

Резолютивная часть оглашена «26» апреля 2023 года

Решение в полном объеме изготовлено «27» апреля 2023 года

«27» апреля 2023 года

г. Архангельск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области (далее по тексту - Архангельское УФАС России, Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель - врио руководителя, начальник отдела

Комиссии антимонопольного контроля и рекламы
Архангельского

УФАС России;

- Члены
Комиссии:
.... главный специалист-эксперт отдела антимонопольного
контроля и рекламы Архангельского УФАС России;
- ... ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного
контроля и рекламы Архангельского УФАС России,

рассмотрев дело № 029/05/18-179/2023, возбужденное 09.03.2023 в отношении Индивидуального предпринимателя С (далее - ИП С) по признакам нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе»),

в отсутствие:

- заявителя <...>;

- ИП С - лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, надлежащим образом извещенного о месте и времени рассмотрения дела № 029/05/18-179/2023, письмом от 06.04.2023 ходатайствует о рассмотрении дела № 029/05/18-179/2023 в его отсутствие,

УСТАНОВИЛА:

28.11.2022 (вх. № ...) в Архангельское УФАС России поступило заявление <...> о телефонном звонке рекламного характера, направленном 24.11.2022 в 18:30 на абонентский номер +7-9... с номера +7-9....

Согласно заявлению, при ответе на поступивший телефонный звонок разговор был прерван звонившей стороной. Перезвонив по номеру +7-9..., с которого поступил звонок, ответивший оператор сообщил заявителю <...>, что является представителем компании «Р» и готов предложить свои услуги.

Заявитель <...> клиентом данной компании не является и своего согласия на получение рекламы не давала, в связи с чем, по ее мнению, имеются признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

Вместе с тем, 09.01.2023 (рег. № 29-ЭП/23) в Управление заявителем <...> представлено согласие на получение антимонопольным органом необходимых сведений от оператора связи (ПАО «Мобильные ТелеСистемы»), оказывающего абоненту услуги связи, о факте поступления нежелательного SMS-сообщения, push-уведомления, телефонного звонка.

Согласно копии договора об оказании услуг связи № ... от 27.10.2020, представленной ПАО «В», абонентский номер +7-9... выделен Индивидуальному предпринимателю С (далее - ИП С).

ПАО «Мобильные ТелеСистемы» представило копию детализации оказанных услуг связи заявителю <...>, подтверждающую телефонное соединение заявителя <...> с номером +7-9... 24.11.2022 в 18 часов 30 минут продолжительностью 14 секунд.

На запрос Архангельского УФАС России исх. № 03-12И/2306 от 22.06.2022 ИП С направил письменные пояснения, сообщив следующее.

Как сообщается в обращении заявителя <...>, с абонентского номера ИП С (+7-9...) на абонентский номер +7-9... был совершен исходящий вызов. Однако заявитель на данный звонок не ответила. Таким образом, телефонное соединение не состоялось. Факт совершения исходящего вызова без совершения соединения не может квалифицироваться антимонопольным органом как нарушение законодательства о рекламе (в части ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе»). Совершение исходящего вызова без соединения с вызываемым абонентом не составляет состав административного правонарушения.

Звонок, инициированный непосредственно заявителем на номер, выделенный ИП С., также не может являться правонарушением со стороны ИП С, т.к. данный звонок совершен непосредственно абонентом, а не ИП С

В соответствии с пунктом 4 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее - Правила), утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922, дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) юридического или физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган,

указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее - заявление о нарушении законодательства).

Учитывая изложенное, при поступлении письма, содержащего заявление гражданина о нарушении ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», такое заявление подлежит рассмотрению по существу получившим его территориальным органом в установленный законом срок.

Архангельским УФАС России определением от 09.03.2023 по факту распространения рассматриваемой информации в отношении ИП С возбуждено дело № 029/05/18- 179/2023 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

На определение о возбуждении дела № 029/05/18-179/2023 от 09.03.2023 ИП С письмом от 14.03.2023 сообщил следующее.

Как сообщалось ранее, рассматриваемое телефонное соединение между заявителем и ИП С 24.11.2022 совершено по инициативе заявителя. Таким образом, действий по нарушению положений ст. 18 ФЗ «О рекламе» ИП С не совершалось, т.к. в рассматриваемой ситуации он не является рекламораспространителем.

При осуществлении звонка оператор представился, однако, не получив соответствующего согласия абонента, информация рекламного характера до абонента не доводилась. Способ получения согласия в устной форме не противоречит нормам ФЗ «О рекламе».

В связи с необходимостью получения дополнительных доказательств, в соответствии с п. 32, 38 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее - Правила), определением от 06.04.2023 рассмотрение дела № 029/05/18-179/2023 отложено и назначено на 26.04.2023.

ИП С 06.04.2023 направил в Управление письменные пояснения, сообщив следующее.

Между ПАО «Р» и ИП С заключен договор от 25.03.2022 № 01/25/724/22 на оказание услуг по организации и проведению рекламной кампании в целях привлечения новых абонентов для заключения ими договоров с оператором связи и/или подключения абонентам услуг связи дополнительно/взамен к уже подключенным (прилагается). Согласно условиям заключенного договора, ИП С самостоятельно получает согласие абонентов на получение рекламы по средствам электросвязи.

