

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-872/2020

29 сентября 2020 года

город

Омск

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

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

члены Комиссии:

<....>. – начальник отдела рекламы,

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

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

рассмотрев материалы дела № 055/05/18-872/2020 по признакам нарушения публичным акционерным обществом «<....>», местонахождение (юридический адрес): <....>, ул. <.....> ОГРН <.....>, ИНН <....> (далее – ПАО «...», Общество) по факту распространения по сетям электросвязи рекламы, нарушающей требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в присутствии заявителя <....>, представителя лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – ПАО «...» - <....> (доверенность № 0228/15 от 20.10.2015)

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России поступило обращение <....> по факту осуществления 24.04.2020 в 17:57 час. на его абонентский номер <....> с номера <....> телефонного звонка рекламного характера следующего содержания:

« - Алло.

- Алло, добрый день. Здравствуйте, меня Алексей зовут. Я звоню из компании «,,,,», опрос сейчас провожу по Полторацкого улице. Вам удобно минуту уделить вашего времени сейчас, не больше?

- А причем здесь улица Полторацкого и я?

- Так, вполне возможно я не туда попал... Я звоню по поводу домашнего интернета и

телевидения. Хотел спросить, там, где пользуетесь ли, пользуетесь ли вообще интернетом, телевидением там, где проживаете?

- А почему я должен эту информацию вам сообщать?

- Я просто хотел от нашей компании рассказать, предложить, думал, что Полторацкого улица, выгрузка есть, думал, пользуетесь ли какой-то компанией.

- Я сейчас не могу понять, вот с вашей компанией у меня вообще никаких отношений нет.

- Сотовой связью тоже уже не пользуетесь?

- Почему вы вообще используете мои персональные данные?

- У меня нет персональных данных, только номер телефона.

- Вы только что улицу назвали...

- Улицу... Ну, если вы там проживаете... просто мы сейчас по пяти домам работаем, нам, соответственно, дали базу без каких-либо персональных данных. Просто номера телефонов...

- Подождите, какой именно дом по Полторацкого?

- Смотрите, мы работаем по пяти домам, конкретно у меня дома нет, у меня просто база номеров одной строчкой, вы «МТСОВСКИЙ» - 8913, 8983 и, соответственно, выгрузка с этого района. Вот.

- Так, так, так.

- И таким вот образом я провожу обзвон... с бульвара Архитекторов попал.

- Ну, пять домов, там же не пять домов находится?

- Мы, мы, смотрите цель моего звонка: мы сейчас установили коммутатор - оборудование по пяти домам.

- Какие именно дома?

- Хорошо, давайте, я вам скажу. Конкретно по домам Полторацкого 41, 47/1, 47, 48, 49/1 и сейчас 50-ый подключаем еще.

- Замечательно, что я могу сказать, сегодня заявление будет написано по данному звонку в таком случае.

- А каким образом? Вы... Извините за вопрос: вы сим-картой от нашей компании или не от нашей компании пользуетесь?

- А я не собираюсь вам это говорить.

- Просто, если от нашей компании, то, соответственно, ну, грубо говоря, мы имеем право использовать, звонить на этот номер телефона, потому что...

- Нет, уже много лет не от вашей компании.

- Понял. Перешли с сохранением номера, возможно, подключали старшей по дому или кто-то, потому что мы договаривались, чтобы заводить оборудование, со старшими домами...таким образом.
- И, и, и что?
- Соответственно, возможно нумерацию каких-то домов, я знаю, что нумерацию вот таким вот образом получили.
- Цель звонка еще раз скажите?
- Интернет, телевидение от нашей компании, вам подсказать про тариф, может быть вам это будет интересно. Мы устанавливаем новое оборудование специально для этих домов сделали красные тарифы, может быть они будут дешевле и по качеству лучше вашего провайдера. Только вот такая цель. Я, правда, я могу сейчас сфотографировать лист, отправить, никаких персональных данных нет.
- Будьте добры, будьте добры.
- Сфотографировать лист?
- Да, да, да.
- Давайте, я могу... ну не знаю, соответственно, ваш номер <...> другие номера не могу сфотографировать, что он просто номер телефона и все, без имени...
- Будьте добры, будьте добры.
- Вот. По ватсапу у вас есть возможность отправить?
- Да, можете отправить.
- Все хорошо. Скажите по интернет и телевидению вам вообще неинтересно, если я расскажу какую-нибудь историю, вас заинтересует...
- Ну, это опять нарушение Федерального закона «О рекламе» и ...нет.
- По телефону нельзя рекламировать или как?
- А вы кому конкретно обращаетесь, имя есть у вас мое?
- Нет, есть холодная база, просто поэтому и я звоню.
- Ну, вы отправьте, на этом разговор должен быть закончен.
- Понял, хорошо, вообще без проблем, если про домашний интернет и телевидение не хотите поговорить, тогда отправлю, соответственно, вы там решайте, соответственно, что хотите делайте. Вот. Если будет интересно для обратной связи что-то рассказать про тариф, звоните нам, расскажу все поподробней.
- По данному номеру я могу звонить?
- По этому номеру телефона, он привязан к??? мы находимся 3 Линии, 85, в г. Омске отдел телемаркетинга...

