

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 050/05/18-723/2023

Резолютивная часть решения оглашена 09 июня 2023 г.

В полном объеме решение изготовлено 20 июня 2023 г.

«20» июня 2023 г.

г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии:

<...> – заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области (далее – Управление);

Члены Комиссии:

<...> – <...> отдела контроля за рекламной деятельностью и недобросовестной конкуренцией Управления;

<...> – заместитель начальника отдела контроля за рекламной деятельностью и недобросовестной конкуренцией Управления,

рассмотрев дело № 050/05/18-723/2023, возбужденное по факту совершения <...> в <...> на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> рекламного звонка с абонентского номера <...> следующего содержания: «*Флагманская технология от Смайл. Для тех кто не идет на компромиссы. Интернет для всей семьи. Интересно? Нажмите 1 или перезвоните нам по телефону*» с признаками нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

После перерыва, объявленного 08.06.2023, ООО «Тривон Нетворкс» направило защитника <...> (доверенность от 14.06.2022 № 1882/2022/ТН), участвующего в рассмотрении дела посредством использования системы видео-конференц-связи,

УСТАНОВИЛА:

В Московское областное УФАС России поступило обращение <...> по факту совершения <...> в <...> на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> рекламного звонка с абонентского номера <...> следующего содержания: «*Флагманская технология от Смайл. Для тех кто не идет на компромиссы. Интернет для всей семьи. Интересно? Нажмите 1 или перезвоните нам по телефону*» без предусмотренного частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

В ходе рассмотрения обращения установлены признаки нарушения части 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении указанной рекламы, выразившиеся в использовании сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и/или набора

абонентского номера без участия человека.

Согласно сведениям, представленным ООО «Тривон Нетворкс», рассматриваемый звонок был совершен заявителю на основании заявки <...> от <...> на предоставление услуг связи ООО «Мультисервисные сети» (торговая марка «Смайл»), оставленной на сайте компании <https://smile-net.ru>, дав свое согласие на обработку персональных данных и на получение рекламной информации.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия установила следующее.

Общество с ограниченной ответственностью «Тривон Нетворкс» (место нахождения: 119049, г. Москва, ул. Шаболовка, д. 10, к. 1, пом. XXII, ком. 18) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.10.2005 за государственным регистрационным номером 1055003033447; ИНН: 5054086236 (далее – ООО «Тривон Нетворкс», Общество).

В силу положений пункта 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой признается 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.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе объект рекламирования – 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.

В силу пункта 3 статьи 2 Закона о рекламе товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Рассматриваемая информация, поступившая заявителю <...> в <...>, является рекламой, поскольку отвечает всем признакам рекламы, согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, а именно: является информацией *«Флагманская технология от Смайл. Для тех кто не идет на компромиссы. Интернет для всей семьи. Интересно? Нажмите 1 или перезвоните нам по телефону»*, распространенной по сетям электросвязи, адресованной неопределенному кругу лиц и направленной на привлечение внимания к интернет-услугам оператора «Смайл».

Целью рекламы является привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) абонент – пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь – 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.

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. 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.

Таким образом, Законом о рекламе установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

Согласно пункту 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.10.2012 № 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.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – рассылка) 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.

Согласие на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю, во-вторых – должно быть выражено явно.

В соответствии со сведениями, представленными ПАО «МТС», абонентский номер <...> выделен <...> на основании договора об оказании услуг связи ПАО «МТС». Также Оператор подтверждает факт поступления <...> в <...> на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> входящего звонка с абонентского номера <...>.

Согласно пояснениям, представленными в материалы дела ООО «Тривон Нетворкс» от 13.03.2023 № 8113/23 абонентский номер <...> выделен и используется оператором связи ООО «Тривон Нетворкс» (правопреемник ООО «Мультисервисные сети» торговая марка «Смайл»), 26.01.2018 ООО «Мультисервисные сети», реорганизовано путем присоединения к ООО «Тривон Нетворкс».

В своих объяснениях от 08.06.2023 № 20002/23 Общество пояснило, что <...> 24.06.2016 обратился к оператору связи ООО «Мультисервисные сети» (торговая марка «Смайл»), оформив заявку (далее – Заявка) на предоставление услуг связи на сайте компании <https://smile-net.ru/>, согласившись с условиями обработки персональных данных и оповещения о рекламных акциях путем ввода своих персональных данных.

Также ООО «Тривон Нетворкс» пояснило, что Договор об оказании услуг связи между <...> и Обществом заключен не был, однако отзыва согласия на обработку персональных данных и

согласия на оповещение о рекламных акциях в адрес компании не поступало.

Спорный рекламный звонок был совершен заявителю вследствие того, что его Заявка не была закрыта и оставалась в статусе «Приостановлено».

Учитывая изложенное, Комиссией установлено, что <...> оформил Заявку на предоставление услуг связи 24.06.2016, при этом договор с Обществом об оказании услуг связи им заключен не был. Следовательно, <...> не являлся клиентом ООО «Тривон Нетворкс» на дату совершения спорного рекламного звонка.

В Заявке от 24.06.2016, представленной в материалы дела ООО «Тривон Нетворкс», заявитель дал согласие на обработку персональных данных и на получение СМС-оповещений о рекламных акциях компании, путем проставления «отметки».

При этом, принятие физическим лицом согласия на обработку персональных данных не свидетельствует о его согласии на получение посредством телефонной связи рекламы.

Также, при регистрации на сайте однозначно идентифицировать лицо, осуществляющее такую регистрацию, и, как следствие, дающее согласие на получение рекламной информации (путем проставления «отметки» и прохождения цикла верификации абонента), невозможно.

Таким образом, сам по себе факт оставления Заявки на сайте не подтверждает надлежащее согласие физического лица на получение рекламной информации по сетям электросвязи.

Следовательно, Комиссия пришла к выводу, что <...> не является клиентом ООО «Тривон Нетворкс» и не давал согласия на распространение ему рекламы <...> в <...> на абонентский номер <...>.

В силу положений части 2 статьи 18 Закона о рекламе не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Как следует из данного положения, законодательством о рекламе запрещается без участия человека не только применение средств выбора, но и набор абонентского номера для распространения рекламы.

В материалы дела заявителем представлена аудиозапись рекламного звонка, содержащая в начале разговора воспроизведенный абоненту заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), что позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание).

Такие обстоятельства могут рассматриваться антимонопольными органами как нарушение рекламораспространителем требований части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

На основании изложенного Комиссией установлен факт нарушения части 1 и части 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении указанной рекламы.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 и частью 2 статьи 18.

Согласно материалам дела рекламораспространителем спорной рекламы является ООО «Тривон Нетворкс».

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее – Правила), при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному 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 (пускай 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.

В ходе рассмотрения дела ООО «Тривон Нетворкс» не представило документы и сведения, подтверждающие прекращение распространения рекламы с нарушением требований части 1 и части 2 статьи 18 Закона о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-48 Правил, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рассматриваемую рекламу ненадлежащей, не соответствующей требованиям части 1 и части 2 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ООО «Тривон Нетворкс» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы Московской области для рассмотрения вопроса о необходимости возбуждения дела по признакам нарушения 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

<...>

Члены комиссии:

<...>

<...>