

Заявитель: <...>

Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

<...>

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 045/05/18-13/2021

Резолютивная часть решения объявлена 02.07.2021 г.

Решение изготовлено в полном объеме 06.07.2021 г.

г. Курган

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее по тексту – Комиссия, Курганское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии – <...> – заместитель руководителя - начальник отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее по тексту – Курганское УФАС России);

Члены Комиссии:

<...>- старший государственный инспектор отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России;

<...>- государственный инспектор отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России,

рассмотрев материалы дела № 045/05/18-13/2021 по факту получения <...> нежелательного звонка рекламного характера с нарушением требований части 1 статьи 18, части 7 статьи 24, пункта 7 статьи 7 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие извещённых надлежащим образом: заявителя <...>; лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе ИП <...>

УСТАНОВИЛА:

26 января 2021 года в Курганское УФАС России поступило заявление <...> (далее – Заявитель) с жалобой на получение нежелательного телефонного звонка от абонента +<...> с информацией рекламного характера.

Заявитель сообщил, что 22.01.2021 года в 18 часов 24 минуты на свой телефон с абонентским номером <...> получил рекламный звонок с номера <...>. Согласия на получение указанной рекламы на свой абонентский номер <...> не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

По результатам рассмотрения заявления Курганским УФАС России установлено следующее.

Согласно информации, полученной на официальном сайте Россыязи, абонентский номер, указанный заявителем <...>, выделен оператору ПАО «ВымпелКом».

Согласно данным, представленным в Курганское УФАС России ПАО «ВымпелКом» на запрос информации (вх. №674 от 19.02.2021 года) установлено, что абонентский номер <...> принадлежит абоненту ИП <...> на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» № SS332 от 25.06.2017 г. и заказа на услугу «Офисный цифровой телефон (S)» от 03.12.2020 г.

По результатам рассмотрения материалов Курганским УФАС России издан приказ № 26 от 17.03.2021 г. о возбуждении дела и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе.

18.03.2021 года вынесено определение о назначении дела № 045/05/18-13/2021 года по признакам нарушения законодательства о рекламе, к рассмотрению в качестве лиц, участвующих в деле, привлечены: заявитель – <...> (электронный адрес: <...>); лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона о рекламе – ИП <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, адрес: 127549, г. Москва, <...>). Дело назначено к рассмотрению на 12.04.2021 г., с последующим отложением на 12.04.2021, 24.05.2021 г.

12.04.2021 г. рассмотрение дела № 045/05/18-13/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе было отложено на 24 мая 2021 г. в 11 часов 00 минут ввиду отсутствия надлежащего уведомления о дате и времени рассмотрения дела ИП Воробьевой И.Е., а также необходимости получения дополнительных документов и сведений.

На заседание Комиссии 24 мая 2021 г. ИП <...> не явилась, почтовую корреспонденцию по указанному в определении адресу не получает. Уведомление о вручении ИП <...> определения о продлении срока и отложении дела № 045/05/18-13/2021 (исх. № 04-12/1229-11 от 15.04.2021 г.) в Управление не вернулось. Производство по делу № 045/05/18-13/2021 приостановлено до установления местонахождения лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно выписке из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей установлен адрес места жительства (пребывания) ИП <...> 127549, г. Москва, <...>.

Определением Курганского УФАС России 16.06.2021 г. производство по делу возобновлено, дело назначено к рассмотрению на 02.07.2021 г., у ИП <...> запрошены

документы и сведения.

22.06.2021 года в адрес Управления от ИП <...> поступили письменные пояснения (вх. №2464) в которых сообщается, что ИП <...> не согласна с нарушением рекламного законодательства считает себя не причастной к распространённой рекламе.

Вместе с тем, ИП <...> указывает, что квалификация информации как рекламы либо иного рода информации зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации. В соответствии с Законом о рекламе, реклама — это 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. Необходимо, прежде всего, определить объект рекламы, посредством которого можно было бы формировать или поддерживать интерес не к виртуальной, а к вполне конкретной услуге. Под объектом рекламирования понимается 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. Закон о рекламе определяет, что товар — это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Системный анализ гражданского законодательства РФ свидетельствует о том, что объектом рекламирования может быть тот товар, работа, услуга, которые не только предназначены для продажи и иного введения в гражданский оборот, но и которые можно индивидуализировать, выделить среди однородной группы товаров, работ, услуг. Соответственно, реклама товара всегда представляет собой информацию о конкретном товаре, работе, услуге, который можно индивидуализировать. Полагает, что данные элементы исследованы быть не могут в силу отсутствия какой-либо подтвержденной информации от заявителя.