- улица 3 Линия?

- 3 Линия, 85, возле СКК им. Блинова, связь с главным офисом это бульвар Мартынова, 17, трехэтажное здание, бело-красное, вот таким вот образом...

- Хорошо, на ватсап я тогда жду информацию, как мы с вами договорились.

- Хорошо, хорошо, спасибо вам большое. Всего хорошего.

- До свидания».

По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена без его предварительного согласия на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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.

В соответствии с информацией, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru), абонентский номер <...> принадлежит номерной емкости, закрепленной за оператором подвижной связи ПАО «...».

Определением Омского УФАС России от 08.09.2020 в отношении ПАО «...» возбуждено дело по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В силу пункта 1 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.

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.

Информация, распространенная посредством телефонного звонка на абонентский номер

+ <...>, отвечает всем признакам рекламы: адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым ПАО «...» (в том числе Интернет).

Факт поступления спорного звонка зафиксирован заявителем посредством записи телефонного разговора, что не оспаривается ПАО «...» (подтвержден детализацией).

Абонентский номер <.....> согласно официальному сайту Федерального агентства связи и общедоступному ресурсу государственного унитарного предприятия «Центральный научно-исследовательский институт связи» (www.zniis.ru) закреплен за публичным акционерным обществом «<.....>» (далее - ПАО «.....»).

ПАО «.....» на запрос Омского УФАС России пояснило, что абонентский номер <.....> абоненту <.....>, на основании заключенного между ним и ПАО «.....» Договора об оказании услуг связи «.....» от 15.06.2018. Номер <.....> был перенесен в сеть оператора ПАО «<.....>» от оператора ПАО «.....» по заявлению № 00000000000011147945 от 15.06.2018, что подтверждается показаниями оборудования ПАО «.....».

Заявитель также указал, что на данный момент у него отсутствуют договорные отношения с ПАО «.....» и пояснил, что 19.03.2018 договор № 02015006 с ПАО «.....» был расторгнут на основании заявления.

К тому же, договор № 020150006 с ООО «.....» был заключен 30.11.2019, в котором указан только один номер телефона - (который принадлежал компании <.....>).

В Акте о выполнении работ (оказании услуг) по договору № 02015006 от 02.12.2009 указан только телефон <.....>.

Также Заявитель просил обратить внимание Комиссии, что ранее он обращался в Омское УФАС России с заявлениями о нарушении ПАО «.....» Федерального закона «О рекламе», также на тот факт, что он неоднократно обращался с претензиями к оператору связи, где получил ответ, что номер телефона +<.....> исключен из списка обзвона.

В обоснование своей позиции Заявителем представлены следующие документы:

- Договор о предоставлении услуг № 02015006 от 30.11.2009, заключенного с оператором связи ООО «.....» (услуга связи «Интернет»);
- Акт о выполнении работ (оказании услуг) по договору № 02015006 от 02.12.2009;
- Акт приёма-передачи (возврата) оборудования от 19.03.2018;
- претензия в ОАО «.....» от 05.09.2013;
- ответ ОАО «.....» от 30.10.2013 № 03-9/3188и;
- заявление о нарушении законодательства РФ о рекламе от 05.05.2014;
- ответ Омского УФАС России № 06-11419э.

Оператором связи ПАО «.....» представлены следующие пояснения: « договор об оказании услуг подвижной связи с выделением в пользование абонентского номера <.....> расторгнут 23.06.2018 на основании заявления <.....> от 15.06.2018(прилагается).

Договор на оказание услуг связи 02015006 с <...> был расторгнут на основании заявления абонента от 19.03.2018 (прилагается).

Согласие на получение рекламной информации от ПАО «...» <...> выразил в письменном виде при заключении договора оказания услуг связи от 02.12.2009 и оформлении заявки от 21.08.2012, что подтверждается его собственноручной подписью.

