

РЕШЕНИЕ:

по делу № 043/05/18-460/2023

Резолютивная часть решения оглашена 27 июля 2023 года

В полном объеме решение изготовлено 27 июля 2023 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председателя Комиссии:

"..." – руководитель Кировского УФАС России;

Членов Комиссии:

"..." – начальника отдела финансовых рынков и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области,

"..." – специалиста-эксперта отдела финансовых рынков и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области,

рассмотрев материалы дела № 043/05/18-460/2023, возбужденного в отношении индивидуального предпринимателя "..." по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе») относительно распространения 29.01.2023 в 09:43 на абонентский номер 89"..." с абонентского номера 89"..." рекламной информации в отсутствие согласия на ее получение,

в отсутствие:

- заявителя – физического лица;

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства РФ - индивидуального предпринимателя "..."

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Кировской области поступили заявления физического лица (вх. № 1338 от 13.03.2023, вх. № 1339 от 13.03.2023, вх. № 1340 от 13.03.2023) по вопросу нарушения требований рекламного законодательства при распространении 29.01.2023 в 09:43 на абонентский номер 89"..." с абонентского номера 89"..." рекламной информации в отсутствие согласия на ее получение.

Из информации, представленной ПАО «Ростелеком», следует, что абонентский номер 89"..." был выделен индивидуальному предпринимателю "..." с 23.01.2023 по 16.03.2023 на основании договора № "...". В связи с чем, в отношении данного лица было возбуждено дело по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (определение о возбуждении дела № 043/05/18-460/2023 от 10.05.2023). Рассмотрение дела первоначально было назначено на 08.06.2023.

В целях необходимости получения ранее запрошенных документов и сведений рассмотрение дела откладывалось (определение от 08.06.2023). Рассмотрение дела было назначено на 27 июля 2023 года в 14 часов 00 минут.

О дате, времени и месте рассмотрения дела № 043/05/18-460/2023 ИП "..." считается извещенным надлежащим образом (согласно уведомлению о вручении, почтовое отправление, направленное по адресу регистрации "...", вернулось в Кировское УФАС России 26.07.2023).

О дате, времени и месте рассмотрения дела № 043/05/18-460/2023 заявитель считается извещенным надлежащим образом (согласно уведомлению о вручении почтовое отправление, направленное по адресу регистрации заявителя, вернулось в Кировское УФАС России 20.07.2023).

Исследовав имеющиеся в материалах дела документы, Комиссия Кировского УФАС России пришла к следующим выводам.

В соответствии с положениями, установленными п. 1 ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «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.

Согласно пункту 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», объект рекламирования – это 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.

В соответствии с п. 3 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Под рекламодателем в соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Под рекламодателем в соответствии с пунктом 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» понимается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Установлено, что 29.01.2023 в 09:43 на абонентский номер 89"..." с абонентского

номера 89"..." поступил рекламный звонок с информацией следующего содержания:

<начало записи>

«- День добрый, наконец дозвонилась. Послушайте, Вам, как добросовестному клиенту наших банков-партнеров, «Совкомбанк» предлагает бесплатную карту «Халва» с лимитом до 500 000 рублей. Пользоваться средствами без процентов можно целых 24 месяцев. Рассмотрите предложение, хорошо?»

- Вы с какого города звоните?

- Вы вообще пользуетесь кредитными картами?

- А вы человек или робот?

- Хорошо, всего доброго.»

<конец записи>.

Факт поступления указанного звонка подтверждается:

- аудиозаписью звонка, поступившего 29.01.2023 в 09:43 на абонентский номер 89"..." с абонентского номера 89"...";

- детализированной выпиской по абонентскому номеру 89"...", подтверждающей факт поступления 29.01.2023 в 09:43 на абонентский номер 89"..." с абонентского номера 89"..." звонка;

- копией договора на оказание услуг связи от 13.09.2020 № 49145156, заключенного между ООО «Т2 Мобайл» и заявителем, подтверждающей, что заявитель является абонентом по номеру телефона 89"...".

