

ОПРЕДЕЛЕНИЕ № ____

о возбуждении дела № 049/05/18-127/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

«14» апреля 2020г.

г. Магадан

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе – заместитель руководителя управления, рассмотрев заявление гражданина Е. (вх. №01/604 от 14.02.2020) и материалы о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе, путем совершения нежелательного рекламного звонка на мобильный телефон заявителя, без предварительного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

Магаданским УФАС России рассмотрено заявление гражданина Е (вх. № 01/604 от 14.02.2020) по факту наличия признаков нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в связи с получением нежелательного рекламного звонка на мобильный телефон заявителя – абонента в сети оператора сотовой связи ПАО «Мобильные ТелеСистемы».

По результатам рассмотрения указанного заявления установлено следующее.

Телефонный звонок был осуществлен в сети оператора сотовой связи ПАО «МТС» с телефонного номера+7 ...4.

В качестве подтверждения получения указанной рекламы к заявлению приложен аудиофайл с записью телефонного разговора.

Текст голосового сообщения, изложенный заявителю, состоит из следующих фраз:

-Здравствуйте.

-Слушаю.

-Меня зовут Максим, компания «Ростелеком». Могу поговорить с Натальей Григорьевной?

-Слушаю, какие у Вас предложения?

-Я звоню по поводу льготы на ваш тариф. Подскажите, теперь у Вас ... часть по Ленина, пятьдесят..?

-Вы хотите мне предложить услуги рекламы?

-Услуги рекламы? нет, я хотел опросить Вас об акции..

-Что, какие у Вас предложения? Вас плохо слышно.

-Я говорю, смотрите, у нас акция сейчас проходит для абонентов. Мы предоставляем услуги видеонаблюдения.

-То есть вы предлагаете свои услуги, так я понимаю?

-Да, из компании «Ростелеком».

-Да у вас согласие есть на получение рекламного характера от меня? Чтобы предлагать Вам мне какие-то услуги по законодательству Российской Федерации, должно быть предварительное согласие. У вас есть мое предварительное согласие?

-В договоре не вижу, чтоб было согласие... Ну, в том плане, что..

-Что? Согласия нет, следовательно, Вы сейчас предлагаете свои услуги, нарушая законодательство РФ, так?

-Я не могу Вам сказать...

-Но если у вас нет моего разрешения, то, следовательно, нарушение с вашей стороны.

-Смотрите, если Вы не хотите разговаривать или неудобно, я могу удалить...

-Законодательство-у вас должно быть предварительное согласие .. у Вас оно есть?

-По этому поводу не могу Вас проконсультировать...

-Тогда зачем Вы звоните, если Вы нарушаете закон?

-Хорошо, я Вас понял, всего доброго, до свидания».

Магаданским УФАС России 17.02.2020 (исх.01-10/494 от 17.02.2020) направлен запрос в ПАО «МТС» о предоставлении информации.

Согласно сведениям, предоставленным ПАО «МТС», абонентский номер <...> , с которого был осуществлен телефонный звонок, не находится в номерном ресурсе ПАО «МТС». Указанный телефонный номер относится к ресурсу нумерации, выделенному ПАО «Р» в Магаданской области.

Согласно сведениям из реестра Федерального агентства связи, телефонный номер <...> закреплен за Магаданским филиалом ПАО «Р».

Магаданским УФАС России 17.02.2020 в Магаданский филиал ПАО «Ростелеком» направлен запрос о предоставлении информации.

Согласно информации, предоставленной ПАО «Ростелеком», гражданин Е. не является абонентом ПАО «Р ..». Телефонное соединение 12.02.2020 было осуществлено с целью информирования абонента ПАО «Р» об услугах и тарифах, однако при осуществлении соединения оператор допустил ошибку в наборе абонентского номера, в результате чего соединение было осуществлено с абонентским номером 89148566404, а не с абонентом ПАО «Р».

По мнению ПАО «Р ..», в рассматриваемой ситуации отсутствовало распространение рекламы по каналам электросвязи, до момента отказа пользователя номера 8 .. от получения информации какая-либо реклама не распространялась. Непосредственно после отказа от получения информации диалог был прекращен.

В связи с необходимостью получения дополнительных доказательств, свидетельствующих о признаках нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, письмом № 01-10/844 от 13.03.2020 Магаданское УФАС России продлило срок рассмотрения заявления до 14.04.2020.

В силу ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее также — Закон о рекламе, 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно позиции ФАС России, изложенной в письме № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» 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. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, и рекламодателем не является.

Оператор связи не является распространителем информации или сведений, содержащихся в совершенном рекламном звонке, поскольку выполняет техническую функцию передачи.

Таким образом, ПАО «МТС» не является рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем при совершении указанного звонка рекламного содержания. Общество осуществляет только передачу информации, сформированной отправителем, при этом целью является оказание услуг, а не распространение рекламы.

В силу чч. 1 и 2 ст. 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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.

Таким образом, положения ст. 44.1 Закона о связи возлагают обязанность получения предварительного согласия от абонента на

получение звонка рекламного характера по сетям подвижной радиотелефонной связи, а также ответственность за рассылку по сетям подвижной радиотелефонной без предварительного согласия абонента – на заказчика рассылки.

Магаданским УФАС России установлено, что рекламная информация, содержащаяся в данном звонке, привлекает внимание к объекту рекламирования, а именно к деятельности ПАО «Ростелеком» по предоставлению услуги видеонаблюдения.

