**РЕШЕНИЕ**

**по делу № 012/05/18-805/2021**

**о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе**

«15» ноября 2021 года г. Йошкар-Ола

Резолютивная часть решения объявлена: «26» октября 2021 года

Полный текст решения изготовлен: «15» ноября 2021 года

**Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) 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 –ведущий специалист – эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов;

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

**рассмотрев дело №** 012/05/18-805/2021**, возбужденное по признакам нарушения** части 1 статьи 18 **Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в** распространении 30.06.2021 в 15:52 на телефонный номер Г. «ххх» рекламной информации без согласия абонента, **в присутствии представителя** ООО «СПП-СПб»**,**

**УСТАНОВИЛА:**

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление г. (вх. № 198-Г от 02.07.2021) о нежелательном рекламном звонке, поступившем 30.06.2021 в 15:52 без согласия абонента, следующего содержания:

*«Добрый день. Юлия – компания СПП. Скажите, как я могу связаться с Вашим управляющим? По вопросу музыкального оформления Вашего фитнес-клуба,*

*музыка авторская…Работаем со многими фитнес-клубами, это: … (перечисление и др.). Хотели бы Вам предложить аналогичную услугу».*

В соответствии со статьей 3 Закона 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 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).

В рассматриваемой рекламе объектом рекламирования являются услуги по музыкальному оформлению фитнес-клуба.

Информация, направленная Г. в виде телефонного звонка, не обращена к конкретному потребителю, из аудио-звонка не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация, поступившая Г., содержит следующие признаки рекламы: звонок сделан посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение.

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 случае, если будет доказана его вина.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения указанного рекламного звонка.

Из материалов, представленных Г., а именно аудио-звонка, Марийским УФАС России установлено, что звонок осуществлен Обществом с ограниченной ответственностью «Служба поддержки продаж-СПб» (далее – ООО «СПП-СПб»).

ООО «СПП-СПб» в письменных пояснениях в ответ на запрос (03-13/453 от 26.08.2021) указало, что звонок на номер осуществлен сотрудниками компании ООО «СПП-СПБ» (ИНН 7805550257, ОГРН: 1117847128816). Общество считает, что данный звонок не был направлен в адрес неопределенного круга лиц, а, наоборот, направлен в отношении конкретного абонента с предложением об услуге по музыкальному оформлению фитнес-клуба. СПП не оказывает услуг телемаркетинга или массового обзвона абонентов за вознаграждение. Звонки осуществляют штатные работники компании в ее интересах и в соответствии со своими служебными обязанностями. Как отмечает ООО «СПП-СПб» звонки делаются заранее определенному кругу лиц: представителям (сотрудникам, работникам) юридических лиц и индивидуальных предпринимателей с коммерческим предложением услуг, принятие информации о которых входит в их обязанности.

Однако, в соответствии с нормой, содержащейся в пункте 1 статьи 3 Закона о рекламе, 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение объекта рекламирования, в том числе, если она направляется по конкретному адресному списку (Письмо ФАС России №АД/45557/18 от 20.06.2018).

Следовательно, в рассматриваемом случае отсутствуют указания о лицах, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования, что свидетельствует о направлении информации неопределенному кругу лиц.

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.

Однако в рамках рассмотрения дела Марийским УФАС России не установлено, что Г. предоставлено согласие ООО «СПП СПб» и ООО «ЛайфТелеком» в такой форме, что данное согласие можно было бы трактовать как прямым и недвусмысленным волеизъявлением для получения информации рекламного характера о деятельности ООО «СПП СПб» и товарах, реализуемых данным обществом.

В рамках рассмотрения дела №012/05/18-805/2021 Марийским УФАС России установлено, что между ООО «СПП-СПб» и ООО «ЛайфТелеком» заключен агентский договор №SPP34067 от 15.06.2011. Предметом данного договора является исполнение ООО «ЛайфТелеком» поручения от ООО «СПП-СПб» на заключение договоров в пользу ООО «СПП-СПб» на предоставление услуг в сети Интернет, в том числе услуг связи и телематических услуг, то есть на заключение договоров с операторами связи. При этом ООО «ЛайфТелеком» само оператором не является и не оказывает услуг связи и телематических услуг своим клиентам.

Установлено, что в рамках данного договора у ООО «ЛайфТелеком» не было поручений на заключение договоров на предоставление услуг по передаче текстовых сообщений, соответственно таких услуг в рамках заключенных при участии ООО «ЛайфТелеком» договоров ООО «СПП-СПб» использовать не могло.

Кроме того, между ООО «ЛайфТелеком» и ООО «СПП-СПб» не были и сейчас не заключены договоры, предметом которых является размещение рекламно-информационных материалов, осуществление рассылок или каких-либо иных действий по распространению сообщений рекламного характера.

ООО «СПП-СПб» пояснило, что телефонная связь используется в интересах компании «Служба Поддержки Продаж».

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при осуществлении 30.06.2021 в 15:52 звонка на телефонный номер Г. (84951663163) нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

На основании частей 7, 8 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 данного Закона, возложена на рекламораспространителя либо рекламопроизводителя, в случае, если будет установлено, что нарушение произошло по его вине.

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.

Таким образом, Комиссия Марийского УФАС России приходит к выводу, что в данном случае рекламодателем, рекламопроизводителем и рекламораспространителем рекламной информации является ООО «СПП-СПб».

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.

Однако в связи тем, что в настоящее время устранено распространение ненадлежащей рекламы, у Комиссии отсутствуют основания для выдачи предписания.

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 30.06.2021 в 15:52 посредством телефонного звонка без согласия абонента, следующего содержания: *«Добрый день. Юлия – компания СПП. Скажите, как я могу связаться с Вашим управляющим? По вопросу музыкального оформления Вашего фитнес-клуба, музыка авторская…Работаем со многими фитнес-клубами, это: …(перечисление и др.). Хотели бы Вам предложить аналогичную услугу»*, поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2 . 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.

*Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке,*

*предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.*

Председатель Комиссии

Члены Комиссии