

ИП <...>

<...>

Заявитель:

вх. № 16420 от 28.09.2021

РЕШЕНИЕ

по делу № 002/05/18-2374/2021

04.02.2022 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «16» февраля 2022 года

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

Председатель Комиссии:

<...> – заместитель руководителя – начальник отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы;

Члены Комиссии:

<...> – заместитель начальника отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы;

<...> – ведущий специалист-эксперт отдела взаимодействия с государственными органами, аналитической работы и рекламы;

рассмотрев дело № 002/05/18-2374/2021, возбужденное по обращению физического лица в отношении ИП <...> и гражданина <...>, в связи с распространением рекламы по сетям электросвязи, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе», Закон о рекламе),

в отсутствие лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о дате и времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

28.09.2022 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан в установленном порядке ФАС России (ВХ043247) поступило заявление гражданина (вх. № 16420 электронная почта, срок рассмотрения продлен) с обращением о неправомерном поступлении 27.09.2021 года в 15:29 на телефонный номер <...> звонка от абонента +7(931) 521-47-94. К заявлению приложена аудиозапись телефонного звонка (call_15-29-21_IN_, продолжительность – 01:22) следующего содержания:

- Алло? Алло?

- не кладите трубку, оператор ответит Вам менее чем через минуту.

- Здравствуйте, меня зовут Вера официальный партнер банка тинькофф. <...>?

- Да.

- Для Вашего ИП есть предложение от банка тинькофф – бесплатное открытие расчетного счета. Скажите когда удобно чтобы с Вами связался менеджер и рассказал про тарифы и условия?

- Подскажите откуда у Вас такая информация?

- Откуда ИП открыли, да?

- Да, откуда ИП открыл, и откуда взяли мой номер телефона?

- Это программа «спарк» и «контрфокус». Мы звоним с кол – центра, партнеры тинькофф банка и скидываем ваши заявки на открытие расчетного счета. Есть необходимость что бы с Вами связался менеджер банка?

- А как Ваша компания называется?

- Мы партнеры банка тинькофф, есть необходимость?

- Такой организации не существует. Там есть ООО, там Прима какая-нибудь или еще какая-то организация, а у Вас как называется?

- Я не понимаю, Вы мошенники или кто-то?...

Согласно заявлению, согласие на получение данного рекламного звонка Заявитель не давал.

В рамках рассмотрения заявления, антимонопольной службой установлено следующее.

ПАО «ВымпелКом», являющегося оператором сотовой связи Заявителя, подтвержден факт поступления звонка в указанное время и дату от указанного лица, а также принадлежность абонентского номера Заявителю (вх. № 17499 от 18.10.2021, электронная почта).

Согласно данным о принадлежности номеров к операторам связи, полученным из базы данных перенесенных абонентских номеров ФГУП «ЦНИИС» (<https://zniis.ru>), абонентский номер с которого был совершен указанный звонок, принадлежит ООО «Миател».

На запрос антимонопольного органа, ООО «Миател» представлены сведения (документы и материалы) (вх. № 18456 от 08.11.2021, электронная почта) из которых следует, что абонентский номер +7(931) 521-47-94 зарегистрирован за ООО «Смартьюб» от 12.08.2021 года на основании договора № БД20-08 «Об оказании услуг связи» от 10.03.2020 года.

В свою очередь, ООО «Смартьюб» представлена информация (вх. № 19542 от 24.11.2021, электронная почта) из которой следует, что юридическое лицо оказывает услуги по доступу к программному обеспечению «Скорозвон» представляющему сервис для совершения холодных звонков. Подключение к указанному сервису осуществляется путем присоединения к публичной оферте, размещенной на сайте <https://skorozvon.ru/offer>. Телефонный номер +7(931) 521-47-94 для работы в сервисе был выделен ИП <...> на основании заявления от 27.09.2021 года.

Предметом указанной оферты выступает предоставление Лицензиаром (ООО «Смартьюб») Лицензиату простой неисключительной лицензии на Программу в рамках ее функциональных возможностей путем воспроизведения программы (подключения к Программе через сеть интернет), исключительно для самостоятельного использования Лицензиатом без права предоставления лицензий третьим лицам, а Лицензиат обязуется уплатить вознаграждение Лицензиару в

соответствии с условиями настоящего Договора.

Пунктом 5.5 оферты установлено – «При отправке голосовых сообщений посредством использования Программы Лицензиат гарантирует, что осуществляет отправку исключительно лицам, давшим согласие на получение информации данным способом от Лицензиата, в порядке, установленном действующим законодательством Российской Федерации. При распространении информации рекламного характера посредством отправки сообщений через Программу Лицензиат выступает в качестве рекламодателя в соответствии с требованиями Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе».

26.11.2021 года Башкортостанским УФАС России, в порядке части 2 статьи 36 Закона о рекламе возбуждено дело № 002/05/18-2374/2021 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». К участию в деле привлечены:

- Заявитель:

- вх. № 16420 от 28.08.2021.

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

- ИП <...>.

