

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 063/05/18-1186/2021

04 апреля 2022 г.
г. Самара

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии – <...>;

Члены Комиссии – <...>.,

<...> (включена в состав Комиссии приказом № 96 от 09.03.2022 г. «О внесении изменений в приказ от 14.01.2021 г. № 2 «О создании Комиссии по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе»),

рассмотрев дело № 063/05/18-1186/2021, возбужденное в отношении <...> по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно части 1 и части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006г № 38-ФЗ (далее – ФЗ «О рекламе»),

в присутствии представителя:

заявителя – <...>.

в отсутствии представителя:

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - <...>.,

заинтересованного лица —————

эксперта —————

переводчика —————

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области (далее - Самарское УФАС России) поступило обращение гр. <...>. (вх. № 1096-ИП/21 от 01.11.2021) о наличии признаков нарушения части 1, 2

статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), выразившихся в осуществлении нежелательного рекламного звонка 28.10.2021 с номера телефона <... > на номер <... >, содержащего предложение финансовых услуг, сообщает следующее.

Заявитель приложил к заявлению свое согласие на получение Самарским УФАС России информации о детализации счета, телефонных соединениях, смс-сообщениях, а также иных переданных данных на абонентский номер <... > в сети оператора сотовой связи ООО «Т2 Мобайл», а также аудиозапись звонка.

Самарским УФАС России был составлен акт осмотра аудиозаписи № 1 от 10.11.2021г.

Стенограмма записи (З- звонивший; П – получатель звонка):

П: - Да, слушаю.

З: - Вам одобрена кредитная карта с лимитом до одного миллиона рублей от «Собанка». Кредитная история и доход не учитываются. Карта уже одобрена, ее нужно только подтвердить. Выпуск и обслуживание бесплатное, снятие наличных без комиссий. Для того, чтобы узнать одобренный лимит нажмите «1» или «непонятно». Вам поступит смс с персональной ссылкой на заявку. Заявка уже одобрена. Нужно заполнить анкету, чтобы подтвердить данные и Вам придет смс с одобренной суммой лимита. Индивидуальные условия по ссылке доступны ровно один час. Успейте подтвердить их. Хорошего дня.

Самарским УФАС России был направлен запрос информации в адрес ООО «Т2 Мобайл» (исх. № 115/21/8 от 17.11.2021г.).

В своем ответе ООО «Т2 Мобайл» сообщило, что телефонный номер <...> был переведен по процедуре MNP с сохранением номера в сеть ООО «Т2 Мобайл», а также подтвердило принадлежность данного абонентского номера <...> на основании договора об оказании услуг связи от 26.10.2020г. Согласно информации о детализации счета о телефонных соединениях и смс-сообщениях, переданных по абонентскому номеру <...>, за период с 28.10.2021 01:00:00 по 30.10.2021 00:59:59 на телефонный номер <...> поступил звонок с номера <... >.

Вместе с тем, Самарским УФАС России был направлен запрос (исх. № 116/21/8 от 17.11.2021) в адрес ПАО «Вымпелком», являющемуся оператором сотовой связи, закрепленному за абонентским номером <... > .

В своем ответе ПАО «Вымпелком» (вх. № 2064-ЭП/21 от 22.11.2021) сообщило, что абонентский номер <...> на основании договора об оказании услуг связи Билайн 777195536 от 14.12.2020г. выделен ИП <...> (<... >).

В адрес ИП <...> Самарским УФАС России был осуществлен запрос с целью

установления наличия согласия абонента с телефонным номером <...>на получения рекламных SMS-сообщений/звонков от абонента с номером< ...> (исх. № 11644/8 от 30.11.2021г.).

ИП <... >запрашиваемые Самарским УФАС России сведения до настоящего времени представлены не были.

Согласно пункта 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе», реклама – это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому 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 3 ФЗ «О рекламе» объект рекламирования - 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 - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Из представленных в заявлении сведений и текста звонка *«Вам одобрена кредитная карта с лимитом до одного миллиона рублей от «Собанка». Кредитная история и доход не учитываются. Карта уже одобрена, ее нужно только подтвердить. Выпуск и обслуживание бесплатное, снятие наличных без комиссий. Для того, чтобы узнать одобренный лимит нажмите «1» или «непонятно». Вам поступит смс с персональной ссылкой на заявку. Заявка уже одобрена. Нужно заполнить анкету, чтобы подтвердить данные и Вам придет смс с одобренной суммой лимита. Индивидуальные условия по ссылке доступны ровно один час. Успеите подтвердить их. Хорошего дня»*, Самарское УФАС России полагает, что содержание имеет все необходимые юридические признаки рекламы, позволяющие определить ее именно в этом качестве и отличить от информации не рекламного характера.

Так, текст звонка адресован неопределенному кругу лиц. Под неопределенным кругом лиц применительно к ФЗ «О рекламе» следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации. При этом квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, а не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

Текст звонка имеет объект рекламирования в виде предложения кредитной карты с лимитом до 1 миллиона рублей от «Собанка». Такая информация направлена на привлечение внимания к финансовым услугам, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с частью 2 статьи 18 ФЗ «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).

Так, в письме ФАС России от 26.12.2019 № ДФ/114009/19 «О применении части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» разъясняет, что антимонопольный орган должен обладать документами и доказательствами, необходимыми для принятия обоснованного решения. Так, запись телефонного разговора, предоставленная абонентом антимонопольному органу, содержащая в начале такого разговора воспроизведенный абоненту заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание). Такие обстоятельства могут рассматриваться антимонопольными органами как нарушение рекламодателем требований части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Заявитель указал, что не предоставлял согласия на получение рекламного звонка от абонента<...>. В материалы дела доказательств получения от заявителя с абонентским номером < ...>предварительного согласия на получение рекламы представлено не было.

Таким образом, Самарским УФАС России установлено, что рассматриваемая реклама в виде осуществления звонка ИП<... > была распространена с нарушением части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Таким образом, полученный гр. < ...>звонки с абонентского номера **+7 (967)-530-70-33**, принадлежащего ИП< ...>., содержит признаки нарушения части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе», рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе».

На основании п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1, 2 ст. 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с п. 24-26 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Самарского УФАС России возбудила производство по делу № 063/05/18-1186/2021 по признакам нарушения рекламного законодательства.

В адрес Самарского УФАС России от ИП <...> пояснений не поступило.

Рассмотрев материалы дела № 063/05/18-1186/2021, Комиссия Самарского УФАС России пришла к следующему выводу.

Согласно пункта 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе», реклама – это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому 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 3 ФЗ «О рекламе» объект рекламирования - 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 - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Федеральной антимонопольной службой России в письме №АЦ/4624 от 05.04.2007 разъяснено, что под неопределённым кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределённого круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В содержании рассматриваемой информации отсутствуют сведения, указывающие на лицо, до которого информация доведена (распространена) и на восприятие которого непосредственно направлена.

Следовательно, рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к «Собанку» и озвученным условиям предоставления финансовой услуги (получение кредитной карты);
- призвана формировать и поддерживать интерес к объектам рекламирования, способствует их продвижению на рынке.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с письмом ФАС России от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» Федеральный закон «О рекламе» возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателя.

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).

Так, по мнению ФАС России, согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение указанного требования статьи 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Согласно части 2 статьи 18 ФЗ «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).

В письме ФАС России от 26.12.2019 № ДФ/114009/19 «О применении части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» разъясняет, что

антимонопольный орган должен обладать документами и доказательствами, необходимыми для принятия обоснованного решения. Запись телефонного разговора, предоставленная абонентом антимонопольному органу, содержащая в начале такого разговора воспроизведенный абоненту заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание). Такие обстоятельства могут рассматриваться антимонопольными органами как нарушение рекламодателем требований части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 258 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», разъяснено следующее: «согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя».

Вместе с тем, согласие абонента 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».

Следовательно, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи должно 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. При этом, бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

При обращении в Самарское УФАС России Заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы, в ходе телефонного разговора такое согласие также не было озвучено. В материалы дела не представлено документально подтвержденных доказательств обратного.

ИП<... > никак не подтвердило факт совершения именно ошибочного набора номера абонента, кроме того, материалы дела свидетельствуют о том, что подобные случаи распространения рекламы в отсутствие согласия абонента были неоднократными.

Таким образом, в Самарское УФАС России не представлено согласие абонента на получение рекламы. Следовательно, рассматриваемая реклама распространялась с нарушением требования ч.1 ст. 18 Закона о

рекламе.

При указанных обстоятельствах, ИП<...> является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы. Следовательно, своими действиями по распространению рекламы посредством телефонного звонка без предварительного согласия абонента<...>., а также с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки), ИП<...>. нарушила требования части 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

ИП <...>является рекламораспространителем рекламы, что подтверждается материалами дела, в том числе:

1. Заявлением. <... > (вх. № 1096-ИП/21 от 01.11.2021г.), с приложением аудиозаписи звонка;
2. Актом осмотра аудиозаписи № 1 от 10.11.2021 г.;
3. Сведениями, представленными ПАО «ВымпелКом» (вх. № 2064-ЭП/21 от 22.11.2021г.);
4. Служебной запиской Самарского УФАС России от 30.12.2021 г.;
5. Определением о возбуждении дела № 063/05/18-1186/2021 от 30.12.2021 г.;

Одной из целей ФЗ «О рекламе» является реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы (статья 1 ФЗ «О рекламе»). Закон направлен на предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Регулирование отношений, возникающих в сфере распространения рекламы, имеет своей целью обеспечение эффективного баланса интересов потребителей рекламы и заказчиков рекламы, рекламопроизводителей и рекламораспространителей.

Пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

У Самарского УФАС России отсутствуют сведения о продолжении нарушения части 1, части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в действиях ИП<...>., в связи с чем Комиссия Самарского УФАС России пришла к выводу об отсутствии оснований для выдачи предписания.

На основании вышеизложенного и руководствуясь 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, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу ИП<... > распространенную без согласия абонента путем автоматического дозвонивания<... >. со следующим содержанием: *«Вам одобрена кредитная карта с лимитом до одного миллиона рублей от «Собанка». Кредитная история и доход не учитываются. Карта уже одобрена, ее нужно только подтвердить. Выпуск и обслуживание бесплатное, снятие наличных без комиссий. Для того, чтобы узнать одобренный лимит нажмите «1» или «непонятно». Вам поступит смс с персональной ссылкой на заявку. Заявка уже одобрена. Нужно заполнить анкету, чтобы подтвердить данные и Вам придет смс с одобренной суммой лимита. Индивидуальные условия по ссылке доступны ровно один час. Успейте подтвердить их. Хорошего дня»*, поскольку она содержит нарушение требований части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе ИП <...>не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Самарского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП <...>

Резолютивная часть решения оглашена 21 марта 2022 г.

Решение изготовлено в полном объеме 04 апреля 2022 г.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

< ... >

< ... >