

<...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 076/05/18-245/2023

«22» мая 2023 года г. Ярославль

Решение изготовлено в полном объеме «02» июня 2023 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

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

члены Комиссии – главный специалист-эксперт отдела контроля органов власти и рекламы Ярославского УФАС России <...>, ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти и рекламы Ярославского УФАС России <...>,

рассмотрев дело № 076/05/18-245/2023, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы с признаками нарушения законодательства о рекламе, отсутствии представителя <...>, уведомленного надлежащим образом о дате и времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Ярославским УФАС России рассмотрено обращение, поступившее в Управление 27 декабря 2022 года, относительно получения 22.12.2022 г. в 14.13 с номера<...> на номер <...> звонка с информацией следующего содержания:

« – Алло.

– Здравствуйте, меня зовут Надежда, я представляю интересы компании «Ростелеком». Можете говорить, буквально минутку?

– Ростелеком, не помню, чтобы я вам давал согласие на рекламные звонки.

– Дело в том, что в компании «Ростелеком» совсем недавно обновили оборудование и всем новым абонентам предоставляется домашний интернет и современное ТВ со скидкой до 50 %. А самое главное вы получаете подарок совершенно бесплатно...»

Поступление указанного звонка на телефонный номер <...> подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащей текст рассматриваемого звонка, а также детализированной выпиской, представленной заявителем в материалы дела.

Согласно пункту 1 части 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе) реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

К рекламной информации, направленной на формирование и поддержание интереса к определенному лицу и его продвижение на рынке относится указание следующей информации о лице:

- наименование юридического лица, индивидуального предпринимателя или название торгового предприятия данного лица (независимо от указания вида деятельности), выполненное с использованием товарных знаков, логотипов или иных индивидуализирующих данное лицо обозначений, цветов, - контактная информация о лице (почтовый адрес, телефон, адрес сайта, электронной почты и т.п.),

- характеристика, описание лица, его деятельности,

- информация о производимых или реализуемых товарах.

Таким образом, характер информации и ее отнесение к рекламе, либо не рекламе связан исключительно с ее целевой направленностью на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации. Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю. Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

В соответствии с позицией, изложенной в пункте 16 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 №

37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара. Кроме того, по своему содержанию информация, доведенная до заявителя посредством электронных писем, адресована неопределенному кругу лиц. Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством телефонного звонка на мобильный телефон 22 декабря 2022 года, 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 пункту 35 статьи 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 (пункты 2 - 3 ст. 3 Закона о рекламе).

Объектом рекламирования в рассматриваемом случае выступают услуги домашнего интернета и телевидения ПАО «Ростелеком».

- 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 телефонном разговоре, не обращена к конкретному потребителю, из текста беседы не следует, что она была адресована 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 свое действия в соответствии с частью 2 статьи 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.

Таким образом, исходя из содержания рассматриваемой информации, она адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к компании «Ростелеком», формирование и поддержание интереса к данному объекту рекламирования и продвижение его на рынке, и, следовательно, эта информация является рекламной.

В соответствии с частью 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, 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.

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.

Абонент согласно пункту 1 статьи 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.

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 рекламодателя.

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 рекламодателя.

Как следует из обращения, данные сообщения с рекламой поступили на адрес электронной почты без согласия заявителя.

Согласно письму ПАО «ВымпелКом» от 15 февраля 2023 года исх. № б/н абонентский номер <...> выделен <...> в соответствии с бланком заказа от 14.12.2022 к договору № RW846 от 07.08.2017 года.

В ходе рассмотрения дела <...> представил письменные пояснения, ходатайствовал о рассмотрении в отсутствие представителя.

Комиссией Ярославского УФАС России установлено следующее.

Между ПАО «Ростелеком» и <...> заключён договор от 25.03.2022 № 01/25/724/22 на оказание услуг по организации и проведению рекламных кампаний в целях привлечения новых абонентов для заключения ими договоров с оператором связи и/или подключения абонентам услуг связи дополнительно/взамен к уже подключённым.

Абзацем 2 пункта 6.8.1 агентского договора установлено, что при исполнении настоящего Договора в рамках работы по холодным базам Агент (<...>) будет соблюдать требования ФЗ «О рекламе», в т.ч. требования ст. 18 о получении предварительного согласия Абонента на получение рекламы.

<...> в письменных пояснениях от 14.03.2023 года указал, что при осуществлении звонка перед озвучиванием информации оператор задается абоненту вопрос о согласии прослушать информацию. В случае отказа абонента распространение рекламы не производится. Таким образом, по мнению <...>, способ получения согласия не противоречит нормам Закона о рекламе.

Комиссия Ярославского УФАС России обращает внимание на то, что в представленной заявителем аудиозаписи звонка оператор не задавал вопрос абоненту о согласии на получение рекламы, и даже после возражений заявителя оператор продолжил распространение рекламы. Исходя из вышеизложенного, в рассматриваемом случае рекламораспространитель не имел предварительного согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонного связи, обратного не представлено.

Таким образом, Комиссией Ярославского УФАС России установлено, что рекламное сообщение, поступившее 22.12.2022 г. в 14.13 с номера <...> на номер <...>, распространено без предварительного согласия абонента, что является нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, реклама, распространенная 22.12.2022 г. в 14.13 на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка с телефонного номера <...> следующего содержания:

« – Алло.

– Здравствуйте, меня зовут Надежда, я представляю интересы компании «Ростелеком». Можете говорить, буквально минутку?

– Ростелеком, не помню, чтобы я вам давал согласие на рекламные звонки.

– Дело в том, что в компании «Ростелеком» совсем недавно обновили оборудование и всем новым абонентам предоставляется домашний интернет и современное ТВ со скидкой до 50 %. А самое главное вы получаете подарок совершенно бесплатно....»,

признаётся ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, исходя из представленных в материалы дела доказательств, Комиссия Ярославского УФАС России приходит к выводу о том, что лицом, осуществившим фактическое доведение объекта рекламирования до сведения абонента, то есть рекламодателем, является <...> Обратного в материалы дела не представлено, сторонами не оспаривается.

Таким образом, Комиссией Ярославского УФАС России в действиях <...> установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространения на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка с телефонного номера <...> рекламы следующего содержания:

« – Алло.

– Здравствуйте, меня зовут Надежда, я представляю интересы компании «Ростелеком». Можете говорить, буквально минутку?

– Ростелеком, не помню, чтобы я вам давал согласие на рекламные звонки.

– Дело в том, что в компании «Ростелеком» совсем недавно обновили оборудование и всем новым абонентам предоставляется домашний интернет и современное ТВ со скидкой до 50 %. А самое главное вы получаете подарок совершенно бесплатно....» ,

поступившей 22.12.2022 г. в 14.13, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24 ноября 2020 года « 1922 (далее - Правила), 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 (пусть 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.

Также в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Ярославского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи <...> предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Ярославского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать <...> нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка с телефонного номера <...> рекламы следующего содержания:

« – Алло.

– Здравствуйте, меня зовут Надежда, я представляю интересы компании «Ростелеком». Можете говорить, буквально минутку?

– Ростелеком, не помню, чтобы я вам давал согласие на рекламные звонки.

– Дело в том, что в компании «Ростелеком» совсем недавно обновили оборудование и всем новым абонентам предоставляется домашний интернет и современное ТВ со скидкой до 50 %. А самое главное вы получаете подарок совершенно бесплатно...», поступившей 22.12.2022 г. в 14.13, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

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

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ярославского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель комиссии

Члены комиссии: