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно информации из Базы данных перенесенных абонентских номеров, абонентские номера <...> принадлежат к нумерации ПАО «МегаФон».

По информации ПАО «МегаФон» абонентские номера <...> выделены ИП <...> на основании договора № 100423663 от 17.12.2021.

На запрос Омского УФАС России ИП <...> представлена информация, согласно которой «... ИП <...> является в соответствии с п. 14 ст. 13 Закона о рекламе «оператор рекламной системы», т.е. лицо, осуществляющее деятельность по обеспечению функционирования рекламной системы с помощью сервиса, расположенного на доменном имени: *botto.ru*.

Согласно Пользовательскому соглашению на использование программного продукта (СЕРВИСА), расположенного на доменном имени: *botto.ru* и его поддоменах, ИП <...> предоставляет пользователям - физическим или юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям, получивший доступ к СЕРВИСУ для реализации возможностей, предусмотренных функционалом СЕРВИСА.

СЕРВИС предназначен для самостоятельного формирования Аудиозаписей/Текстов Пользователем и отправки указанных Аудиозаписей/Текстов Получателям (Клиентам Пользователя). Функционирование СЕРВИСА осуществляется через информационно-телекоммуникационную сеть «Интернет». Пользователь самостоятельно получает и оплачивает право на использование СЕРВИСА на условиях, установленных настоящим Пользовательским соглашением и по Тарифам, размещенным на сайте СЕРВИСА. Формирование и направление оператору связи в целях последующей отправки голосовых/текстовых сообщений получателям осуществляется посредством использования СЕРВИСА. Непосредственная отправка голосового/текстового сообщения осуществляется соответствующим оператором связи в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации. При этом СЕРВИС оказывает техническую поддержку, не вмешиваясь и не анализируя содержание сообщений, отправляемых Пользователем, посредством оказания помощи в направлении голосовых/текстовых сообщений соответствующему оператору связи.

Использование СЕРВИСА возможно только в целях, соответствующих законодательству РФ. Соглашаясь с настоящей офертой, Пользователь обязуется не совершать действий, нарушающих законодательство РФ. Любое использование Пользователем СЕРВИСА с нарушением законодательства РФ противоречит настоящей Оферте и не соответствует намерениям сторон. В соответствии со статьей 10 ГК РФ, добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются.

Пользователь при работе в СЕРВИСЕ самостоятельно обязан обеспечить получение всех требуемых законодательством РФ согласий и разрешений до совершения действий, для которых наличие соответствующих согласий/разрешений является необходимым. Пользователь признает и соглашается с тем, что СЕРВИС не прослушивает и не просматривает содержание аудиозаписей/текстовых сообщений, направляемых Пользователем посредством СЕРВИСА. Пользователь осознает и согласен с тем, что он должен самостоятельно оценивать все риски, связанные с направлением сообщений, включая риски нарушения действующего законодательства Российской Федерации и самостоятельного несения неблагоприятных последствий, в результате такого нарушения.

Пользователь самостоятельно несет ответственность перед третьими лицами за свои действия, связанные с использованием СЕРВИСА, в том числе за соответствие содержания направляемых сообщений требованиям действующего законодательства, если такие действия приведут к нарушению прав и законных интересов третьих лиц, а также за соблюдение законодательства при использовании СЕРВИСА, а также за достоверность сведений и правомерность использования номеров телефона, с которых Пользователь совершает действия - совершение звонков/сообщений получателям. Пользователь гарантирует Правообладателю наличие согласий Абонентов и адресатов, полученных в соответствии с ФЗ от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» и ФЗ от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи». При предъявлении претензий органами ФАС и другими контролирующими организациями, связанных с совершением звонков или отправкой сообщений через СЕРВИС, предъявленных в связи с отсутствием согласия Абонентов на получение звонков, сообщений, и иные - Пользователь признается непосредственным распространителем звонков/сообщений и самостоятельно несет ответственность в соответствии с законодательством РФ. Правообладатель и принадлежащий ему СЕРВИС не распространяют рекламные материалы и не являются рекламораспространителями по смыслу Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ. У СЕРВИСА сохраняется вся история звонков/сообщений Пользователя, совершаемых по базе (номер, дата, время, результат звонка), поэтому при возникновении претензий от Клиента Пользователя СЕРВИС всегда может выяснить в соответствии с ФЗ «О рекламе» совершался ли автоматический звонок (какой из Пользователей производил автоматический звонок, правильное время суток, и т.д.).

На основании вышеизложенного и в соответствии с нормами закона о рекламе

рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, рекламораспространителями в смысле закона о рекламе являются пользователи СЕРВИСА, а не сам сервис (его правообладатель).

Нарушения части 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», ответственность за которые предусмотрена ст. 14.3 КоАП РФ несет в соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель, а соответственно ИП <...>, являющийся оператор рекламной системы, за данные нарушения не отвечает.

Дополнительно сообщаю, что договор в письменном виде между ИП <...> и пользователями Сервиса не заключается, стороны осуществляют свое взаимодействие на основании вышеуказанного пользовательского соглашения, которое является публичной офертой».

Рассмотрев пояснения ИП <...>, Комиссия не может согласиться с позицией последнего ввиду следующего.

ИП <...> не считает себя рекламораспространителем, указывая, что является оператором рекламной системы, предоставил выделенные ему номера пользователю системы.

Согласно пункту 14 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» оператор рекламной системы - лицо, осуществляющее деятельность по обеспечению функционирования рекламной системы.

При этом, в соответствии с пунктом 13 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламная система - информационная система и (или) программа для электронных вычислительных машин, которые предназначены и используются для организации распространения в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» рекламы посредством принадлежащих третьим лицам информационных ресурсов (сайтов в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», страниц сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», информационных систем и (или) программ для электронных вычислительных машин).

В целях всестороннего рассмотрения пояснений ИП <...> сотрудниками Омского УФАС России с помощью адресной строки браузера «Яндекс» был набран адрес «botto.ru». При этом при нажатии «Enter» открылась страница «Платформы автоматизации маркетинга», расположенная по адресу <https://botto.ai/ru/>.

В нижней части страницы размещено пользовательское соглашение, в пункте 1 которого дословно указано следующее: «Данное пользовательское соглашение является публичной офертой (далее по тексту – Оферта, договор) ООО «БОТТО» (<...>), именуемого в дальнейшем «СЕРВИС» или «Правообладатель», к любому физическому или юридическому лицу, а также лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность без образования юридического лица - далее по тексту соглашения «Пользователь», заключить настоящий договор на предоставление права использования СЕРВИСОМ расположенного на доменном имени: botto.ai и его поддоменах (далее – СЕРВИС), на условиях, изложенных в настоящей Оферте...».

Согласно пункту 2 указанного соглашения «...СЕРВИС предназначен для самостоятельного формирования Аудиозаписей/Текстов Пользователем и отправки указанных Аудиозаписей/Текстов Получателям (Клиентам Пользователя).

7.1. Пользователь вправе с использованием СЕРВИСА осуществлять самостоятельно формирование и совершение звонков/сообщений получателям, которые дали соответствующие разрешения/согласия на получение соответствующей информации. Непосредственно совершение звонков, сообщений осуществляется соответствующим

оператором связи в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации.

7.2. Функционирование СЕРВИСА осуществляется через информационно-телекоммуникационную сеть «Интернет». Пользователь самостоятельно получает и оплачивает право на использование СЕРВИСА на условиях, установленных настоящим Пользовательским соглашением и по Тарифам, размещенным на сайте СЕРВИСА.

7.3. Формирование и направление оператору связи в целях последующей отправки голосовых/текстовых сообщений получателям осуществляется посредством использования СЕРВИСА. Непосредственная отправка голосового/текстового сообщения осуществляется соответствующим оператором связи в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации. При этом СЕРВИС оказывает техническую поддержку, не вмешиваясь и не анализируя содержание сообщений, отправляемых Пользователем, посредством оказания помощи в направлении голосовых/текстовых сообщений соответствующему оператору связи. СЕРВИС не несет ответственности за качество и скорость доставки голосового/текстового сообщения.

7.4. Моментом отправки голосовых/текстовых сообщений Пользователя считается момент передачи голосовых/текстовых сообщений Пользователя оператору связи для последующей отправки конечным получателям. В момент отправки сообщений посредством использования СЕРВИСА соответствующему оператору связи, подлежат списанию денежные средства с электронного виртуального счета Пользователя соразмерно объему направляемых голосовых/текстовых сообщений по Тарифам, действующим на момент отправки сообщений оператору связи.

7.5. Пользователь самостоятельно определяет желаемый объем подлежащих направлению голосовых/текстовых сообщений...».

Таким образом, оператором сервиса «Платформа автоматизации маркетинга», расположенного по адресу <https://botto.ai/ru/>, является ООО «БОТТО» (<...>), а не ИП <...>.

Более того, в настоящем случае рассматривается распространение рекламы путем звонков на абонентский номер посредством использования сетей электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Подвижная радиотелефонная связь - это способ связи, при котором доступ абонента к каналу связи осуществляется без использования кабеля, а связь с абонентским устройством осуществляется по радиоканалу.

Оператор подвижной радиотелефонной связи «Мегафон» в ресурс нумерации которого входят абонентские номера, с которых были осуществлены спорные звонки, сообщил что абонентские номера <...> и <...> выделены на основании договора № 100423663 от 17.12.2021 ИП <...>, который несет ответственность за доступ к принадлежащим ему абонентским номерам и их использование в целях распространения рекламы. В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании вышеизложенного, исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ИП <...> является рекламодателем спорной рекламы.

Пунктом 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламодатель - это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Учитывая отсутствие документов, подтверждающих факт того, что рекламная информация распространялась в интересах и по заказу третьих лиц, исходя из определения, данного в пункте 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ИП <...> является и рекламодателем вышеуказанной рекламы.

В силу части 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований части 7 статьи 5 и части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

Частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламодатель несет ответственность за нарушение требований частей 1 и 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

Определением Омского УФАС России от 29.09.2023 в отношении ИП <...> возбуждено дело № 055/05/18-1074/2023 по признакам нарушения требований части 7 статьи 5, частей 1 и 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

Копия определения о возбуждении дела была направлена ИП <...> по указанному в Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей адресу регистрации заказным письмом от 29.09.2023 № ТШ/6021/23, однако согласно сведениям, размещенным на сайте оператора почтовой связи АО «Почта России» (<https://www.pochta.ru/tracking>), указанное письмо (почтовый идентификатор отправления 64401060960538) адресатом получено не было, хранилось в месте вручения с отметкой - «Неудачная попытка вручения».

Определением Омского УФАС России от 26.10.2023 срок рассмотрения дела № 055/05/18-1074/2023 был продлен, рассмотрение назначено на 28.11.2023 в 15:00 час.

Копия указанного определения направлена по адресу регистрации ИП <...> заказным письмом от 27.10.2023 № ТШ/6699/23, и согласно информации, размещенной на сайте оператора почтовой связи АО «Почта России» (<https://www.pochta.ru/tracking>), указанное письмо (почтовый идентификатор отправления 6440106094192) получено адресатом 08.11.2023.

Таким образом, ИП <...> надлежащим образом извещен о времени и месте рассмотрения дела № 055/05/18-1074/2023.

Рассмотрев материалы дела, пояснения ИП <...>, учитывая наличие договора об оказании услуг связи № 100423663 от 17.12.2021, заключенного между ПАО «МегаФон» и ИП <...>, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нарушении ИП <...> требований части 7 статьи 5, частей 1 и 2 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» при распространении в адрес заявителя (абонентский номер <...>) рекламной информации 17.08.2023 в 12:29 час. с абонентского номера <...> и части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы с абонентского номера <...> 17.08.2023 в 12:30 час.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителя на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства о рекламе.

В силу пункта 1 части 2 статьи 33 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая разовый характер поступления звонков с абонентских номеров <...> и <...> в адрес заявителя (абонентский номер <...>), а также отсутствие на момент рассмотрения настоящего дела доказательств обратного, Комиссией Омского УФАС России сделан вывод о нецелесообразности выдачи ИП <...> предписания о прекращении нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ИП <...>, выразившиеся в распространении посредством радиотелефонной связи рекламы в адрес гражданина (абонентский номер <...>) 17.08.2023 в 12:29 час. с абонентского номера <...> нарушающими требования частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», 17.08.2023 в 12:30 час. с абонентского номера <...> - нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать рекламу *«Возможна ипотека по сниженной ставке. Хотите узнать подробности - нажмите «1». Хотите, чтобы мы перезвонили вам позже – нажмите «2». Не интересно- нажмите «3»*, распространенную ИП <...> (<...>) 17.08.2023 в 12:29 час. с абонентского номера <...> в адрес гражданина (абонентский номер <...>), ненадлежащей, нарушающей требования части 7 статьи 5 и части 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

3. Не выдавать ИП <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 28 ноября 2023 года.

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>