ИП <...>

<...>

e-mail: <...>

<...>

РЕШЕНИЕ по делу № 076/05/18-423/2021

«11» августа 2021 года г. Ярославль

Решение изготовлено в полном объеме «25» августа 2021 года.

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

председатель Комиссии – руководитель Управления Паутов И. Г.,

члены Комиссии – врио начальника отдела контроля органов власти и рекламы Шарутина С. А., специалист-эксперт Артамонов А. О.,

рассмотрев дело № 076/05/18-423/2021, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения телефонных звонков рекламного характера без наличия на то согласия абонента с признаками нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

УСТАНОВИЛА:

ИП <...>, привлеченный к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, на рассмотрение дела не явился, представителя не направил, уведомлен надлежащим образом.

В соответствии с пунктом 31 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие указанного лица.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области поступило обращение <...> (вх. № 2337 от 12.03.2021) о получении 09.03.2021 в 11:02 с номера <...>, а также в 12:18 с номера <...> на номер <...> телефонных звонков с рекламой квартир от застройщиков и услуг компании – центра подбора недвижимости, без согласия на то абонента.

Дело возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

В письменных пояснениях (вх. № 6515 от 05.07.2021), направленных в адрес Ярославского УФАС России, ИП <...> указал следующее.

Информация, озвученная во время телефонных звонков 09.03.2021 в 11:02 с номера <...>, а также в 12:18 с номера <...>, не является рекламой, так как она не содержит указания на объект рекламирования, в том числе наименования организации, названий товаров (работ, услуг), средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которые позволяют выделить конкретное лицо или конкретный товар среди множества однородных, не направлена на их продвижение на рынке и не формирует интереса к ним.

По мнению ИП <...> отсутствие объекта рекламирования, позволяющего выделить конкретное лицо или конкретный товар среди множества однородных, свидетельствует о том, что рассматриваемые звонки не направлены на продвижение на рынке какого-либо объекта рекламирования, а целью их совершения является получение статистических данных.

Также ИП <...> указал, что дело не подлежит рассмотрению в Ярославском УФАС России, так как лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, имеет место жительства (место нахождения) на территории,

подведомственной другому территориальному управлению антимонопольного органа. ИП <...> проживает на территории г. Курска Курской области.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

В соответствии с пунктом 7 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922, Федеральная антимонопольная служба вправе поручить своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по ходатайству своего территориального органа или по собственной инициативе независимо от места нахождения (места жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, или места распространения рекламы.

Рассматриваемое обращение было получено Ярославским УФАС России от ФАС России 12.03.2021, в связи с чем Управление правомочно рассматривать настоящее дело.

09.03.2021 в 11:02 с телефонного номера <...> поступил звонок на номер <...> с рекламой квартир от застройщиков следующего содержания: «Предложения напрямую от застройщиков. Квартиры комфорт-класса в Москве, цены начинаются от 6 300 000 руб., отделка под ключ, 5 минут на метро…».

09.03.2021 в 12:18 с номера <...> поступил звонок на номер <...> с рекламой услуг компании – центра подбора недвижимости следующего содержания: «Центр подбора недвижимости, меня зовут Анна. Вас заинтересовало предложение по приобретению квартиры, верно?.. Есть по Москве, Новой Москве, Московской области… Мы работаем в формате колл-центра по предложениям от застройщиков, актуальным для Вас».

Совершение указанных звонков подтверждается представленными заявителем аудиозаписями и детализацией соединений по абонентскому номеру <...> за 09.03.2021.

Согласно пункту 1 части 1 статьи 3 ФЗ «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.

Пункт 2 той же статьи определяет объект рекламирования как 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.

Комиссия вопреки доводам ИП <...> пришла к выводу, что звонки, поступившие на номер заявителя 09.03.2021 в 11:02 и 12:18, являются рекламой на основании следующего.

Согласно письму ФАС России от 27.12.2017 № АК/92163/17 «О разграничении понятий вывеска и реклама» рекламой признается информация, позволяющая четко обозначить, индивидуализировать конкретный объект рекламирования, выделить его среди однородных товаров и сформировать к нему интерес в целях продвижения на рынке, в том числе в случае размещения такой информации на рекламных конструкциях.

