

Комиссия Татарстанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: <...> –(должностное лицо);

Члены Комиссии: <...> –(должностное лицо);

<...> –(должностное лицо);

рассмотрев дело №016/05/18-680/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламных звонков 18.02.2022 г. в 12:33 на мобильный номер заявителя (<...>) с номера <...> с текстом: «Вас беспокоит Казань, ресторан Beerhouse, -добрый день, - хотели Вас проинформировать, что у нас доставочка есть и обновлённое меню, приходите в гости, - а Вы почему мне звоните? Я давал Вам право? – ну вы у нас в базе есть, - как я оказался у Вас в базе? –не знаю, Вас убрать отсюда? – я Вам неоднократно говорил, Вы мне уже 3 или 4 раз звоните, я Вам не давал права» и рекламных сообщений от 07.01.2022 в 13:47 с буквенного номера Beerhouse. Согласия на получение подобных сообщений абонент не давал. Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от (физического лица 1) (вх. № 2236/ж от 22.02.2022) по факту распространения рекламных звонков 18.02.2022 г. в 12:33 на мобильный номер заявителя (<...>) с номера <...> с текстом: «Вас беспокоит Казань, ресторан Beerhouse, -добрый день, - хотели Вас проинформировать, что у нас доставочка есть и обновлённое меню, приходите в гости, - а Вы почему мне звоните? Я давал Вам право? – ну вы у нас в базе есть, - как я оказался у Вас в базе? –не знаю, Вас убрать отсюда? – я Вам неоднократно говорил, Вы мне уже 3 или 4 раз звоните, я Вам не давал права» и рекламных сообщений от 07.01.2022 в 13:47 с буквенного номера Beerhouse.

Факт поступления, входящего звонка 18.02.2022 и смс-сообщения 07.01.2022 подтверждаются аудиозаписью на момент осуществления звонка, скриншотом и детализацией по абонентскому номеру.

Звонок рекламного характера поступил с номера <...>.

Смс-сообщение поступило с буквенного номера Beerhouse.

Исходя из рекламного сообщения звонок осуществлялся пивным рестораном «Beerhouse».

Номер телефона <...> принадлежит сотовому оператору ПАО «ВымпелКом».

Управлением был отправлен запрос в ПАО «ВымпелКом», для установления владельца номера, с которого был произведен звонок рекламного характера.

Согласно информации, предоставленной ПАО «ВымпелКом», абонентский номер <...> выделен (физическому лицу 2).

Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

Из текста рекламы телефонного звонка: «Вас беспокоит Казань, ресторан Beerhouse, -добрый день, - хотели Вас проинформировать, что у нас доставочка есть и обновлённое меню, приходите в гости, - а Вы почему мне звоните? Я давал Вам право? – ну вы у нас в базе есть, - как я оказался у Вас в базе? –не знаю, Вас убрать отсюда? – я Вам неоднократно говорил, Вы мне уже 3 или 4 раз звоните, я Вам не давал права» и текста сообщения ООО «Пивной Дом «БИРХАУС» рекламирует свои услуги, из этого следует, что реклама распространялась в интересах ООО «Пивной Дом «БИРХАУС».

Кроме того, установлено, что номер телефона содержащийся в тексте сообщения является контактным номером ресторана Beerhouse, что указано на сайте ресторана <http://beerhouse-kazan.ru/page/contacts>

Необходимо отметить, что согласно выписке Единого государственного реестра юридических лиц директором ООО «ПД БИРХАУС» является (физическое лицо 2).

Таким образом, (физическое лицо 2) является заинтересованным лицом в продвижении услуг ресторана Beerhouse.

Согласно письменным пояснениям ООО «ПД БИРХАУС», в базе данных ресторана Beerhouse номер телефона <...> зарегистрирован на карту постоянного гостя под номером 10089 на имя (физического лица 3).

Ресторана Beerhouse обзванивает своих постоянных гостей, чтобы информировать об акциях, новинках, специальных предложениях, текст смс-сообщений составляется самостоятельно руководством ресторана.

Рекламная рассылка и звонки осуществлялись (физическим лицом 2) Заказчиком рекламы является ресторана Beerhouse.

Однако, Анкета не идентифицирует личность заявителя, кроме того в графе – «Заполняя данную анкету, Я даю согласие на обработку личных данных и на получение информации об услугах в виде электронных писем и смс-сообщений об акциях и мероприятиях в ресторане Beerhouse. Подпись:_____» лицо, заполняющее Анкету не поставил подпись, тем самым не давал согласия на обработку личных данных и на получение информации об услугах в виде электронных писем и смс-сообщений об акциях и мероприятиях в ресторане Beerhouse.

