

Исх. №ВЧ-08/13865 от 26.12.2023 г.

Комиссия Татарстанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: <...> – (должностное лицо)  
Члены Комиссии: <...> – (должностное лицо)  
<...> – (должностное лицо)

рассмотрев дело №016/05/18-1548/2023 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы по сетям электросвязи с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от <...> (вх. № 9724/ж от 15.09.2023) о распространении <...> на телефонный номер заявителя <...> без предварительного его согласия посредством телефонного звонка рекламы услуг компании «Этажи»:

- <...>.

Факт поступления, входящего звонка <...> подтверждается видеозаписью на момент осуществления звонка и детализацией по абонентскому номеру.

Звонок рекламного характера поступил с номера <...>.

Исходя из рекламного сообщения звонок осуществлялся ООО «Этажи».

Согласно пояснениям Общества, <...> в декабре 2022 года приобрел объект недвижимости на территории г. Набережные Челны, информация о котором содержалась в базе данных франчайзи-партнера ООО «Этажи» в г. Набережные Челны. Номер телефона <...> Обществу не принадлежит.

Номер телефона <...> принадлежит сотовому оператору ПАО «МТС».

Управлением был отправлен запрос в ПАО «МТС», для установления владельца номера, с которого был произведен звонок рекламного характера.

Согласно информации, предоставленной ПАО «МТС», абонентский <...> зарегистрирован на ООО «Соколл» (ИИН: 7842458299, адрес регистрации: 197343, Россия, г. Санкт-Петербург, вн.тер.г. Муниципальный округ Ланское, ул. Торжковская, д. 20, лит. А, оф. 232).

Управлением был отправлен запрос в адрес ООО «Соколл».

Согласно ответу ООО «Соколл» (вх.№11571 от 02.11.2023), спорный телефонный звонок был осуществлен Обществом в виду исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг №122/08-23-СК от 22.08.2023 г., заключенного с ООО «Е-Софт».

В соответствии с п. 1.19 Здания на разработку проекта №1 от 22.08.2023 г., вызовы осуществлялись по базе абонентов (контактов), предоставленной Заказчиком.

В свою очередь, согласно п. 9.7 Договора, Исполнитель оказывает услуги, указанные в Договоре, на основании информации, предоставленной Заказчиком. В случае предоставления Заказчиком персональных данных клиентов Заказчика или иных лиц для оказания Исполнителем услуг по настоящему Договору, Заказчик настоящим подтверждает законность получения такого рода данных, достоверность таких данных, а также то, что субъекты персональных данных

предупреждены и дали свое согласие на обработку персональных данных, в том числе на передачу своих персональных данных третьим лицам.

Однако, Управление рассмотрев вышеизложенные доводы сообщает, что поскольку абонентский номер принадлежит ООО «Соколл» и звонок непосредственно был совершен Обществом, то есть контроль за идентификацией возлагался на ООО «Соколл», таким образом рекламодателем является ООО «Соколл», поскольку совершало действия, направленные на осуществление телефонного звонка. Оно обязано было запросить у своего клиента, <...>, документы, идентифицирующие личность, а также согласие на получение рекламы или звонка. В отсутствие указанных документов, а также договоров, заключенных между ООО «Соколл» и <...>. Комиссия Татарстанского УФАС России приходит к выводу об отсутствии доказательств, подтверждающих позицию ООО «Соколл».

Кроме того, ООО «Соколл» участвовало в передаче рассматриваемого звонка рекламного характера, осуществляло фактическое доведение сведений об услугах до абонентов. ООО «Соколл» является рекламодателем и было обязано при оказании услуг по осуществлению звонка пользователям иметь их письменное согласие на получении рекламных звонков или сообщений.

Необходимо отметить, что согласно выписке из ЕГРЮЛ <...> ООО «Е-СОФТ» (ИНН 7203405541) и ООО «Этажи» (ИНН: 7202106387) является <...>.