Объектом рекламирования при распространении информации 09.03.2021 в 11:02 являются квартиры, обладающие конкретными индивидуализирующими характеристиками, о чем свидетельствуют следующие фрагменты: «квартиры комфорт-класса в Москве», «цены от 6 300 000 руб», «отделка под ключ», «5 минут на метро».

Объектом рекламирования при распространении информации 09.03.2021 в 12:18 являются услуги компании – центра подбора недвижимости, о чем свидетельствуют следующие фрагменты: «Центр подбора недвижимости», «Мы работаем в формате колл-центра по предложениям от застройщиков, актуальным для Вас».

Таким образом, рассматриваемая информация, озвученная во время звонков 09.03.2021 в 11:02 и 12:18, адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования, формирование и поддержание интереса к ним, и их продвижение на рынке.

Комиссия приходит к выводу, что рассматриваемая информация соответствует всем признакам рекламы, установленным в пункте 1 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе», и, следовательно, является рекламой. Объектами рекламирования являются квартиры от застройщиков и услуги компании – центра подбора недвижимости.

В соответствии с частью 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Как следует из обращения, 09.03.2021 в 11:02 и 12:18 звонки с рассматриваемой рекламой поступили на абонентский номер без согласия заявителя.

Отсутствие согласия заявителя на получение рекламы, распространенной 09.03.2021 в 11:02, подтверждается аудиозаписью, приложенной к обращению.

В письменных пояснениях, направленных в адрес Ярославского УФАС России (вх. № 6515 от 05.07.2021, вх. № 7866 от 09.08.2021), ИП <...> указывает, что заявитель посредством заполнения стандартной формы на получение подборки предложений от консультанта (далее – форма) на сайте центра бесплатного подбора недвижимости https://cbpn.ru оставил свои контактные данные, задав параметры искомой квартиры (регион недвижимости, тип квартиры, бюджет, срок сдачи, способ покупки) и оставив номер телефона.

ИП <...> также представил скриншот рассматриваемой формы, указал, что заявитель, нажимая кнопку «Посмотреть подборку», принял условия положения об обработке персональных данных интернет-сайта https://cbpn.ru (далее – положение) и согласился на обработку персональных данных.

В соответствии с пунктом 4.3 положения компания осуществляет обработку данных субъектов в следующих целях: продвижения товаров, работ, услуг компании и ее партнёров на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи; предоставления информации по товарам/услугам, проходящим акциям и специальным предложениям; осуществления рекламной деятельности о товарах/услугах компании и ее партнеров.

В соответствии с согласием на обработку персональных данных, давая настоящее согласие, пользователь выражает свое согласие на предоставление ИП <...> (или его партнерами) информации по товарам/услугам, проходящим акциям и специальным предложениям, в том числе по электронной почте, по телефону, по адресу, предоставленным пользователем; получение иной информации рекламного характера о товарах/услугах от ИП <...> (или его партнеров).

Таким образом, ИП <...> полагает, что согласие на получение рекламы было надлежащим.

По мнению Комиссии, доводы ИП <...> о надлежащем согласии не состоятельны по следующим основаниям.

ИП <...> в рамках письменных пояснений, направленных в адрес Ярославского УФАС России (вх. № 6515 от 05.07.2021), представил скриншот страницы «Обратные звонки», подтверждающий оставление абонентом телефонного номера <...> заявки. На данной странице указана дата и время 01.03.2021 17:02, а также заполнены строки «телефон»: <...> и «строение»: ЖК «Государев дом».

Комиссией установлено, что для получения подборки предложений от консультанта при заполнении стандартной формы необходимо указать имя и номер телефона. В противном случае возможность завершить процедуру оставления заявки отсутствует. Более того, на сайте https://cbpn.ru отсутствует какая-либо форма, которая бы предусматривала указание строения при оставлении пользователем заявки.

Таким образом, ИП <...> не представлено надлежащих доказательств, подтверждающих заполнение стандартной формы заявителем.

Кроме того, даже при заполнении стандартной формы пользователем сайта https://cbpn.ru получение надлежащего согласия на распространение рекламы исключено по следующим основаниям.

В пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», указано, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Комиссией установлено, что для завершения заполнения стандартной формы на рассматриваемом сайте необходимо нажать кнопку «Посмотреть подборку», при этом непосредственно над кнопкой указано следующее: «Нажимая на кнопку вы принимаете Положение и Согласие на обработку персональных данных».

Сам факт направления заявки путем заполнения стандартной формы не подтверждает согласия на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление пользователя исключительно на получение услуг, связанных с подбором квартир, при этом предусмотренное пунктом 4.3 положения об обработке персональных данных интернет-сайта https://cbpn.ru и автоматически действующее независимо от волеизъявления пользователя согласие на получение рекламы и порядок направления заявки на сайте вынуждают его (осознанно либо неосознанно) согласиться на получение рекламных уведомлений в целях получения желаемых услуг.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Нахождение подачи заявки на получение услуг по подбору квартир в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по подаче рассматриваемой заявки как дачу им своего согласия на получение рекламной информации, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие будет действовать до тех пор, пока абонент не обратит внимание на не имеющее отношения к подаче заявки на подбор квартир условие.

Данное обстоятельство не позволяет признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления.

Таким образом, при подаче заявки на получение услуг по подбору квартир на рассматриваемом сайте у пользователя отсутствует возможность добровольного выбора, согласиться на получение рекламы или отказаться.

Добровольность волеизъявления означает, что лицо действительно без каких-либо вынуждающих условий, желает и выражает свое согласие на получение рекламы, даже при наличии одновременной возможности отказаться.

Распространение рекламы в данном случае связано с интересами ИП <...>, но при этом не должно нарушать права абонента на добровольное получение информации, а также создавать неудобства, связанные с поиском возможности отказаться от получения навязанной вопреки воле рекламы и совершением каких-либо дополнительных действий для отказа.

Аналогичная позиция также содержится в Постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 13.12.2016 по делу № А82-574/2016.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу об отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы, распространенной 09.03.2021 в 11:02 по сетям электросвязи, что является нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Комиссией установлено, что 09.03.2021 в 12:18 реклама была распространена при наличии предварительного согласия заявителя на ее получение, о чем свидетельствует следующее.

Как было указано ранее, согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «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 его идентификации и подтверждения

волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Как указано в обращении, заявитель после получения рекламного звонка 09.03.2021 в 11:02 с телефонного номера <...>, не оставляя заявок (посредством нажатия соответствующих цифр), совершил встречный звонок на данный номер, который не состоялся из-за сброса соединения.

Во время звонка, поступившего на номер заявителя 09.03.2021 в 12:18, абонентом номера <...> был задан следующий вопрос заявителю: «Вас заинтересовало предложение по приобретению квартиры, верно?», на что заявитель задал встречный вопрос: «Квартиры? Квартиры в Москве?», выразив тем самым свою заинтересованность в получении дальнейшей информации.

Таким образом, звонок, поступивший на номер заявителя 09.03.2021 в 12:18, был непосредственно связан с предыдущим входящим звонком заявителя на номер <...>, а в процессе разговора заявитель выразил волю на получение рекламы о квартирах в Москве, тем самым дал предварительное согласие на ее распространение абонентом номера <...>.

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Как указывает ПАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях, направленных в адрес Ярославского УФАС России (вх. № 4393 от 12.05.2021), номер <...> принадлежит ИП <...>

Как указывает ОАО «МТТ» в письменных пояснениях, направленных в адрес Ярославского УФАС России (вх. № 3987 от 26.04.2021), номер <...> также принадлежит ИП <...>

На основании изложенного, а также имеющихся в материалах дела документов и доказательств, в соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ИП <...>

Следовательно, ИП <...> как рекламораспространитель рассматриваемой рекламы нарушил требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе», и в соответствии с пунктами 4, 31, 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу квартир от застройщиков, поступившую 09.03.2021 в 11:02 с телефонного номера <...> на номер <...> без согласия абонента, поскольку в данном случае нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ИП <...> предписание об устранении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дел уполномоченному должностному лицу Ярославского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 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 И. Г. Паутов

Члены Комиссии: С. А. Шарутина

А. О. Артамонов