Рассмотрение дела назначено на 16.12.2021 года.

14.12.2021 года от ИП <...> поступили запрошенные сведения (документы и материалы) (вх. № 20934 20949, электронная почта) в том числе письменные пояснения, в которых в частности сообщено:

«Звонок заявителю производился <...>, оказывающей ИП <...>. услуги по договору от 02.07.2020 (далее - Договор).

Согласно пункту 1.1 договора Исполнитель принимает на себе обязательство по совершению телефонных звонков потенциальным клиентам.

Согласно пункту 5.4. договора Исполнитель самостоятельно несет ответственность за создание безопасных условий для выполнения работ, соблюдение существующих норм и правил при выполнении работ.

У ИП <...> отсутствует согласие на получение рекламы <...> ИП <...> в адрес <...> была направлена претензия о соблюдении условий Договора.

Согласно полученному ответу от 10.12.2021 <...> воспользовалась сервисом «BA-ZA.NET», доступным по адресу: <https://numbers.ba-za.net/>. Номер телефона заявителя размещен в списке по адресу: <https://numbers.ba-za.net/diapason/russia/985/026/>. <...> и ИП <...> неизвестен владелец сервиса «BA-ZA.NET».

ФИО заявителя было получено <...> с использованием бота в Телеграме https://t.me/smart_searchbot. <...> и ИП <...> владелец бота неизвестен.

Совершение звонков лицами, оказывающими услуги ИП <...>, осуществляется в рамках договора № 2 от 01.07.2021, заключенного с АО «Тинькофф Банк».

16.12.2021 года на заседании Комиссии по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе ИП <...> не присутствовала.

Изучив сведения (документы и материалы) представленные ИП <...> (вх. № 20934, 20949 от 14.12.2021, электронная почта), Комиссия отмечает, что договором от 02.07.2020 года заключенным между индивидуальным предпринимателем и

гражданином <...> установлен срок оказания услуг: с «2» июля 2020 по 2 октября 2020 года (пункт 1.2). Аналогичный срок (3 месяца) установлен пунктом 6.1 данного Договора. В свою очередь, спорный телефонный звонок был совершен 27.09.2021 года, то есть за рамками действий указанного договора.

Кроме того, из содержания Договора не усматривается факт передачи абонентского номера +7(931) 521-47-94, с которого был совершен спорный звонок, гражданину <...>

16.12.2021 года Комиссия Башкортостанского УФАС России определила:

1. продлить срок рассмотрения дела № 002/05/18-2374/2021.
2. отложить рассмотрение дела на другую дату – 13.01.2022 года.

11.01.2022 года ИП <...> представлены дополнительные сведения по делу (вх. № 153, электронная почта), в частности, соглашение № 4 к договору от 02.07.2020 года, из которого следует, что действие Договора было продлено до 02.10.2021 года.

13.01.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе ИП <...> не присутствовала.

Изучив сведения (документы и материалы) представленные в материалы дела, Комиссия определила:

1. привлечь к участию в деле гражданина <...> в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.
2. отложить рассмотрение дела на другую дату – 04.02.2022 года.

02.02.2022 года от <...> поступили запрошенные сведения (вх. № 1350 электронная почта) в том числе письменные пояснения, в которых в частности сообщено:

«... мною был ошибочно совершен звонок на номер <...> без соответствующего разрешения от владельца. Данный номер был взят мной из базы сервиса <https://numbers.ba-za/net/diapason/russia/985/026/>, владелец сайта мне не известен. ФИО владельца номера было получено мной с использованием бота в телеграмм https://t.me/smart_searchbot, владелец бота мне не известен. Телефонный номер +7(931) 521-47-94 предоставлен Заказчиком, согласно пункту 1.3 Договора от 02.07.2020 года. Данный Договор был действующим на момент совершения звонка, о чем свидетельствует дополнительное соглашение № 4 от 02.06.2021».

02.02.2022 года от ИП <...> поступили дополнительные сведения (вх. № 1351 электронная почта):

«В комплекте ранее предоставленных документов, была представлена не корректная версия договора с <...> оказывающей ИП <...> услуги по договору от 02.07.2020 (далее - «Договор»), Корректный договор был подписан от того же числа и сохранены две версии документа. В процессе оперативной подготовки первичного ответа была допущена ошибка и представлена не верная копия документа. Во вложении прикладываем актуальную версию, с измененным пунктом 1.3, согласно которому, оказание услуг осуществляется средствами и с использованием материалов исполнителя.

Именно этим пунктом договора мы руководствовались, для предоставления в пользование абонентского номера +7 931-521-47-94».

04.02.2022 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела № 002/05/18-

2374/2021 по признакам нарушения законодательства о рекламе стороны не присутствовали.

Заявитель о дате, времени и месте рассмотрения настоящего дела извещен надлежащим образом.

В связи с тем, что ИП <...> и <...> представлены сведения, запрошенные определением от 13.01.2022 года, в котором также содержалась информация о дате, времени и месте рассмотрения дела, Комиссия считает указанных лиц своевременно извещенными о рассмотрении настоящего дела.