В соответствии с п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» согласно 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. При этом под абонентом или адресатом понимается лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако, ФЗ «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 рекламораспространителя.

При осуществлении звонка оператор представился, однако, не получив соответствующего согласия абонента, информация рекламного характера до абонента не доводилась. Как описано выше, способ получения согласия в устной форме не противоречит нормам ФЗ «О рекламе».

Рассмотрение дела № 029/05/18-179/2023 состоялось 26.04.2023 в 10 часов 30 минут в отсутствие заявителя <...> и ИП С

Исследовав собранные по настоящему делу документы и материалы в их совокупности, и при этом не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения настоящего дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 3 ФЗ «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.

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.

Как указано в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 № 4-П реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Согласно Международному кодексу рекламной практики под потребителем рекламы понимается любое лицо, которому адресована реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю.

Рассматриваемая информация распространена посредством подвижной радиотелефонной связи путем телефонного звонка, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования — услуги компании «Р», формирует и поддерживает интерес к объекту рекламирования и его продвижение на рынке, т.е. отвечает законодательному определению рекламы, приведенному в п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

Согласно ч. 11 ст. 5 ФЗ «О рекламе» при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства

Российской Федерации, в том числе требования гражданского законодательства, законодательства о государственном языке Российской Федерации.

В силу требований, установленных ч. 1 ст. 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.

Понятие адресата содержится в ст. 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат - это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

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

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями, но не отправителями сообщений.

В п. 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» разъяснено следующее.

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 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, ФЗ «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 рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать заявителя <...>, проживающую в г. Северодвинске Архангельской области и сообщившей антимонопольному органу о том, что она не давала согласия на получение вышеприведенного рекламного звонка. Поскольку от рекламодателя —

ИП С в адрес антимонопольного органа не поступало доказательств получения от абонента — гражданина <...> предварительного согласия на распространение рассматриваемой рекламы, следует признать, что в данном случае согласие абонента на получение рекламы отсутствует.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Инициатором телефонного звонка с предложением услуг компании «Р» без предварительного согласия абонента является ИП С, что подтверждается представленной ПАО «В» информацией и ИП С не отрицается.

В связи с тем, что заявитель <...> утверждает, что не давал согласия на распространение рекламы путем осуществления рекламных звонков от отправителя ИП С, в Архангельском У ФАС России сведения и документы о получении отправителем согласия абонента +7-9... на распространение ей рекламы по сетям электросвязи отсутствуют, распространение указанной рекламы противоречит требованиям части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Вместе с тем, Управление не поддерживает позицию заявителя <...> в вопросе привлечения ПАО «Р» в качестве рекламодателя, нарушившим, по ее мнению, требования ФЗ «О рекламе», поскольку ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель (ИП С).

Архангельское У ФАС России также не согласно с мнением ИП С о том, что спорный телефонный звонок не может являться правонарушением с его стороны, т.к. был совершен непосредственно заявителем <...>, осуществившим ответный звонок на ранее непринятый звонок ИП С Данный факт не исключает применение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» к рекламораспространителю рекламы.

Документов, материалов, указывающих, что ИП С приняты достаточные меры по соблюдению требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при осуществлении телефонного звонка рекламного характера на телефонный номер заявителя <...>, Архангельским У ФАС России при рассмотрении дела не получено, ИП С не представлено.

Согласно п. 4 ст. 3 ФЗ «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, реклама, направленная на абонентский номер +7-9... посредством телефонного звонка с предложением услуг компании «Р», поступившего 24.11.2022 в 18:30 с телефонного номера +7-9... с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащей.

Комиссией Архангельского У ФАС России в действиях ИП С установлено нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», выразившемся в распространении на телефонный номер заявителя <...> рекламы посредством осуществления телефонного звонка 24.11.2022 в 18:30 с телефонного номера +7-9... без

предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ИП С не представлено.

Согласно пункту 49 Правил 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 (пусть 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 ФЗ «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 ФЗ «О рекламе», а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Архангельского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ИП С. предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 43-49 Правил, Комиссия Архангельского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу с предложением услуг компании «Р, распространенную по сети подвижной радиотелефонной связи путем осуществления телефонного звонка с номера +7-9..., находящегося в пользовании ИП С, на абонентский номер +7-9..., находящегося в пользовании заявителя <...>, поскольку такая реклама нарушает требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать ИП С (ИНН ..., ОГРНИП) рекламораспространителем, нарушившим требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

3. Выдать ИП С предписание о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Архангельского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в отношении лица, в действиях которого присутствует состав административного правонарушения, предусмотренный статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частями 1, 2 ст. 37 ФЗ «О рекламе» решение, предписание антимонопольного органа может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.

Подача заявления о признании недействительным решения антимонопольного органа не приостанавливает исполнение решения, предписания, если судом или арбитражным судом не будет вынесено определение о приостановлении исполнения решения, предписания. Постановление антимонопольного органа о применении мер административной ответственности за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе обжаловано, оспорено в порядке.