Информация следующего содержания: *«День добрый, наконец дозвонилась. Послушайте, Вам, как добросовестному клиенту наших банков-партнеров, «Совкомбанк» предлагает бесплатную карту «Халва» с лимитом до 500 000 рублей. Пользоваться средствами без процентов можно целых 24 месяцев. Рассмотрите предложение, хорошо?...»* содержит все юридически значимые признаки рекламы:

- распространена по сетям электросвязи посредством звонка на абонентский номер 89"...";

- адресована неопределенному кругу лиц – всем лицам, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования (неперсонифицированный характер);

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (банковской карте «Халва» от ПАО «Совкомбанк»), формированию или поддержанию интереса к объекту рекламирования и его продвижению на рынке.

Таким образом, вышеуказанная информация содержит все признаки рекламы, перечисленные в п. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе», является рекламой и

на такую информацию, а также на порядок ее размещения распространяются положения Федерального закона «О рекламе».

Заявитель сообщил, что не давал согласие на получение вышеуказанной рекламной информации.

В силу части 1 статьи 18 Федерального 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.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «О связи» под электросвязью понимаются 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.

Согласно пункта 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

В данном случае владельцем по абонентскому номеру 89"... " является физическое лицо - заявитель, что подтверждается копией договора на оказание услуг связи от 13.09.2020 № "...", заключенного между ООО «Т2 Мобайл» и заявителем.

Следуя разъяснениям, изложенным в пункте 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", согласно части 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. Однако Закон 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.

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.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что

презюмируется отсутствие согласия абонента на получение информации рекламного характера, а также, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя, а не на лицо, получившее рекламную информацию.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламы, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы). Из диспозиции части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи. Иной подход приведет к злоупотреблениям со стороны рекламораспространителей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте что недопустимо в контексте части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

В этой связи, учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам, следует руководствоваться более жесткими требованиями и в каждом конкретном случае учитывать именно наличие прямого согласия абонента на получение рекламы.

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.

По смыслу ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе её действие направлено на ограждение абонентов от нежелательных для них телефонных звонков (сообщений, передаваемых иным видом электросвязи) с рекламной информацией, на получение которой они не давали своего согласия, вне зависимости от того, под какую именно информацию такая реклама завуалирована ее распространителем с целью придания своим действиям видимости законности

Согласие на получение рекламы, не позволяющее однозначно установить, кто именно его дал, является ненадлежащим и влечет нарушение ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Согласие на получение рекламной информации по сетям электросвязи может быть получено и в устной форме при соблюдении следующих условий: проведение идентификации абонента; согласие должно быть предварительным, то есть рекламная информация может быть озвучена только после получения согласия; формулировка на получение согласия должна быть однозначной недвусмысленной, позволяющей точно определить, что звонящий спрашивает согласие на доведение до абонента информации именно рекламного характера;

формулировка на получение согласия должна предоставлять возможность абоненту изначально отказаться от получения (прослушивания) рекламной информации.

Из информации, представленной ПАО «Ростелеком», следует, что абонентский номер 89"..." был выделен индивидуальному предпринимателю "..." с 23.01.2023 по 16.03.2023 на основании договора № "..." от 05.12.2022.

Письмом Кировского УФАС России от 23.03.2023 исх. № 968/04 у ПАО «Совкомбанк» запрашивались копии документов, подтверждающие согласие абонента 89"..." на получение рекламной информации от ПАО «Совкомбанк», а также информация о том, является/являлся ли клиентом ПАО «Совкомбанк» владелец абонентского номера 89"...".

