

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ВОЗБУЖДЕНИИ ДЕЛА № 064/05/18-136/2021 И НАЗНАЧЕНИИ ДЕЛА К РАССМОТРЕНИЮ

"20" февраля 2020 г.

г. Саратов

Председатель Комиссии Саратовского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, заместитель руководителя Саратовского УФАС России ... рассмотрев заявление, представленное гр. С... (далее также – Заявление) о нарушении ПАО «Ростелеком» ч. 1, 2 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) выразившемся в распространении рекламы, по средством использования телефонной связи без участия человека, а также без предварительного согласия на ее получение (далее также – Заявление),

УСТАНОВИЛ:

21.12.2020 в Саратовское УФАС России поступило заявление гр. С.... о нарушении ПАО «Ростелеком» ч. 1, 2 ст. 18 Закона о рекламе.

По мнению Заявителя нарушение выразилось в распространении рекламы, по средством использования телефонной связи без участия человека, а также без предварительного согласия на ее получение.

Из Заявления следует, что 09.12.2020 в 17:50 (мск+1) на личный номер мобильного телефона +7..... с номера +7..... был получен входящий звонок, в ходе которого была воспроизведена рекламная аудиозапись следующего содержания: «ПАО «Ростелеком» поздравляет Вас с наступающим Новым годом! Порадуйте себя и своих близких отличным подарком – умной колонкой с голосовым помощником Маруся. Она идеально подойдет для всех: как для детей, так и для взрослых. Маруся почитает сказку ребенку, поможет школьнику сделать уроки, поставит любимую музыку, управляет вашей ТВ-приставкой голосом и умеет еще очень много полезного. Узнайте подробности, нажав цифру 1, и наш специалист свяжется с Вами в ближайшее время».

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, представленной Заявителем, и содержащей текст рассматриваемого звонка.

Согласно п. 1 ст. 3 Закона о рекламе рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и 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.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; 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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер телефонного звонка.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

При этом в случае направления посредством телефонного звонка информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Данная информация направлена на привлечение внимания к товару «Умная колонка с голосовым помощником Маруся», имеет целью формирование и поддержание интереса к нему и его продвижению.

Согласно п. 2 ст. 3 Закона о рекламе 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.

Согласно п. 3 ст. 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста телефонного звонка, следует, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, на основании вышеизложенного установлено, что информация, распространенная посредством осуществления на номер мобильного телефона +79179817562 телефонного звонка, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с ч. 2 ст. 18 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).

Под запрет, установленный в ч. 2 ст. 18 Закона о рекламе, подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

В данном случае, когда абонент отвечал на входящие вызовы, ему транслировалась запись голоса, содержащая текст рекламного сообщения.

Таким образом, рассматриваемый звонок совершен с помощью автоматического набора номера и дальнейшего озвучивания рекламного сообщения, предварительно записанного либо созданного с помощью компьютерных программ, а равно звонок с сообщением рекламного характера совершен без

участия человека.

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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 N 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 рекламодателя. 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 рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера +7....., согласие на получение рекламы он не давал.

Обязанность рекламодателя предварительно получить согласие абонента на получение рекламы предполагает совершение им действий, направленных на получение согласия абонента, до начала распространения рекламы по сетям электросвязи, т.е. в случае с распространением рекламы посредством телефонного звонка до поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента.

Таким образом, в полной мере реализуется цель законодателя оградить абонентов от нежелательных звонков, осуществляемых в рекламных целях, в целом, а не только от дальнейшего прослушивания рекламной информации после выражения отказа.

Более того, распространение рекламной информации посредством сетей электросвязи (телефонного звонка) предполагает со стороны рекламодателя определение абонентов, которым должен быть совершен телефонный звонок.

При этом, исходя из ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе согласие на получение рекламы должно быть получено именно от абонента телефонного номера.

Более того, как было указано выше, согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, не имея данных об абоненте, которому выделен телефонный номер <...> лицо, осуществляющее распространение рекламы, не имело возможности удостовериться в том, что собеседником в телефонном разговоре является именно владелец телефонного номера, а не какое-либо иное лицо, а равно, что абонент желал поступление такого телефонного звонка.

Исходя из вышеизложенного, в рассматриваемом случае рекламодатель не имел предварительного согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи.

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

В письме ФАС России от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» разъяснено, что обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. В названном письме также обращено внимание на то, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламодателем не является.

Исходя из изложенного, в указанной рекламе усматриваются признаки нарушения п. 1, 2 ст. 18 Закона о рекламе, поскольку телефонный звонок был совершен без предварительного согласия абонента на его получение.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 33 Закона о рекламе антимонопольный орган возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства о рекламе.

Представленные сведения указывают на наличие основания для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства по п. 1, 2 ст. 18 Закона о рекламе.

На основании п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1, 2 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с п. 24, 25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу № 064/05/18-136/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
2. Признать лицами, участвующими в деле:
 - заявитель – С. (410056, г. Саратов),
 - лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ПАО «Ростелеком» (ОГРН 1027700198767,

ИНН/КПП 7707049388/784001001, 191002, г. Санкт-Петербург, ул. Достоевского, 15).

3. Назначить дело № 064/05/18-136/2021 к рассмотрению на 18.03.2021 в 14:30, по адресу г. Саратов, ул. Вольская, д. 81, 4 этаж.
4. ПАО «Ростелеком» представить в срок до 16.03.2021 следующие документы и сведения:
 1. Письменные пояснения по факту нарушения ч. 1, 2 ст. 18 Закона о рекламе.
 2. Документальное подтверждение согласия Заявителя на получение вышеуказанной рекламы;
 3. Любую другую информацию, которая будет способствовать наиболее полному и всестороннему рассмотрению заявления.
5. С... представить в срок до 16.03.2021 любую другую информацию, которая будет способствовать наиболее полному и всестороннему рассмотрению заявления.

Явка представителя ПАО «Ростелеком», в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, для участия в рассмотрении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе обязательна.