Аналогичный вывод следует из писем ФАС России от 28.11.2013г. № АК/47658/13, от 13.02.2015г. №АД/6320/15, от 27.12.2017г. № АК/92163/17, где указано, что объектом рекламирования может быть тот товар (работа, услуга), предназначенный для продажи и иного введения в гражданский оборот, который можно индивидуализировать, выделить среди однородной группы товаров (работ, услуг).

Соответственно, реклама товара всегда представляет собой информацию о конкретном товаре, который можно индивидуализировать внутри однородной группы. Сообщение, находящееся на рассмотрении, представляет собой обобщенное наименование группы услуг и не позволяет выделить конкретную услугу среди ряда однородных услуг и сформировать к ней интерес. На основании вышеизложенного, ИП <...> производство по данному делу просит прекратить в связи с отсутствием события административного правонарушения.

Рассмотрев представленные материалы, изучив доводы и возражения сторон, Комиссия Курганского УФАС России приходит к следующим выводам.

Целями Закона о рекламе являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (статья 1 Закона о рекламе).

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона 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.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона 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.

Из представленной заявителем аудиозаписи разговора следует:

– «Здравствуйте, добрый вечер! «Московский центр ортопедии и неврологии» приглашает Вас на консультацию, проверить позвоночник, суставы, стопы. Можно Вас записывать?»

– Да.

– Скажите пожалуйста, Вы в Москве или области проживаете?

– В Москве.

– В Москве какая станция метро Вам будет удобнее, у нас 8 центров во всех районах Москвы, где посмотреть центр поближе, чтобы было Вам удобнее.

– В районе Тульской.

– Как можно к Вам обратиться, как Вас зовут?

– Артем.

– Артем, а возраст какой у Вас?

– 42.

– Что хотите проверить: позвоночник, суставы, стопы, головные боли, что беспокоит?

– Позвоночник и запястье.

– Я поняла, сустав запястья, Артем, в течение часа перезвонит Вам администратор более подробно о центре расскажет, какие специалисты принимают и подберет центр поближе в Тульской и если Вас заинтересует, вы можете записаться на любой день. Мы работаем без выходных, я с Вами прощаюсь всего доброго, до свидания.

– Как называется центр?

– «Центр ортопедии и неврологии, сеть клиник здоровый позвоночник и суставы», лечим позвоночник, суставы, стопы, полностью опорно-двигательный аппарат, ждите звонка пожалуйста, все вопросы задавайте какие Вас интересуют. До свидания».

Объектом рекламирования, распространенной посредством телефонного звонка рекламы, являются медицинские услуги, оказываемые «Центром ортопедии и неврологии, сетью клиник здоровый позвоночник и суставы».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Ненадлежащая реклама не допускается.

Вышеуказанная реклама распространялась без согласия абонента.

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.

Более того, данная реклама медицинских услуг не сопровождалась предупреждением о наличии противопоказаний и необходимости консультации со специалистом.

В соответствии с частью 7 статьи 24 Закона о рекламе, реклама лекарственных препаратов, медицинских услуг, в том числе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, медицинских изделий должна сопровождаться предупреждением о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов.

Анализ Номенклатуры медицинских услуг, утвержденной приказом Минздрава России от 13.10.2017 № 804н (далее - Номенклатура), свидетельствует о том, что услуги по консультированию, в том числе, связанные с заболеванием позвоночника, суставов, стоп являются медицинскими.

Учитывая вышеизложенное, рассматриваемая реклама является рекламой медицинских услуг и должна распространяться с учётом требований части 7 статьи 24 Закона о рекламе.

Согласно выписке из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей, основным видом экономической деятельности ИП <...> является: 82.99 «Деятельность по предоставлению прочих вспомогательных услуг для бизнеса, не включенная в другие группировки».

Согласно информации, полученной с сайта Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения www.roszdravnadzor.ru, лицензия в едином реестре лицензий, в том числе лицензий, выданных органами государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии с переданными полномочиями по лицензированию отдельных видов деятельности на имя ИП <...> (ИНН <...>) не зарегистрирована.