В соответствии с пунктом 31 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, дело рассмотрено в отсутствие сторон.

Исследовав материалы дела, Комиссия приходит к выводу, что реклама, распространенная путем телефонного звонка 27.09.2021 года в 15:29 на телефонный номер <...> от абонента +7(931) 521-47-94 следующего содержания:

- Алло? Алло?
- не кладите трубку, оператор ответит Вам менее чем через минуту.
- Здравствуйте, меня зовут Вера официальный партнер банка тинькофф. ___?
- Да.
- Для Вашего ИП есть предложение от банка тинькофф – бесплатное открытие расчетного счета. Скажите когда удобно чтобы с Вами связался менеджер и рассказал про тарифы и условия?
- Подскажите откуда у Вас такая информация?
- Откуда ИП открыли, да?
- Да, откуда ИП открыл, и откуда взяли мой номер телефона?
- Это программа «спарк» и «контрфокус». Мы звоним с кол – центра, партнеры тинькофф банка и скидываем ваши заявки на открытие расчетного счета. Есть необходимость что бы с Вами связался менеджер банка?
- А как Ваша компания называется?
- Мы партнеры банка тинькофф, есть необходимость?
- Такой организации не существует. Там есть ООО, там Прима какая-нибудь или еще какая-то организация, а у Вас как называется?
- Я не понимаю, Вы мошенники или кто-то?...

нарушает часть 1 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.

- распространена путем использования телефонной связи (совершение звонка на абонентский номер);
- является общедоступной для восприятия неопределенного круга лиц и не является персонифицированной;
- направлена на привлечение внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем и осуществляемой им деятельности и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижение на рынке;
- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – открытие расчетного счета в банке Тинькофф. Рассматриваемая информация формирует и поддерживает потребительский интерес к данной услуге – «бесплатное открытие расчетного счета».
- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

Признание данного звонка рекламным, сторонами по делу не оспаривается.

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

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе.

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.

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» (далее - Пленум).

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать владельца абонентского номера (факт принадлежности номера заявителю подтвержден оператором связи ПАО «ВымпелКом»), который сообщил антимонопольному органу о том, что он не давал согласия на получение рекламных звонков абоненту +7(931) 521-47-94.

Факт поступления указанного звонка Заявителю, а также принадлежность абонентского номера +7(931) 521-47-94 ИП <...> подтверждается материалами дела и индивидуальным предпринимателем также не оспаривается.

Исходя из материалов дела, данный звонок был осуществлен в рамках исполнения Договора возмездного оказания услуг по поиску и привлечению клиентов № 2 от 01.07.2021 года заключенного с АО «Тинькофф Банк».

Предмет указанного Договора:

- пункт 1.1. Исполнитель (ИП <...> обязуется оказывать Заказчику (АО «Тинькофф Банк») комплекс услуг по поиску и привлечению Клиентов к продуктам Банка.

- пункт 1.3. Способы привлечения клиентов: в том числе путем совершения телефонного звонка Клиенту, в результате которого Клиент выразил согласие оформить Продукт Заказчика.

В соответствии с пунктом 2.1.14. Договора, Исполнитель обязан в обязательном порядке получить от лица, которому доводится информация о Продуктах Заказчика (звонки, e-mail, sms-рассылка) предварительное согласие абонента или адресата на получение рекламного предложения о Продуктах Заказчика. При этом, Исполнитель, является рекламодателем и несет полную ответственность за соблюдение норм законодательства о рекламе.

Пункт 2.2.2. Исполнитель имеет право исключительно с предварительного письменного согласия Заказчика привлекать для оказания услуг третьих лиц, оставаясь при этом полностью ответственным за их действия/бездействия.

В свою очередь, ИП <...> (Заказчик) заключен Договор от 02.07.2020 года с гражданином <...> (Исполнитель) в рамках которого Исполнитель принимает на себя обязательства по совершению телефонных звонков потенциальным клиентам с телефонного номера +7(931) 521-47-94.

Таким образом, именно на <...>, условиями Договора от 02.07.2020 года, возложена обязанность на получения предварительного согласия от лиц, среди которых распространяется рекламная информация.

Факт совершения рекламного звонка Заявителю без его предварительного согласия <...> не оспаривается, следовательно, указанный рекламный звонок нарушает требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

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

Рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона о рекламе).

Материалами дела установлено, что <...> выступила рекламодателем данной рекламы.

На основании вышеизложенного, Комиссией принято решение дело в отношении ИП <...> прекратить.

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.

В силу пункта 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 <...> не выдавать, так как Заявителем доказательства повторного получения рекламных 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. Дело № 002/05/18-2374/2021 в отношении ИП <...> прекратить.

2. Признать <...> рекламодателем.

3. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную путем телефонного звонка 27.09.2021 года в 15:29 на телефонный номер от абонента +7(931) 521-47-94, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

4. 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.

5. 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 гражданина <...>

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>