Учитывая вышеизложенное, реклама, которая доводилась до Заявителя, рекламировала услуги и деятельность ООО «ПД БИРХАУС», то есть контроль за идентификацией и получения согласия возлагался на ООО «ПД БИРХАУС», таким образом рекламодателем является ООО «ПД БИРХАУС», поскольку совершало действия, направленные на осуществление телефонного звонка. Оно обязано было запросить у своего клиента, документы, идентифицирующие личность, а также согласие получение рекламы или звонка.

Таким образом, Комиссия Татарстанского УФАС России, по результатам рассмотрения материалов и представленных пояснений, приходит к выводу, что рекламодателем являются ООО «ПД БИРХАУС», (физическое лицо 2).

Согласно части 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

При обращении в Татарстанское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы. Документарно подтвержденных доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Таким образом, в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством телефонных звонков.

Вместе с тем, нарушение законодательства о рекламе может быть устранено любым лицом, которое может прекратить распространение рекламы. В данном случае таким лицом, причастным к распространению рассматриваемой рекламы, является ООО «ПД БИРХАУС».

Рассмотрев имеющиеся материалы дела, с учётом доводов лиц, участвующих в рассмотрении дела, Комиссия Татарстанского УФАС России установила следующее.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством телефонного звонка и сообщения на мобильный телефон, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- информация распространена в форме телефонного звонка по сети электросвязи, а именно посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) под электросвязью понимаются 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;

- объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подп. 2-3 ст. 3 Закона о рекламе).

Объектом рекламирования в рассматриваемом случае выступают услуги ООО «ПД БИРХАУС».

- информация была адресована неопределенному кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная в телефонных разговорах заявителям, не обращена к конкретному потребителю, из текста бесед не следует, что они были адресованы каким-либо определенным лицам.

Сведения не носят персонализированного характера, представляют интерес для неопределенного круга лиц.

Доведенная до сведения заявителя информация не относится к категории той информации, на которую Закон о рекламе не распространяет своё действия в соответствии с ч. 2 ст. 3 Закона о рекламе. В частности, она не является справочно-информационным и аналитическим материалом (обзором внутреннего и внешнего рынков, результатом научных исследований и испытаний), не имеющим в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой.

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 (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

Целями Закона о рекламе являются, в том числе реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (ст. 1 Закона о рекламе).

Абонент согласно п. 1 ст. 2 Закона о связи - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, абонент выступает «пассивной» стороной отношений по передаче информации, он выступает получателем сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. Законом о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

При этом законодатель закрепил обязанность рекламораспространителя немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

В соответствии с постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – постановление Пленума ВАС РФ) согласие абонента может быть выражено в любой форме, однако такая форма согласия должна быть достаточной для идентификации такого согласия и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (см. абзац четвертый п. 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленуме ВАС РФ указано, что согласие абонента 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 постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Документы, подтверждающие в рассматриваемом случае наличие согласия со стороны заявителя на получение спорной рекламы рекламораспространителем не представлены.

Рекламораспространителями являются ООО «ПД БИРХАУС», (физическое лицо 2).

На момент рассмотрения дела №016/05/18-680/2021 в материалах дела не имеются подтверждения прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, комиссией Татарстанского УФАС не установлены основания для выдачи предписания.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «Пивной Дом «БИРХАУС» при помощи телефонного звонка на мобильный номер (<...>) 18.02.2022 г. в 12:33 с текстом: «Вас беспокоит Казань, ресторан Beerhouse, -добрый день, - хотели Вас проинформировать, что у нас доставка есть и обновлённое меню, приходите в гости, - а Вы почему мне звоните? Я давал Вам право? – ну вы у нас в базе есть, - как я оказался у Вас в базе? –не знаю, Вас убрать отсюда? – я Вам неоднократно говорил, Вы мне уже 3 или 4 раз звоните, я Вам не давал права» и рекламных сообщений от 07.01.2022 в 13:47 с буквенного номера Beerhouse, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Пивной Дом «БИРХАУС» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 19 мая 2022 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии: <...> –(должностное лицо);

Члены Комиссии: <...> –(должностное лицо);

<...> –(должностное лицо);