Согласно п. 10.2 Договора оказания услуг связи от 02.12.2009 заполнение в заявке на услуги абонентом графы «мобильный телефон» означает согласие абонента получать сведения рекламного и информационного характера о деятельности Оператора (ЗАО «<...>») ... ПАО «...» является правопреемником ЗАО «...».

Согласно п.15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 « О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» 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 ее идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя».

Представитель ПАО «... просила обратить внимание Комиссии на тот факт, что от <... > отказа от возможности получения сведений рекламного и информационного характера в ПАО «...» не поступало, в связи с чем, отсутствуют основания полагать, что <...>. изменил свое волеизъявление по данному вопросу, в связи с чем в действиях ПАО «...» отсутствуют признаки нарушения требований Федерального закона «О рекламе».

Комиссия Омского УФАС России не может согласиться с доводами ПАО «...», исходя из следующего.

В статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») даны основные понятия, используемые в настоящем законе: **абонент** - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; **электросвязь** - любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Согласно пункту 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что

такое согласие было получено.

В силу части 1 статьи 18 Федерального 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. При этом Федеральный закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной 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», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

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.**

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы.

Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Вместе с тем, оценивая представленные Заявителем и Обществом документы, Комиссия установила, что **30.11.2009** <....>. и **ООО «<....>»** был заключен договор о предоставлении услуг № 02015006 (услуга связи – Интернет, тарифный план «Токио 2500»). Факт предоставления вышеуказанной услуги подтверждается Актом о выполнении работ (оказания услуг) по договору № 02015006 от 02.12.2009 и абонентским листом на подключение СПД (доступ в Интернет) от 02.12.2009.

02.12.2009 <....> и **ЗАО «<....>»** был заключен договор услуг связи № 02015006 с выделением абонентского номера <....>.

21.08.2012 <....>. подана заявка на услуги ЗАО «<....>» к договору № 02015006 от 02.12.2009.

19.03.2018 <....> подано заявление в ПАО «...» (с 05.09.2012 ПАО «...» является правопреемником ЗАО «...») на расторжение договора № 02015006.

15.06.2018 <...> **подано заявление** о перенесении номера/номеров № 00000000000011147945, в котором абонент выразил свое желание на **односторонний отказ от исполнения и расторжения абонентского договора № 02015006 с оператором ПАО «...» в отношении оказания услуг связи по номеру <.....>.**

Как следует из пункта 7.2 Договора о предоставлении услуг № 02015006 от 30.11.2009 *абонент вправе в одностороннем порядке отказаться от конкретной Услуги или от всех Услуг Оператора. Отказ от Услуг оператора осуществляется на основании письменного заявления Абонента, представленного в ЦОЛ Оператора.*

Таким образом, в процессе рассмотрения дела документа, подтверждающего согласие <....> (абонентский номер +<....>) на получение рекламной информации, ПАО «...» представлено не было.

Доводы Общества о том, что от <....> отказа от возможности получения сведений рекламного и информационного характера в ПАО «<....>» не поступало, являются несостоятельными, поскольку Заявителем направлялись претензии в ПАО «<....>», а ПАО «...» в свою очередь сообщило, что приняты меры, по ограничению данного номера от исходящего обзвона с предложениями от компании.

На основании изложенного, учитывая подтверждение факта осуществления 24.04.2020 в 17:57 час. на абонентский номер <....> с номера +<>...> телефонного звонка рекламного характера, а также отсутствие в материалах дела доказательств, подтверждающих безоговорочное согласие абонента на их получение, Комиссией Омского УФАС России сделан обоснованный вывод о нарушении ПАО «...» требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы на абонентский номер +<....>.

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая**

реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе», несет рекламодатель.

По определению (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») ПАО «...» является рекламодателем, т.е. лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства 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 Федерального закона «О рекламе».

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.

На основании изложенного Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о необходимости выдачи ПАО «...» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального 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

РЕШИЛА:

1. Признать действия публичного акционерного общества «...» (выразившиеся в поступлении 24.04.2020 в 17:57 час. по сетям электросвязи телефонного звонка рекламного характера на абонентский номер <.....> заявителя <...> нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Выдать ПАО «<.....>» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

ПАО «<.....>» прекратить нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а именно не направлять рекламную информацию на абонентский номер

<....> гражданина <....> без его предварительного согласия.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Омского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 06.10.2020.

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

Председатель Комиссии _____ <...>

Члены Комиссии: _____ <...>

_____ <...>

_____ <...>