Таким образом, учитывая вышеизложенное ООО «Е-СОФТ», в соответствии с частью 8 ст. 38 Закона о рекламе предусмотрено, что рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в частях 6 и 7 настоящей статьи, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

Согласно п. 6 ст. 3 Закона о рекламе рекламопроизводитель – лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму, а согласно пояснениям Общества оказание услуг осуществлялось с условиями Договора возмездного оказания услуг №122/08-23-СК от 22.08.2023 г., заключенного с ООО «Е-СОФТ». Вызовы осуществлялись в соответствии с Брифом на разработку сценария и Сценарием телефонного интервью (опроса), утвержденного ООО «Е-СОФТ» (п.п. 2.2.1, 2.2.4.1, 3.3.6 Договора).

Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

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.

В пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы — это 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.

При обращении в Татарстанское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы. Документарно подтвержденных доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Таким образом, в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством телефонных звонков.

Вместе с тем, нарушение законодательства о рекламе может быть устранено любым лицом, которое может прекратить распространение рекламы. В данном случае таким лицом, причастным к распространению рассматриваемой рекламы, является ООО «Е-СОФТ», ООО «Соколл».

Рассмотрев имеющиеся материалы дела, с учётом доводов лиц, участвующих в рассмотрении дела, Комиссия Татарстанского УФАС России установила следующее.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством телефонного звонка на мобильный телефон <...>, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- информация распространена в форме телефонного звонка по сети электросвязи, а именно посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) под электросвязью понимаются 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;

- объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подп. 2-3 ст. 3 Закона о рекламе).

Объектом рекламирования в рассматриваемом случае выступают услуги недвижимости ООО «Этажи».

- информация была адресована неопределённому кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная в телефонных разговорах заявителям, не обращена к конкретному потребителю, из текста бесед не следует, что они были адресованы каким-либо определённым лицам.

Сведения не носят персонализированного характера, представляют интерес для неопределенного круга лиц.

Доведенная до сведения заявителя информация не относится к категории той информации, на которую Закон о рекламе не распространяет своё действия в соответствии с ч. 2 ст. 3 Закона о рекламе. В частности, она не является справочно-информационным и аналитическим материалом (обзором внутреннего и внешнего рынков, результатом научных исследований и испытаний), не имеющим в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой.

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 (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

Целями Закона о рекламе являются, в том числе реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (ст. 1 Закона о рекламе).

Абонент согласно п. 1 ст. 2 Закона о связи - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, абонент выступает «пассивной» стороной отношений по передаче информации, он выступает получателем сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. Законом о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

При этом законодатель закрепил обязанность рекламораспространителя немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

В соответствии с постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – постановление Пленума ВАС РФ) согласие абонента может быть выражено в любой форме, однако такая форма согласия должна быть достаточной для идентификации такого согласия и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (см. абзац четвертый п. 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленуме ВАС РФ указано, что согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Документы, подтверждающие в рассматриваемом случае наличие согласия со стороны заявителя на получение спорной рекламы рекламораспространителем не представлены.

Согласно части 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушения части 1 статьи 18 несёт рекламораспространитель.

Рекламораспространителем является ООО «Сокол».

Рекламопроизводителем является - ООО «Е-Софт».

Из текста рекламы, ООО «Этажи» рекламирует свои услуги, из этого следует, что ООО «Этажи» является рекламодателем.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «Сокол», ООО «Е-Софт» при

помощи телефонного звонка на мобильный номер (<...><...> с текстом:

- <...>,

поскольку в ней нарушены требования ч. 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Рассмотрение дела в отношении ООО «Этажи» прекратить.

3. Выдать ООО «Соколл», ООО «Е-Софт» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

5. Направить материалы в Управление Роскомнадзора по РТ для рассмотрения в рамках компетенции на предмет наличия/отсутствия признаков нарушения действующего законодательства при обработке персональных данных.

Решение изготовлено в полном объеме 26 декабря 2023 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии:

<...> – (должностное лицо)

Члены Комиссии:

<...> – (должностное лицо)

<...> – (должностное лицо)