

ИП <...>

Заявитель:

вх. № 8237 от 19.05.2021

РЕШЕНИЕ

(по делу № 002/05/18-1281/2021)

16.08.2021 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «17» августа 2021 года

Комиссия Башкортостанского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель комиссии:

<...>;

Члены Комиссии:

<...>;

<...>;

рассмотрев обращение физического лица (от 19.05.2021 ВХ042076) (вх. № 8237 от 19.05.2021, электронная почта, срок рассмотрения обращения продлен) о признаках нарушения требований Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе (ФЗ «О рекламе»)),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (УФАС по РБ) поступило обращение физического лица (от 19.05.2021 ВХ042076) (вх. № 8237 от 19.05.2021, электронная почта, срок рассмотрения обращения продлен) о признаках нарушения, по мнению заявителя, требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В своём обращении заявитель сообщил, что 17.05.2021 года в 16:42 получил на телефонный номер нежелательный рекламный звонок от абонента +7(958) 835-36-65. К заявлению приложена аудиозапись (-65_+79588353665_2021-05-17_16-42-06, продолжительность 00:23) следующего содержания:

- Здравствуйте! Специально для Вас МТС-Банк подготовил эксклюзивную карту 111 дней без процентов с лимитом до миллиона рублей и бесплатным обслуживанием. Предложение ограничено. Что бы получить карту, нажмите цифру «1» и мы свяжемся с Вами. Не хотите, что бы мы Вам звонили, нажмите «0».

В рамках рассмотрения поступившего заявления, УФАС по РБ был подготовлен и направлен запрос в адрес оператора связи (ООО «Т2 Мобайл») для получения сведений (документов и материалов) подтверждающих факт поступления звонка заявителю в указанное время и дату от указанного лица, а также принадлежность абонентского номера заявителю.

09.06.2021 года от ООО «Т2 Мобайл» посредством электронной почты поступили запрошенные сведения (документы и материалы) (вх. № 9640) подтвердившие факт принадлежности абонентского номера заявителю, а также факт поступления звонка в указанное время и дату от указанного лица. Также ООО «Т2 Мобайл» было сообщено, что абонентский номер +7(958) 835-36-65 входит в ресурс нумерации оператора связи ПАО «Ростелеком».

24.06.2021 года от ПАО «Ростелеком» посредством электронной почты поступил ответ на запрос (вх. № 10465) из которого следует, что номер +7(958) 835-36-65 предоставлен ПАО «Ростелеком» абоненту – ИП <...> по договору об оказании услуг подвижной связи № 7240730 от 06.06.2020 года (приложение № 1 к договору об оказании услуг подвижной связи от 28.09.2020 № 7240730).

25.06.2021 года УФАС по РБ было принято решение о возбуждении дела № 002/05/18-1281/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. К участию в деле привлечены:

- Заявитель:

- вх. № 8237 от 19.05.2021;

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

- рекламодатель - ИП <...>.

Рассмотрение дела назначено на 19.07.2021 года.

Дополнительно антимонопольным органом был направлен запрос в адрес Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы № 14 по Кировской области для получения полной (расширенной) выписки из ЕГРИП в отношении ИП <...>.

14.07.2021 года от Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы № 14 по Кировской области поступила полная (расширенная) выписка из ЕГРИП в отношении ИП <...> (вх. № 11636).

19.07.2021 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе ИП <...>. (представитель ИП) не присутствовал. Запрошенные сведения (документы и материалы) индивидуальным предпринимателем не представлены. Ходатайств от указанного лица не поступало.

В соответствии с информацией, размещенной на официальном сайте Почты России (<https://www.pochta.ru/>), корреспонденция с почтовым идентификационным номером 45002258058560 (определение по делу с исх. № 6/7768 от 25.06.2021) направленная ИП <...> по адресу: Кировская область, Лебяжский район, д. Елизарово, ул. Центральная, д. 5, офис/кв. 1 - вручена адресату 07.07.2021, 15:47.

Корреспонденция с почтовым идентификационным номером 45002258058577 (определение по делу с исх. № 6/7768 от 25.06.2021) направленная ИП <...> по адресу: г. Киров, ул. Горького, д. 5, офис/кв. 808 адресатом не получена, статус –

неудачная попытка вручения 05.07.2021, 15:19.

19.07.2021 года Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. продлить срок рассмотрения дела № 002/05/18-1281/2021.
2. отложить рассмотрение дела на другую дату – 16.08.2021 года.

3. направить запрос в адрес Управления по вопросам миграции МВД России по Кировской области для установления фактического места жительства лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

28.07.2021 года ИП <...> посредством электронной почты (вх. № 12379) представлены пояснения, из которых следует, что договоров с рекламодателями по распространению данной рекламы индивидуальный предприниматель не имеет, предварительное согласие от абонента на получение рекламы отсутствует. Распространение рекламы на абонентский номер заявителя прекращено.

Также от ИП <...> поступило ходатайство о рассмотрении дела назначенного на 16.08.2021 года без его участия.

11.08.2021 года от Управления по вопросам миграции МВД России по Кировской области поступила запрошенная информация (вх. № 13205).

16.08.2021 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе ИП <...> не присутствовал. Ранее поступившее ходатайство (вх. № 12379 от 28.07.2021, электронная почта) удовлетворено.

Дело рассмотрено в отсутствие ИП <...>

Исследовав материалы дела, Комиссия приходит к выводу, что реклама, распространенная путем осуществления телефонного звонка на абонентский номер от абонента +7(958) 835-36-65 17.05.2021 года в 16:42 следующего содержания:

- Здравствуйте! Специально для Вас МТС-Банк подготовил эксклюзивную карту 111 дней без процентов с лимитом до миллиона рублей и бесплатным обслуживанием. Предложение ограничено. Что бы получить карту, нажмите цифру «1» и мы свяжемся с Вами. Не хотите, что бы мы Вам звонили, нажмите «0»

нарушает часть 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе». При этом Комиссия исходит из следующего.

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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.

По смыслу законодательного определения рекламой считается та информация, которая, во-первых, была распространена, во-вторых, адресована неопределенному кругу лиц, в-третьих, направляет внимание и интерес на объект рекламирования, в-четвертых, имеет цель продвинуть объект рекламы на рынок. Иными словами, реклама призвана выделить рекламируемый объект из ряда других объектов и привлечь к нему внимание, а также побуждать лиц из числа неопределенного круга, среди которых распространялась реклама, обратиться за приобретением товара.

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками:

- распространена путем использования телефонной связи (совершение звонка на абонентский номер);
- является общедоступной для восприятия неопределенного круга и не является персонифицированной;
- направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем и осуществляемой им деятельности (товар и услуги, реализуемые МТС-Банком) и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижение на рынке;
- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – кредитная карта 111 дней без процентов с лимитом до миллиона рублей и бесплатным обслуживанием.
- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

Факт признания данной информации рекламной, ответчиком не оспаривается.

Частью 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

В силу пункта 4 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

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 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.

Каждый рекламодатель обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

При этом, из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламодателем.

Из обращения заявителя следует, что рекламный звонок поступил без его предварительного согласия.

Бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе, при этом, заявитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия.

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.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя (Постановление пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 28 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать владельца абонентского номера (факт принадлежности номера заявителю подтвержден оператором связи ООО «Г2 Мобайл»), который сообщил антимонопольному органу о том, что он не давал согласия на получение рекламных звонков от абонента +7(958) 835-36-65.

Кроме этого, частью 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Для целей выявления нарушения требования части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» антимонопольным органам необходимо установить факт того, что:

- в ходе осуществления звонка абоненту или направления ему сообщения использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание и автоматическая рассылка);
- осуществление такого звонка абоненту или направление ему такого сообщения осуществлялось для распространения рекламы.

Так, запись телефонного разговора, предоставленная абонентом антимонопольному органу, содержащая в начале такого разговора воспроизведенный абоненту заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание).

Как следует из аудиозаписи рекламного звонка, вызов совершен при помощи средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание), о чем свидетельствует воспроизведение абоненту заранее записанного аудиофрагмента, представляющего собой речь человека (автоматизированная запись), а также предложение осуществления определенной

команды путем нажатия соответствующей клавиши (цифры) в тональном режиме телефона.

Принадлежность номера +7(958) 835-36-65 индивидуальному предпринимателю, а также поступление звонка заявителю, ответчиком не оспаривается.

Согласие на осуществление рекламных звонков на абонентский номер ИП <...> не представлено, факт правонарушения не оспаривается. Позиция по нарушению части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» индивидуальным предпринимателем не озвучена, какие-либо доводы не представлены.

Таким образом, данный звонок нарушает часть 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 6 и 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

ИП <...> как владелец абонентского номера +7(958) 835-36-65, выступил лицом, осуществившем распространение данной рекламы путем совершения звонка на абонентский номер заявителя.

Согласно пункту 49 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.

Согласно пункту 54 Правил при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В этом случае основания нецелесообразности выдачи предписания излагаются в мотивировочной части решения по делу.

Комиссией принято решение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ИП <...> не выдавать, так как на заседании Комиссии представлены пояснения, что звонки на абонентский номер прекращены, а от заявителя доказательства повторного получения звонков не представлено.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, распространенную путем осуществления телефонного звонка на абонентский номер 17.05.2021 года в 16:42 от абонента +7(958) 835-36-65 ненадлежащей, поскольку она нарушает требования части 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. В соответствии с пунктом 54 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Башкортостанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП <...>

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>