РЕШЕНИЕ

по делу № 012/05/18-681/2021

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«11» августа 2021 года г. Йошкар-Ола

Резолютивная часть решения объявлена: «10» августа 2021 года

Полный текст решения изготовлен: «11» августа 2021 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя - начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов**,**

член Комиссии – главный специалист – эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов;

член Комиссии – специалист – эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов,

рассмотрев дело № 012/05/18-681/2021 по факту распространения телефонного звонка посредством телематических средств связи без согласия абонента в присутствии представителя ООО «Адмитад Проджектс» и в отсутствии иных лиц, привлеченных к участию в деле,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы России поступило заявление Б. (вх. № 146-Б от 24.05.2021).

В своем заявлении Б. указал, что на его абонентский номер 22.05.2021 в 15 часов 58 минут был направлен телефонный звонок без предварительного согласия абонента следующего содержания: «*Здравствуйте, меня зовут Е., перезваниваем Вам из МТС Банка, ранее оставляли запрос на получение карты МТС Кэшбэк 111 дней без процентов, все верно? Автоинформатор звонил, нажали циферку 1, Вам может быть рассказать подробнее о нашей карте?*».

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ «О

рекламе» (далее - Закон о рекламе) реклама - 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.

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. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (карта «МТС Кэшбек 111 дней без процентов») формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Марийским УФАС России установлено, что звонок на телефонный номер Б. осуществлен ИП К.

Из пояснений ИП К. следует, что письменного согласия данного абонента получено не было. Телефон был взят с сайтов из открытого доступа (Авито, Юла, ВК, и т.п.).

Кроме того, ИП К. признает наличие признаков нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, так как им не было получено предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно части 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе телефонных звонков, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Буквальное толкование изложенных 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. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного

согласия на ее получение.

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при осуществлении 22.05.2021 в 15:58 звонка на телефонный номер заявителя нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

ООО «Адмитад Проджектс» (далее – Общество) указало, что обществу не удалось идентифицировать ИП К. в качестве контрагента общества. Договор с ИП К. Общество не заключало. Общество не оказывает услуги колл-центра с целью обзвона телефонных абонентов и предложения товаров или услуг.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламораспространитель.

Таким образом, антимонопольным органом установлено, что рекламодателем, рекламораспространителем и рекламопроизводителем вышеуказанной рекламы является ИП К.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Вместе с тем, на момент вынесения решения в материалы дела не представлены документальные доказательства, отражающие факт устранения нарушения законодательства о рекламе.

На основании указанного, Комиссия Марийского УФАС России считает, что в данном случае имеются основания для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ИП К.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктом 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания:

«Здравствуйте, меня зовут Екатерина, перезваниваем Вам из МТС Банка, ранее оставляли запрос на получение карты МТС Кэшбэк 111 дней без процентов, все верно? Автоинформатор звонил, нажали циферку 1, Вам может быть рассказать подробнее о нашей карте?», поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ИП К. (ИНН 431500428685) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении в соответствии со статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии