

РЕШЕНИЕ
по делу № 055/05/18-179/2023

20 апреля 2023 года

город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее также – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – <...> заместитель руководителя Омского УФАС России,
члены Комиссии:

<...> – начальник отдела рекламы,

<...>. – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев материалы дела № 055/05/18-179/2023 по факту распространения индивидуальным предпринимателем <...>, ИНН (далее – ИП <...>) рекламы, нарушающей требования частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России поступило обращение от физического лица по факту распространения рекламы по сетям электросвязи посредством осуществления 26.12.2022 в 15:49 часов телефонного звонка абонентом +<...> на абонентский номер +<,>>

В качестве доказательства распространения рекламы заявителем приложена аудиозапись телефонного разговора:

«- Да, здравствуйте.

- Алло...

- Добрый день, это Ева, компания «Диалог Пауэр», умные роботы с искусственным интеллектом.

Есть минутка?

- Нету.

- Я буквально секунд на сорок...позволите?

- Слушайте, я Юлии Владимировне на вас пожелаю.

- У меня немного необычный вопрос, на самом деле два. Мы помогаем компаниям увеличить продажи с помощью роботов с искусственным интеллектом, как уже выяснила таких же, как и я. Мы сделали подборку решений, как продвигать компании и продажи, даже когда отключены Facebook или Google, как снизить расходы компании, продажи в звонках с умными роботами и другие современные решения, звоню, чтобы с вами поделится. Вам как удобнее: отправить ссылку в смс или в WhatsApp?

- Давайте в смс.

- Отлично, я все отправлю в WhatsApp.

- Я на вас пожелаю Юлии Владимировне...

- И второй вопрос самый главный: наш эксперт может бесплатно продиагностировать работу вашего отдела продаж и посоветовать инструмент для его прокачки...».

По утверждению заявителя, указанная информация является рекламой, распространенной без согласия на ее получение.

Оператор связи заявителя (ПАО «Ростелеком») подтвердил факт поступления 26.12.2022 телефонного звонка на абонентский номер +<.> от абонента +<.>, представив детализацию входящих телефонных звонков.

В соответствии с информацией, размещенной на сайте <https://www.niir.ru>, абонентский номер +7965-142-96-68 принадлежит ресурсу нумерации, закрепленному за оператором связи ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» указало, что абонентский номер +<.> принадлежит ООО «Бета Воип» в соответствии с договором оказания услуг связи от 08.08.2020 № 777717528.

ООО «Бета Воип» представлена информация (вх. № 787-эп/23 от 26.01.2023), согласно которой «абонентский номер +<◇>>>> на основании заявления и договора № Н280626 на оказание услуг связи подключен с 14.12.2022г. по настоящее время индивидуальному предпринимателю <.>>», в качестве доказательства приложена копия договора № Н280626 на оказание услуг связи от 14.12.2022, в соответствии с которым абонентский номер +<...> выделен ИП <.>.

Определением от 17.02.2023 Омским УФАС России в отношении ИП <...> возбуждено дело по признакам нарушения частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Определением от 15.03.2023 рассмотрение дела было отложено в связи с отсутствием сведений о надлежащем уведомлении ИП <...> о дате и времени рассмотрения дела.

Копии определений о возбуждении дела и об отложении рассмотрения дела были направлены ИП <...> заказными письмами (исх. № тш/1109/23 от 17.02.2023, исх. № тш/1686/23 от 15.03.2023).

В соответствии со статьей 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

В пункте 63 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указано: «По смыслу пункта 1 статьи 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации юридически значимое сообщение, адресованное гражданину, должно быть направлено по адресу его регистрации по месту жительства или пребывания либо по адресу, который гражданин указал сам (например, в тексте договора), либо его представителю (пункт 1 статьи 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации).

С учетом положения пункта 2 статьи 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации юридически значимое сообщение, адресованное гражданину, осуществляющему предпринимательскую деятельность в качестве индивидуального предпринимателя (далее - индивидуальный предприниматель), или юридическому лицу, направляется по адресу, указанному соответственно в едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей или в едином государственном реестре юридических лиц либо по адресу, указанному самим индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом.

При этом необходимо учитывать, что гражданин, индивидуальный предприниматель или юридическое лицо несут риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресам, перечисленным в абзацах первом и втором настоящего пункта, а также риск отсутствия по указанным адресам своего представителя. Гражданин, сообщивший кредиторам, а также другим лицам сведения об ином месте своего жительства, несет риск вызванных этим последствий (пункт 1 статьи 20 Гражданского кодекса Российской Федерации). Сообщения, доставленные по названным адресам, считаются полученными, даже если соответствующее лицо фактически не проживает (не находится) по указанному адресу».

ИП <...> систематически уклоняется от получения корреспонденции Омского УФАС России, указанные письма адресатом не получены.

Омским УФАС России были предприняты все необходимые действия для надлежащего уведомления ИП <...> о дате, времени и месте рассмотрения дела № 055/05/18-1083/2022.

Рассмотрев имеющиеся материалы дела, Комиссия установила следующее.

Статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» установлены понятия:

- электросвязь - 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;

- абонент - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

- оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии

По определению, данному статьей 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 - 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;

товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

При этом термин «реклама», обозначенный в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего понятия «реклама», данного в статье 3 Федерального

закона «О рекламе», а именно, в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц.

Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного посредством абонентского номера или уникального кода идентификации абонента, который ее получает.

В силу специфики способа распространения, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный абонентский номер, предполагается нормами законодательства о рекламе (часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе») и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

Комиссия считает, что в данном случае вышеуказанная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена по сетям электросвязи, направлена на привлечение внимания к компании «Диалог Пауэр» и услугам по осуществлению продаж различных товаров с помощью роботов.

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 именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы (часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»).

В пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указано, что согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Согласие на получение рекламной информации по сетям электросвязи может быть получено в устной форме при соблюдении последовательности определенных условий:

- идентификация абонента;
- получение согласия на распространение рекламы.

Формулировка на получение согласия должна быть однозначной и недвусмысленной, позволяющей точно определить, что звонящий спрашивает согласие на доведение до абонента информации именно рекламного характера, при этом должна предоставлять возможность абоненту изначально отказаться от получения (прослушивания) рекламной информации.

Исходя из содержания аудиозаписи («- Да, здравствуйте. - Алло...- Добрый день, это Ева, компания «Диалог Пауэр», умные роботы с искусственным интеллектом. Есть минутка...») после приветствия была сразу же озвучена рекламная информация.

С учетом изложенного согласие (письменное, устное) абонента +<...> на получение рекламной информации получено не было.

В силу части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Анализ аудиозаписи телефонного разговора, состоявшегося между абонентами +<.>> и +<...> позволяет сделать вывод о том, что рассматриваемый телефонный звонок был осуществлен с помощью применения средств выбора и набора абонентского номера без участия человека, посредством специального программного обеспечения автоинформатором («голосовым помощником», «голосовым роботом») озвучивался заранее записанный аудиофрагмент, содержащий рекламную информацию.

Рекламодатель - это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (пункт 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ИП <..> является рекламораспространителем.

Ответственность за нарушение требований частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

С учетом изложенного Комиссия пришла к выводу о нарушении ИП <..> частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы по сетям электросвязи посредством осуществления телефонного звонка на абонентский номер +<..>

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителя на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства о рекламе.

В силу пункта 1 части 2 статьи 33 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Принимая во внимание отсутствие в настоящее время жалоб от заявителя на распространение рекламы от абонента +<.>, Комиссией принято решение об отсутствии необходимости в выдаче предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ИП <.>), выразившиеся в распространении рекламы: «- Да, здравствуйте. – Алло. - Добрый день, это Ева, компания «Диалог Пауэр», умные роботы с искусственным интеллектом. Есть минутка? - Нету. - Я буквально секунд на сорок...позволите...» по сетям электросвязи посредством осуществления телефонного звонка на абонентский номер +7923-035-09-54, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ИП <.>. не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 21.04.2023.

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

Председатель Комиссии

Члены Комиссии:

