

Решение по делу №016/05/18-775/2021

Комиссия Татарстанского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении

Законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

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

Члены Комиссии <...> –(должностное лицо);

<...> –(должностное лицо);

рассмотрев дело по факту несанкционированного телефонного звонка на мобильный номер <...> <...> без согласия абонента с номера телефона <...> с текстом: «<...>», что имеет признаки нарушения Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе».

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (Далее - Управление) поступили обращения <...> (вх. №12099/ж от 31.08.2020 г.), (вх. №12146 от 01.09.2020 г.) перенаправленное из Управления Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций по Республике Татарстан по факту несанкционированного телефонного звонка на мобильный номер <...> <...> без согласия абонента с номера телефона <...> с текстом: «<...>», что имеет признаки нарушения Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе».

Согласно представленным в адрес Управления сведениям, на личный номер заявителя, а именно: <...>, <...> поступил звонок рекламного характера, рекламодателем которых являлся ПАО «Банк-ВТБ».

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

Согласие на получение рекламы по сетям электросвязи заявитель не давал.

Номер телефона <...> принадлежит сотовому оператору ООО «Спринт».

Управлением был отправлен запрос в ООО «Спринт», для установления владельца номера, с которого был произведен звонок

рекламного характера.

Согласно ответу, на вышеуказанный запрос ООО «Спринт» абонентский номер <...> в рамках договора об оказании услуг выделяло их для ООО «Спейстел» (ИНН 7735140543).

Управлением был направлен запрос в ООО «Спейстел». Согласно представленному ответу ООО «Спейстел» на основании Договора об оказании услуг №МСК-715/20 от 21.02.2020 г. телефонный номер <...> был передан в пользование ИП Бекмансурову Дмитрию Накиповичу (<...>).

Также Управлением был отправлен запрос в Банк ВТБ (ПАО) с целью предоставления в адрес Управления информации о наличии разрешения, согласия абонента с номером <...> на получение смс-рассылок рекламного характера от абонента с номером: <...> (с приложением подтверждающих документов).

Согласно ответу Банка ВТБ (ПАО) абонентский номер <...> не идентифицирован в программном комплексе Банка, маркетинговые коммуникации по вышеуказанному номеру Банком не совершались. Банку не принадлежит абонентский номер <...>.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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.

Информация, рассылаемая на указанный номер, содержит все необходимые юридические признаки рекламы, позволяющие

определить ее именно в этом качестве и отличить от информации не рекламного характера: предназначена для неопределенного круга лиц; распространена по сетям электросвязи; преследует строго заданные цели информирования: продвижение на рынке, призвана формировать и поддерживать интерес к объекту рекламирования, предоставляемого соответствующими рекламодателями.

В соответствии с частями 7, 8 статьи 38 Закона «О рекламе» следует, что за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона «О рекламе» несет ответственность рекламодатель, а также рекламопроизводитель, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

Рекламодателем является ИП Бекмансуров Дмитрий Накипович (<...>).

На заседание Комиссии ПАО «Банк ВТБ» представило письменные пояснения (вх.№7587 от 04.06.2021) о том, что между Банком и ИП Бекмансуровым Д.Н. заключен договор возмездного оказания услуг от 28.01.2020 №2020/01/7/476000-1 по поиску потенциальных клиентов, заинтересованных в заключении договоров банковского обслуживания и открытии счетов в Банке.

Согласно пояснениям ИП Бекмансурова Д.Н. (вх.№7958 от 11.06.2021) абонентский номер <...> принадлежит ИП Бекмансурову Д.Н. Однако использование осуществляется <...>. Между ИП Бекмансуровым Д.Н. и <...> был заключен договор возмездного оказания услуг №1 от 26.08.2020 года.

По условиям договора <...> оказывает Бекмансурову Д.Н. платные услуги в форме консультаций третьих лиц (юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, физических лиц), заинтересованных в заключении комплексных договоров банковского обслуживания и открытии счетов в кредитных организациях. Согласно п.2.1.5 Договора, консультации третьих лиц могут осуществляться в форме личных встреч, а также телефонных звонков.

В целях оказания услуг по договору №1 от 26.08.2020 ИП Бекмансуров Д.Н. предоставляет в пользование <...> абонентский номер, о чем между сторонами заключается соответствующее соглашение (п. 2.2.3 Договора).

26.08.2020 года между ИП Бекмансуровым Д.Н. и <...> было заключено соглашение о предоставлении в пользование <...> абонентского

номера: <...>.

Согласно п.2 Соглашения, указанный абонентский номер предназначен для исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг №1 от 26.08.2020 года. При этом <...> предупреждена, что согласно ст. 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы посредством использования телефонной связи, без предварительного согласия абонента или адресата, не допускается (п. 6 Соглашения).

Кроме того, согласно п. 7 упомянутого соглашения, <...> несет всю полноту ответственности за нарушение требований Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», Федерального закона от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных» при использовании абонентского номера: +7 994 999 02 61. Аналогичные положения содержатся и в п. 4.3. Договора возмездного оказания услуг №1 от 26.08.2020.

Согласно письменным пояснениям <...> (вх.№ 10881 от 12.08.2021) сфера ее деятельности – консалтинговые услуги субъектов предпринимательской деятельности. На сегодняшний день деятельность приостановлена.

<...> подтверждает, что вышеуказанный телефонный звонок был совершен именно ей.

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 <...>.

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 неопределенному 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 31.08.2020, 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 банковские услуги.

- 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 заявителем, 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.

Рекламодатель, 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 рекламодателя 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 рекламодателя (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 рекламодателя.

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 рекламодателем не представлены.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама, не

соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Рекламораспространителем является <...>.

На момент рассмотрения дела №016/05/18-775/2021 в материалах дела отсутствуют подтверждения прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, комиссией Татарстанского УФАС установлены основания для выдачи предписания.

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 <...> при помощи несанкционированного 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. Выдать <...> предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 16 августа 2021 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>