

39719/18 от 17.08.2018

АО «Тинькофф Банк»

1-й Волоколамский пр-д, д. 10, стр. 1,
г. Москва, 123060

e.karavashkina@tinkoff.ru

o.ksenofontov@tinkoff.ru

ООО «Энергосберегающие системы»

Ленина пр-кт, д. 15, оф. 12,
Нижегородская обл., г. Дзержинск,
606032

РЕШЕНИЕ

«07» августа 2018 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 № 3-18-170/77-18, возбужденное по факту распространения 15.12.2017 в 16:11 на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка с телефонного номера +7-800-755-75-53 (в соответствии с детализацией +7-926-617-76-58) рекламы АО «Тинькофф Банк»,

в отсутствие представителей АО «Тинькофф Банк»,
ООО «Энергосберегающие системы» (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-170/77-17 возбуждено в отношении АО «Тинькофф Банк», ООО «Энергосберегающие системы» на основании обращения физического лица по факту распространения 15.12.2017 в 16:11 посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы АО «Тинькофф Банк», поступившей с телефонного номера +7-800-755-75-53 (в соответствии с детализацией +7-926-617-76-58).

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

АО «Тинькофф Банк» является юридическим лицом, включенный в Единый государственный реестр юридических лиц 28.11.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739642281, ИНН 7710140679, КПП 773401001.

ООО «Энергосберегающие системы» является юридическим лицом, включенный в Единый государственный реестр юридических лиц 23.04.2014 за основным государственным регистрационным номером 1145249002172, ИНН 5249133456, КПП 524901001.

Поступление указанной рекламы на номер телефона +<...> подтверждается детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем, а также аудиозаписью телефонного разговора.

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 - 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 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 обобщённый 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 неопределённого 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.

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 рекламы, в котором содержатся информация об услугах АО «Тинькофф Банк», Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством телефонного звонка на номер телефона <...>, 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 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.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал. АО «Тинькофф Банк», ООО «Энергосберегающие системы» наличие такого согласия также не подтвердили.

Следовательно, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы АО «Тинькофф Банк», ООО «Энергосберегающие системы» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

В соответствии с Российским планом нумерации, а также письменными пояснениями, номер +7-800-755-75-53 (в соответствии с детализацией +7-926-617-76-58), с которого поступил спорный телефонный звонок принадлежит номерной емкости ПАО «Мегафон».

В соответствии с документами и сведениями, представленными ПАО «Мегафон» телефонный номер +7-926-617-76-58 выделен АО «Тинькофф Банк».

При этом согласно представленными АО «Тинькофф Банк» документами и сведениями, распространение рекламы с телефонного номера +7-926-617-76-58 осуществляло ООО «Энергосберегающие системы» на основании договора возмездного оказания услуг по привлечению клиентов (далее — Договор).

В соответствии с пунктом 1.1 Договора ООО «Энергосберегающие системы» обязуется оказывать услуги, направленные на привлечение потенциальных клиентов для АО «Тинькофф Банк» путем осуществления исходящих голосовых вызовов потенциальным клиентам, с целью предложения продукта АО «Тинькофф Банк», указанного в соответствующем приложении к Договору, а также оформления анкет на получение продукта АО «Тинькофф

Банк», а также АО «Тинькофф Банк» обязуется оплачивать указанные услуги в соответствии с Договором и соответствующим приложением к нему.

Согласно пункту 2.1.9 ООО «Энергосберегающие системы» при оказании услуг обязуется в обязательном порядке получить от лица, которому совершается звонок, согласие на получение рекламного предложения о продуктах АО «Тинькофф Банк».

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

В этой связи действия ООО «Энергосберегающие системы», противоречат ранее приведенным положениям договора.

Обратного ООО «Энергосберегающие системы» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на ООО «Энергосберегающие системы» не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

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

Таким образом, распространение 15.12.2017 в 16:11 на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка с телефонного номера +7-800-755-75-53 (в соответствии с детализацией +7-926-617-76-58) рекламы АО «Тинькофф Банк» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащим.

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, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что непосредственное доведение рассматриваемого рекламы до потребителя осуществляло ООО «Энергосберегающие системы» в силу прямого доступа к номеру телефона, с которого совершен звонок.

Таким образом, ООО «Энергосберегающие системы» в рамках рассмотрения данного дела признается рекламодателем (что Обществом не оспаривается), а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ООО «Энергосберегающие системы» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Энергосберегающие системы» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении посредством телефонного звонка 15.12.2017 в 16:11 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...>, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ООО «Энергосберегающие системы» не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, 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 ООО «Энергосберегающие системы» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Энергосберегающие системы» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы АО «Тинькофф Банк», поступившей 15.12.2017 в 16:11 с телефонного номера +7-800-755-75-53 (в соответствии с детализацией +7-926-617-76-58), без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ООО «Энергосберегающие системы» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. 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

<...>

<...>