Письмом б/д б/н (вх. № 1757 от 29.03.2023) ПАО «Совкомбанк» пояснило, что в рекламных рассылках Банка абонентский номер 89"..." не зарегистрирован, звонки по указанному номеру сотрудниками ПАО «Совкомбанк» и партнерами Банка не производились, абонентский номер 89"...", с которого поступил рекламный звонок, не принадлежит ПАО «Совкомбанк». Кроме того, Общество сообщило, что физическое лицо с идентификатором по абонентскому номеру 89"..." отсутствует в информационных базах Банка; лицо по указанному абонентскому номеру клиентом ПАО «Совкомбанк» не является.

Письмом от 08.06.2023 исх. № AP/2301/23 у ПАО «Совкомбанк» запрашивалась информация о том, имеются ли договорные отношения между ПАО «Совкомбанк» и ИП "...", связанные с поиском потенциальных клиентов в отношении услуг ПАО «Совкомбанк».

В ответ на вышеуказанный запрос, письмом от 16.06.2023 (вх. № 3620-ЭП/23 от 16.06.23) ПАО «Совкомбанк» пояснило, что договорные отношения между Банком и И П "...", связанные с поиском потенциальных клиентов в отношении услуг ПАО «Совкомбанк», отсутствуют.

Письмами от 03.04.2023 исх. № ИФ/1152/23, от 26.04.2023 исх. № AP/1534/23, а также определением от 10.05.2023 и определением от 08.06.2023 у ИП "..." запрашивались копии документов, подтверждающих предварительное согласие абонента по номеру 89"..." на получение рекламной информации об услугах ПАО «Совкомбанк». Однако документов, подтверждающих наличие согласия у абонента с номером 89"..." на получение рекламной информации, в Кировское УФАС России не представлено.

Кроме того, из представленной заявителем аудиозаписи телефонного разговора не следует, что оператор задавал вопрос о согласии абонента прослушать рекламную информацию (реклама распространена без вопроса о согласии на ее получение). Доказательств обратного в материалы дела не представлено.

ИП "..." не представлено доказательств получения предварительного согласия абонента на предложение услуг Банка в рекламных целях до озвучивания предлагаемых услуг. Идентификация абонента не проводилась.

Таким образом, доказательств, указывающих на принятие всех достаточных мер по соблюдению требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» при

распространении рассматриваемой рекламы, в материалы дела не представлено.

Учитывая, что обязанность по доказыванию наличия предварительного согласия абонента на получение рекламной информации по сетям электросвязи действующим законодательством возложена на рекламораспространителя, и при условии отсутствия в материалах дела бесспорных и объективных доказательств, подтверждающих наличие такого согласия от заявителя, следует вывод, что рассматриваемая рекламная информация распространена с нарушением ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

На основании ст. 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Исходя из имеющихся в материалах дела документов и сведений Комиссия Кировского УФАС России приходит к выводу, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы, исходя из понятия, установленного п. 7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе», является индивидуальный предприниматель "...".

Порядок выдачи антимонопольным органом предписаний о прекращении нарушения требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлен Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 (далее – Правила).

Согласно пункту 44 Правил при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу, обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Поскольку на момент вынесения решения доказательств устранения нарушения требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе ИП "..." представлено не было, Комиссия считает целесообразным выдать ИП "..." предписание о прекращении нарушения требований рекламного законодательства.

Ответственность за данное правонарушение предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Комиссия считает необходимым передать материалы уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении ИП "...".

Руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 36, ст. 38 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п. 37 – 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия Кировского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламную информацию следующего содержания:

«День добрый, наконец дозвонилась. Послушайте, Вам, как добросовестному клиенту наших банков-партнеров, «Совкомбанк» предлагает бесплатную карту «Халва» с лимитом до 500 000 рублей. Пользоваться средствами без процентов можно целых 24 месяцев. Рассмотрите предложение, хорошо?...», распространенную 29.01.2023 в 09:43 на абонентский номер 89"..." с абонентского номера 89"...", так как она нарушает требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать индивидуальному предпринимателю "..." предписание об устранении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы уполномоченному должностному лицу Кировского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении индивидуального предпринимателя "...".

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