

ИП Невидимовой К.А.

<...>

ПАО «Вымпелком»

Восьмого Марта ул., д. 10, стр. 14,

г. Москва, 127083

<...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-16742/2020

Резолютивная часть оглашена «28» октября 2020 года г. Москва

В полном объеме изготовлено «02» ноября 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 077/05/18-16742/2020, возбужденное в отношении ИП Невидимовой К.А. по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством телефонного звонка следующего содержания:

«- <...>?»

- *Здравствуйте*

- *Здравствуйте. Меня зовут Егор, сотрудник Альфа банка. Звоню Вам с предложением по кредитной карте Альфа-банка «100 дней» без процентов с возможностью бесплатного снятия наличных...», поступившей 12.08.2020 в 16:46 с номера +7(905)300-09-15, с признаками нарушения части 1 статьи 18 закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, в отсутствие представителей ИП Невидимовой К.А., ПАО «Вымпелком» (уведомлены надлежащим образом),*

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-16742/2020 возбуждено в отношении ИП Невидимовой К.А. на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«- <...>?»

- *Здравствуйте*

- *Здравствуйте. Меня зовут Егор, сотрудник Альфа банка. Звоню Вам с предложением по кредитной карте Альфа-банка «100 дней» без процентов с возможностью бесплатного снятия наличных...», поступившей 12.08.2020 в 16:46 с номера +7(905)300-09-15.*

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

Невидимова К.А. является индивидуальным предпринимателем (ИНН 524609953758, ОГРНИП 319527500043960; место нахождения: <...>).

Согласно материалам дела спорная реклама на номер телефона <...> поступила 12.08.2020 в 16:46 с телефонного номера +7(905)300 09 15.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащей текст рассматриваемого звонка, а также детализированной выпиской, представленной заявителем.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является 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.

В соответствии со статьей 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; электросвязь — любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер телефонного звонка.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Обращение в данном случае к абоненту по имени не является фактором определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации. Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при продвижении услуг на рынке.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

При этом в случае направления посредством телефонного звонка информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщённый характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Данная информация направлена на привлечение внимания к финансовым услугам, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

В материалы дела не представлено доказательств осуществления рекламного звонка исключительно на телефонный номер одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста телефонного звонка, в котором содержится предложение получить кредитную карту «100 дней без процентов», Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Комиссией из буквального толкования текста телефонного разговора установлено, что заявителю предлагалось заказать кредитную карту «100 дней без процентов».

Таким образом, на основании вышеизложенного, Комиссия установила, что информация, распространенная посредством осуществления на номер телефона <...> телефонного звонка, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 1 статьи 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. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

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

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал. Доказательств обратного в материалах дела не представлено.

Комиссия считает необходимым отметить, что в контексте именно телефонных звонков статьей 18 Закона о рекламе очевидно разграничены два способа получения рекламы абонентом по сетям электросвязи.

Первый способ исходит из частей 1 и 2 статьи 18 Закона о рекламе и предполагает, что

рекламораспространитель сам инициирует взаимодействие с абонентом или адресатом, при этом такая инициация разрешена лишь если потребитель заранее выразил желание получать рекламу от конкретного рекламораспространителя.

Второй способ регулируется частями 3 и 4 статьи 18 Закона о рекламе, при которых абонент сам осуществляет действия, направленные на взаимодействие с рекламораспространителем, и в данном случае согласия абонента на получение рекламы не требуется, а необходимо лишь выполнить определенные условия (после сообщения запрашиваемой справки, бесплатно и т. п.).

Такое особое законодательное регулирование распространения рекламы одним из способов связи (телефонное соединение), постановка такого регулирования в прямую зависимость от субъекта, непосредственно инициирующего взаимодействие (рекламораспространитель или абонент), свидетельствует о вышеуказанной цели регулирования части 1 статьи 18 Закона о рекламе — недопустимости совершения самого телефонного звонка, призванного привлечь внимание к объекту рекламирования.

Более того, согласно пункту 2 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 № 1342, под телефонным соединением понимается установленное в результате вызова взаимодействие между средствами связи, позволяющее абоненту и (или) пользователю услуг телефонной связи передавать и (или) принимать голосовую и (или) не голосовую информацию.

Исходя из вышеизложенного следует, что в случае, когда взаимодействие инициируется рекламораспространителем, моментом начала распространения посредством телефонного звонка рекламной информации является момент поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента, а не момент непосредственного оглашения рекламной информации абоненту. Более того, рекламораспространитель и не ставит себе иной конечной цели кроме как сформировать интерес к товару (работе, услуге).