В соответствии с пунктом 7 статьи 7 Закона о рекламе установлено, что не допускается реклама товаров, на производство и (или) реализацию которых требуется получение лицензий или иных специальных разрешений, в случае отсутствия таких разрешений.

При данных обстоятельствах, рекламируемые услуги должны рассматриваться как относящиеся к услугам, на осуществление которых на территории Российской Федерации необходимо наличие соответствующей лицензии.

Согласно информации, полученной на официальном сайте Россвязи, абонентский номер, указанный заявителем +<...>, выделен оператору ПАО «ВымпелКом».

Согласно данным, представленным в Курганское УФАС России ПАО «ВымпелКом» на

запрос информации (вх. 674 от 19.02.2021 года) установлено, что абонентский номер +<...>принадлежит абоненту ИП <...>на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» № SS332 от 25.06.2017 г. и заказа на услугу «Офисный цифровой телефон (S)» от 03.12.2020г.

Вместе с тем, Комиссия Курганского УФАС России признает доводы ИП <...>не обоснованными ввиду следующего.

Признание конкретного лица рекламодателем осуществляется в каждом конкретном случае исходя из всех обстоятельств размещения рекламы, с учетом непосредственных действий (бездействия), осуществлявшихся таким лицом при размещении (распространении) рекламы.

Исходя из материалов дела и доказательств, имеющихся в Управлении, рекламодателем вышеуказанной рекламы является ИП <...>. Документов, подтверждающих обратное, ИП <...>не представила.

В соответствии с требованиями части 1 статьи 18 Закона о рекламе, реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно Письму ФАС России от 11.11.2019 №ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе: «...Федеральным законом «О рекламе» установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

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 Закона о рекламе, поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя....».

Таким образом, в материалы дела № 045/05/18-13/2021 не представлено согласие заявителя на получение рекламы, распространённой в адрес заявителя посредством звонка с использованием телефонной связи.

Вместе с тем, Комиссия отмечает, что в соответствии с частью 7 статьи 5 Закона о рекламе не допускает умолчание в рекламе информации (ее части), которая является значимой и необходимой для того, чтобы сделать верный вывод о свойствах рекламируемого объекта, приобрести его и использовать надлежащим образом. Условие: отсутствие этой информации или неправильное ее изложение не позволяет правильно, адекватно воспринимать информацию, вводит в заблуждение и влияет на оценку и решение потребителей относительно товара.

Введение в заблуждение представляет собой умышленное создание об объекте

рекламирования впечатления, которое на самом деле не соответствует его реальным качествам и характеристикам.

Признание той или иной информации рекламой влечет повышенные требования к качеству такой информации.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель и рекламодатель.

В соответствии с частями 6,7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 7 статьи 24, пунктом 7 статьи 7 Закона о рекламе, несет рекламодатель и рекламодатель.

В данном случае, с учетом представленных документов, рекламодателем и рекламодателем рекламы услуг медицинского характера, посредством использования телефонной связи (электросвязи) без предварительного согласия абонента, является ИП <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, адрес: 127549, г. Москва, <...>), так как распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц к деятельности по предоставлению медицинских услуг, что формирует и поддерживает интерес к деятельности продавца данного вида услуги, тем самым, способствуя продвижению такой деятельности на соответствующем рынке.

Поскольку рассматриваемая рекламная информация распространялась в января 2021 года, при этом заявителем в материалы дела не представлены сведения о продолжении распространения данной рекламы в настоящее время, а Управлением самостоятельно такое распространение не установлено, постольку необходимость в выдаче предписания отсутствует.

Руководствуясь частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-47 Правил, Комиссия Курганского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространённую 22.01.2021 года в 18 часов 24 минуты на телефон <...>с абонентским номером +<...>, посредством телефонного звонка с номера <...>, поскольку она нарушает требования части 1 статьи 18, части 7 статьи 24, пункта 7 статьи 7 Закона о рекламе.
2. Предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства Российской Федерации не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Курганского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно статье 37 Закона о рекламе решение, предписание могут быть оспорены в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения, выдачи предписания.

Решение изготовлено в полном объеме 06.07.2021 года.

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

Председатель Комиссии _____ <...>

Члены Комиссии:

_____ <...>

_____ <...>

Исп.: <...> Тел.:8 (3522) 463955