Сведений о том, что лицо, представившееся сотрудником ПАО «Ростелеком» и осуществившее звонок с телефонного номера 84132649004, предварительно получило согласие абонента на представление рекламной информации об услугах Общества (до озвучивания такой информации), не имеется.

Иных документов о получении согласия абонента телефонного номера +7-914-856-64-04 на распространение ему рекламы посредством использования сети электросвязи (в данном случае телефонного соединения) ПАО «Ростелеком» не представлено, антимонопольным органом не получено.

Тот факт, что сотрудник ПАО «Ростелеком» осуществил звонок Абоненту и предложил услуги видеонаблюдения, а получив отказ Абонента от предлагаемой им услуги, закончил разговор, **не может расцениваться как предварительное согласие.**

В силу 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.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение ст. 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС № 58 от

08.10.2012 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Как уже было указано выше, в силу чч. 1 и 2 ст. 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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.**

Несмотря на то что, Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи и, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, ВАС установил, что **данная форма должна быть достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.**

Рекламным законодательством четко установлена обязанность получения рекламодателем **предварительного согласия абонента до момента доведения такой рекламы** (аналогичная позиция содержится в решениях Челябинского УФАС России от 01.08.2016 года по делу № 09-08/2016 и от 10.08.2017 года по делу № 61-08/2017).

Когда рекламодатель уже позвонил абоненту, начал вести с ним беседу, представил свою организацию и рассказал о видах деятельности и услугах, оказываемых этой организацией потенциальному клиенту, а также предложил воспользоваться услугами своей компании (как в телефонном звонке, осуществленном ПАО «Р ..» 12.02.2020), данный звонок не может расцениваться как предварительное согласие абонента на получение рекламы.

Лица, совершающие данные рекламные звонки, действуют с целью продвижения своих услуг на рынке и привлекают внимание потенциальных клиентов и потребителей к своим услугам и осуществляемой ими деятельности.

Кроме того, заявитель Е. в своем заявлении (вх. № 01/604 от 14.02.2020) подтвердил, что им не было дано предварительного согласия ПАО «Р ..» на получение рекламной информации, абонентом данной

организации Е. не является.

На основании вышеизложенного, ответственность за совершение звонка рекламного характера на номер заявителя +7- ..04 возлагается на ПАО «Р ..».

Кроме того, из заявления Е. следует, что данное Общество уже осуществляло попытку осуществить звонок рекламного характера без согласия абонента, в связи с чем им было подано заявление в антимонопольный орган. 05.02.2020 Магаданским УФАС России было принято решение об отказе в возбуждении дела, так как при осуществлении телефонного звонка Е. рекламная информация не была доведена, так как заявитель высказал отказ от ее получения, после чего представитель ПАО «Р » разговор с абонентом прервал.

В рассматриваемом случае распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц к деятельности по предоставлению услуг видеонаблюдения, формирует и поддерживает интерес к деятельности продавца данного вида услуги, тем самым способствуя продвижению такой деятельности на рынке, что по всем признакам соответствует понятию рекламы.

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

Таким образом, рекламный звонок, совершенный 12.02.2020 по сети подвижной радиотелефонной связи на телефонный номер гражданина Е. без его предварительного согласия, содержит признаки нарушения требования **ч. 1 ст. 18** Закона «О рекламе».

Из пояснений ПАО «МТС» следует, что абонентский номер <...> , с которого был осуществлен телефонный звонок на номер заявителя, относится к ресурсу нумерации, выделенному ПАО «Р ..» для использования в Магаданской области (регион: г. Магадан, Магаданская область).

Собранными материалами подтверждается, что ПАО «Р ..» (по адресу регистрации: ..» является **рекламораспространителем**.

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

Ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе определено, что рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных ст. 18 Закона о рекламе.

На основании п. 2 ч. 1 ст. 33, чч. 1, 2 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с пп. 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением РФ от 17.08.2018 № 508,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № 049/05/18-127/2020 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе в отношении ПАО «Р ..».

2. Признать лицами, участвующими в деле:

-заявитель: Е ... (адрес: ...);

-лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе,- ПАО «Р ..» (адрес регистрации юридического лица: ..).

3. Назначить дело № 049/05/18-127/2020 к рассмотрению **на 07 мая 2020г. в 15 часов 00 минут** по адресу: г. Магадан, пр-кт Ленина, д. 28Б, каб. 101.

4. ПАО «Р ..» (адрес регистрации: ...) представить в адрес Магаданского УФАС России **в срок до 30 апреля 2020 г.** письменные пояснения относительно обстоятельств рассматриваемого дела.

Запрашиваемые документы и информацию необходимо представить в адрес Магаданского УФАС России на электронный адрес **fo49@fas.gov.ru** или на факс **8 (4132) 62-77-74**, с последующей досылкой почтой. Все документы, представляемые в Магаданское УФАС России должны быть заверены в утвержденном порядке.

Явка лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, - ПАО «Р...» (адрес регистрации: ..), либо его представителя с надлежащим образом оформленной доверенностью для участия в рассмотрении дела № по признакам

нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, обязательна.

Для сведения сообщаем, что представление информации по запросу антимонопольного органа является обязательным. Непредставление сведений влечет привлечение к административной ответственности в соответствии со ст. 19.8 КоАП РФ.