Обязанность рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на получение рекламы предполагает совершение им действий, направленных на получение согласия абонента, до начала распространения рекламы по сетям электросвязи, т. е. в случае с распространением рекламы посредством телефонного звонка до поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента.

Таким образом, в полной мере реализуется цель законодателя оградить абонентов от нежелательных звонков, осуществляемых в рекламных целях, в целом, а не только от дальнейшего прослушивания рекламной информации после выражения отказа.

Более того, распространение рекламной информации посредством сетей электросвязи (телефонного звонка) предполагает со стороны рекламораспространителя определение абонентов, которым должен быть совершен телефонный звонок.

При этом, исходя из части 1 статьи 18 Закона о рекламе согласие на получение рекламы должно быть получено именно от абонента телефонного номера.

Более того, как было указано выше, согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Таким образом, не имея данных об абоненте, которому выделен телефонный номер <...> лицо, осуществляющее распространение рекламы, не имело возможности удостовериться в том, что собеседником в телефонном разговоре является именно владелец телефонного номера, а не какое-либо иное лицо, а равно, что абонент желал поступление такого телефонного звонка.

Следовательно, доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы ИП Невидимовой К.А. не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Исходя из вышеизложенного, в рассматриваемом случае рекламодатель не имел предварительного согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«- <...>?»

- *Здравствуйте*

- *Здравствуйте. Меня зовут Егор, сотрудник Альфа банка. Звоню Вам с предложением по кредитной карте Альфа-банка «100 дней» без процентов с возможностью бесплатного снятия наличных...», поступившего 12.08.2020 в 16:46 с номера +7(905)300-09-15, с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащей.*

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

В соответствии со сведениями реестра российской системы и плана нумерации номер +7(905)300-09-15 закреплен за ПАО «Вымпелком». Согласно материалам дела абонентский номер +7(905)300-09-15 выделен ИП Невидимовой К.А. по договору об оказании услуг связи «Билайн» № <...> от 17.04.2019.

На основании изложенного ИП Невидимова К.А. является рекламодателем рекламы следующего содержания:

«- <...>?»

- *Здравствуйте*

- *Здравствуйте. Меня зовут Егор, сотрудник Альфа банка. Звоню Вам с предложением по кредитной карте Альфа-банка «100 дней» без процентов с возможностью бесплатного снятия наличных...», поступившей посредством телефонного звонка 12.08.2020 в 16:46 с номера +7(905)300-09-15.*

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ИП Невидимовой К.А. установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«- <...>?»

- Здравствуйте

- Здравствуйте. Меня зовут Егор, сотрудник Альфа банка. Звоню Вам с предложением по кредитной карте Альфа-банка «100 дней» без процентов с возможностью бесплатного снятия наличных...», поступившей 12.08.2020 в 16:46 с номера +7(905)300-09-15, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

ИП Невидимова К.А. в своих письменных пояснениях сообщила, что Заявитель с телефонным номером <...> ранее обращался в Московское УФАС с заявлением относительно распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством телефонного звонка. В результате рассмотрения заявления Московским УФАС было возбуждено дело № 077/05/18-9372/2020. Определением об отложении рассмотрения и продлении срока рассмотрения дела № 077/05/18-9372/2020 от 15.07.2020 ИП Невидимова К.А. была привлечена в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. Решением по делу № 077/05/18-9372/2020 от 16.09.2020 ИП Невидимова К.А. была признана нарушившей часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

ИП Невидимова К.А. также пояснила, что в связи с вынесением и получением ею Предписания № 224 о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 16.09.2020, ИП Невидимова К.А. обязуется прекратить нарушение законодательства РФ о рекламе, в том числе и на телефонный номер <...>.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее — Правила), при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно пункту 47 Правил при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Из материалов дела не следует, что распространение рекламы на телефонный номер заявителя с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе в Московском УФАС России продолжается.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о нецелесообразности выдачи предписаний лицу, в чьих действиях установлено нарушение положений Закона о рекламе. При этом, в случае выявления новых фактов распространения ИП Невидимовой К.А. рекламы с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе заявитель не лишен возможности подать в антимонопольный орган новое заявление.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ИП Невидимову К.А. нарушившей часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«- <...>?»

- Здравствуйте

- Здравствуйте. Меня зовут Егор, сотрудник Альфа банка. Звоню Вам с предложением по кредитной карте Альфа-банка «100 дней» без процентов с возможностью бесплатного снятия наличных...», поступившей 12.08.2020 в 16:46 с телефонного номера +7(905)300-09-15, без предварительного согласия абонента на ее получение.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

Исполнитель: <...>

тел.: 8(495) 784-75-05 (доб. <...>)