

РЕШЕНИЕ
по делу № 077/05/18-11264/2022

«06» октября 2022 года

г. Москва

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 № 077/05/18-11264/2022 по признакам нарушения ИП Кикеновым Л.Ю. (ОГРНИП: 321302500022986; ИНН: 301607317383) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«– Меня зовут Александр... Ало, слышно меня?
– Да-да. Здравствуйте.
– Дело в том, что Вам, как добросовестному клиенту наших банков партнер Совкомбанк предлагает бесплатную карту Халва с кредитным лимитом до 350 000 тысяч рублей. С ней можно покупать все в рассрочку без процентов и переплат. Также снимать наличные в любом банкомате, совершать переводы и даже получать процент на остаток. Халва абсолютно бесплатная, выпуск и годовое обслуживание. Рассмотрите предложение?
– Скажите пожалуйста, а я давал Совкомбанку право на рекламу мне?
– Отлично. Скажите, пожалуйста, работаете ли вы официально более четырех месяцев?
– Я с человеком разговариваю или нет?
– Хорошо, всего доброго.», поступившего 25.05.2022 в 19:57 с телефонного номера <...>,

в отсутствие ИП Кикенова Л.Ю., представителей ПАО «Мегафон», уведомленных надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-11264/2022 возбуждено в отношении ИП Кикенова Л.Ю. на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«– Меня зовут Александр... Ало, слышно меня?
– Да-да. Здравствуйте.
– Дело в том, что Вам, как добросовестному клиенту наших банков партнер Совкомбанк предлагает бесплатную карту Халва с кредитным лимитом до 350 000 тысяч рублей. С ней можно покупать все в рассрочку без процентов и переплат. Также снимать наличные в любом банкомате, совершать переводы и даже получать процент на остаток. Халва абсолютно бесплатная, выпуск и годовое обслуживание. Рассмотрите предложение?
– Скажите пожалуйста, а я давал Совкомбанку право на рекламу мне?»

- Отлично. Скажите, пожалуйста, работаете ли вы официально более четырех месяцев?
- Я с человеком разговариваю или нет?
- Хорошо, всего доброго.», поступившего 25.05.2022 в 19:57 с телефонного номера <...>.

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

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 — любое 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. 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 обобщенный 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 неопределенного круга лиц и являются рекламой.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы не содержит в себе

указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

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

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 оформить карту рассрочки Халва, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Заявитель прямо указал на то, что не давал согласие на получение рекламы.

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 рекламодателя. 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 рекламодателя.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия

абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Также в соответствии с Письмом ФАС России № АК/13563/16 от 03.03.2016, согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. В настоящем случае отсутствует выраженное согласие абонента именно на получение рекламы, в том числе от конкретного рекламодателя.

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

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

«– Меня зовут Александр... Ало, слышно меня?»

– Да-да. Здравствуйте.

– Дело в том, что Вам, как добросовестному клиенту наших банков партнер Совкомбанк предлагает бесплатную карту Халва с кредитным лимитом до 350 000 тысяч рублей. С ней можно покупать все в рассрочку без процентов и переплат. Также снимать наличные в любом банкомате, совершать переводы и даже получать процент на остаток. Халва абсолютно бесплатная, выпуск и годовое обслуживание. Рассмотрите предложение?

– Скажите пожалуйста, а я давал Совкомбанку право на рекламу мне?

– Отлично. Скажите, пожалуйста, работаете ли вы официально более четырех месяцев?

– Я с человеком разговариваю или нет?

– Хорошо, всего доброго.», поступившего 25.05.2022 в 19:57 с телефонного номера <...>, 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, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Согласно сведениям реестра российской системы и плана нумерации номер отправителя <...> закреплен за ПАО «МегаФон».

В ответ на запрос Московского УФАС России ПАО «МегаФон» сообщило, что телефонный номер

<...> выделен индивидуальному предпринимателю Кикенову Льву Юрьевичу (ОГРНИП: 321302500022986; ИНН: 301607317383; <...>.

На основании изложенного ИП Кикенов Л.Ю. является рекламораспространителем рекламы, обратного в материалы дела не представлено, сторонами не оспаривается.

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

«– Меня зовут Александр... Ало, слышно меня?

– Да-да. Здравствуйте.

– Дело в том, что Вам, как добросовестному клиенту наших банков партнер Совкомбанк предлагает бесплатную карту Халва с кредитным лимитом до 350 000 тысяч рублей. С ней можно покупать все в рассрочку без процентов и переплат. Также снимать наличные в любом банкомате, совершать переводы и даже получать процент на остаток. Халва абсолютно бесплатная, выпуск и годовое обслуживание. Рассмотрите предложение?

– Скажите пожалуйста, а я давал Совкомбанку право на рекламу мне?

– Отлично. Скажите, пожалуйста, работаете ли вы официально более четырех месяцев?

– Я с человеком разговариваю или нет?

– Хорошо, всего доброго.», поступившего 25.05.2022 в 19:57 с телефонного номера <...>.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24 ноября 2020 года № 1922 (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.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из

положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ИП Кикенову Л.Ю. предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Исходя из положений вышеуказанных договоров, учитывая все обстоятельства данного дела, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи предписания ПАО «Мегафон» о принятии мер по предотвращению использования ИП Кикеновым Л.Ю. телефонного номера <...> в целях распространения рекламы на телефонный номер <...>.

Выдача предписания ПАО «Мегафон» направлена на дополнительную защиту абонента телефонного номера <...> от нежелательной рекламы, поступающей от ИП Кикенова Л.Ю.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ИП Кикенова Л.Ю. нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«– Меня зовут Александр... Ало, слышно меня?»

– Да-да. Здравствуйте.

– Дело в том, что Вам, как добросовестному клиенту наших банков партнер Совкомбанк предлагает бесплатную карту Халва с кредитным лимитом до 350 000 тысяч рублей. С ней можно покупать все в рассрочку без процентов и переплат. Также снимать наличные в любом банкомате, совершать переводы и даже получать процент на остаток. Халва абсолютно бесплатная, выпуск и годовое обслуживание. Рассмотрите предложение?»

– Скажите пожалуйста, а я давал Совкомбанку право на рекламу мне?»

– Отлично. Скажите, пожалуйста, работаете ли вы официально более четырех месяцев?»

– Я с человеком разговариваю или нет?»

– Хорошо, всего доброго.», поступившего 25.05.2022 в 19:57 с телефонного номера <...>, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ИП Кикенову Л.Ю. предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ПАО «Мегафон» предписание о принятии мер по предотвращению использования ИП Кикеновым Л.Ю. телефонного номера <...> в целях распространения ненадлежащей рекламы.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>