

РЕШЕНИЕ

по делу № 051/05/18-69/2022

11 апреля 2022 года

город Мурманск

Резолютивная часть решения оглашена 5 апреля 2022 года.

Решение в полном объеме изготовлено 11 апреля 2022 года.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее - Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии: Смирнова Кристина Анатольевна, заместитель руководителя Мурманского УФАС России;

Члены Комиссии:

Попова Ирина Николаевна – ведущий эксперт отдела контроля товарных и финансовых рынков Мурманского УФАС России;

Яшина Ольга Евгеньевна - начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Мурманского УФАС России;

Попова Екатерина Александровна - специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Мурманского УФАС России,

рассмотрев дело № 051/05/18-69/2021 по признакам нарушения законодательства о рекламе по факту нарушения ИП Рогачевской Г.В. <...> части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие заявителя <...> и ИП Рогачевской Г.В., уведомленных о времени и месте рассмотрения дела должны образом (представителем предпринимателя заявлено ходатайство о рассмотрении дела 05.04.2022 в 10:00 без его участия),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области поступило заявление гражданина <...> по факту нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в поступлении 04.12.2021 в 14:51 на принадлежащий <...> номер <...> нежелательного звонка рекламного характера: «... Звоню для того чтобы пригласить Вас в нашу клинику получить новогодний подарок – пять тысяч бонусных рублей, которые вы можете потратить на лечение ваших зубов, а также пройти бесплатную диагностику. Снимки и заключения выдаются на руки, за вами зафиксирована скидка тридцать процентов для всей семьи. Когда Вам будет удобно нас посетить? ... <...>...».

Звонок рекламного характера поступил с абонентского номера <...> и без получения предварительного согласия абонента.

Заявитель сообщил, что не давал согласие стоматологии на рекламную рассылку в его адрес и просил привлечь к ответственности лиц, нарушивших рекламное законодательство.

По запросам антимонопольного органа операторами связи представлена информация, из которой следует, что абонентский номер <...>, с которого осуществлялись звонки рекламного характера, принадлежит индивидуальному предпринимателю ИП Рогачевской Г.В. <...>.

ИП Рогачевской Г.В. направлен запрос от 10.01.2022 № 08-07-21/164р-3 предоставить в срок до 24.01.2022 следующую информацию:

1. Копии документов, подтверждающие согласие абонента номера <...> на получение рекламных сообщений;
2. Данные о лице, утвердившем и осуществившем рекламную рассылку (с приложением копий документов (договоров), на основании которых была осуществлена рекламная рассылка);
3. Копии иных документов, содержащие данные о проводимой рекламной компании.

Согласно РПО <...> письмо возвращено отправителю, в связи с чем, копия запроса направлена на электронную почту <...> Данный электронный адрес указан в качестве данных контактного лица в договоре об оказании услуг связи «Билайн» <...>, между ИП Рогачевской Г.В. и ПАО «ВымпелКом»

По состоянию на дату рассмотрения дела № 051/05/18-69/2022 документальное подтверждение наличия согласия абонента номера <...> на получение звонков рекламного характера в материалы дела ИП Рогачевской Г.В. не представлено.

Статьей 3 Закона о рекламе введены следующие термины:

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;

ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации;

рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо;

рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с пунктом 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламораспространитель несёт ответственность за нарушение требований статьи 18 Закона о рекламе.

Определением о возбуждении дела № 051/05/18-69/2022 рассмотрение дела назначено на 05.04.2022. в 10:00.

Копия Определения о возбуждении дела была направлена по адресу регистрации ИП Рогачевской Г.В. заказным письмом, а также электронным письмом на адрес <...>. Согласно отчёту Почты России РПО <...>, письмо возвращено отправителю 21.03.2022. 04 апреля 2022 года в Мурманское УФАС России поступило ходатайство представителя ИП Рогачевской Г.В. – <...> о рассмотрении дела, назначенном на 05.04.2022 в 10:00, без участия представителя.

Дело рассмотрено без участия ИП Рогачевской Г.В. и ее представителя.

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) покупателю и конечному потребителю. По своему содержанию рекламное сообщение, направленное по сети связи, рекламирует медицинские услуги стоматологического характера <...> и продвигает их 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 - любые излучения, 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 распространение рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

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 по сетям связи 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.

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

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.

На основании пункта 2 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 сообщения, в котором содержится информация о проводимых услугах стоматологией <...>, в том числе бесплатной диагностики, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством телефонных сообщений, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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 Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС 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 рекламораспространителя.

Согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя, и должно быть зафиксировано каким-либо образом.

Реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Вместе с тем, рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В рассматриваемом случае, на момент распространения рекламы такое согласие не было получено ИП Рогачевской Г.В. у абонента <...> номер <...>. Иного Комиссии не доказано.

При изложенных обстоятельствах, в действиях ИП Рогачевской Г.В. <...> усматриваются признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а именно: распространение

рекламы по сетям электросвязи в отсутствие предварительного согласия гражданина <...> на получение рекламы.

Ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, предусмотрена частью 7 статьи 38 названного закона и возложена на рекламодателя.

ИП Рогачевская Г.В. признается рекламодателем, следовательно, несет ответственность за нарушение требований Закона о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 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, утвержденных Постановлением Правительства РФ 24.11.2020 № 1922, Комиссия.

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «...Звоню для того чтобы пригласить Вас в нашу клинику получить новогодний подарок – пять тысяч бонусных рублей, которые вы можете потратить на лечение ваших зубов, а также пройти бесплатную диагностику. Снимки и заключения выдаются на руки, за вами фиксируется скидка тридцать процентов для всей семьи. Когда Вам будет удобно нас посетить? ...<...>», поступившую 04.12.2021 в 14:51 по сетям электросвязи на принадлежащий <...> номер телефона <...> с абонентского номера ИП Рогачевской Г.В. <...> <...>, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ИП Рогачевской Г.В. <...> предписание о прекращении нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе и обеспечить соблюдение указанной нормы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Мурманского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в суд (арбитражный суд) в течение трех месяцев со дня изготовления решения в полном объеме.

Председатель Комиссии:

К.А. Смирнова

Члены Комиссии:

И.Н. Попова

О.Е. Яшина

Е.А. Попова