

Исх. №ВЧ-08/1524 от 16.02.2023 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 № 016/05/18-1735/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Интегратор» (ИНН: 5503255572), АО «МТТ» (ИНН 7705017253), ИП <...> по факту распространения рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы, что имеет признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», (далее – Закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление) на рассмотрение поступило обращение (вх. № 11773/ж от 15.09.2022) по факту распространения рекламных звонков 14.09.2022 в 17 часов 20 минут на мобильный номер заявителя (<...>) с номера <...> с текстом: «Вы размещаетесь на Озон? То мы готовы поднять Вам продажи, настроить рекламу. Нажмите 1, чтобы с Вами связался наш оператор...». Согласия на получение подобных сообщений абонент не давал. 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 представленным в адрес Управления сведениям, на личный номер заявителя, а именно: <...> 14 сентября 2022 года в 17 часов 20 минут поступил звонок рекламного характера.

Объектом рекламирования являются услуги по увеличению продаж и настройке рекламы на Озон.

Звонок рекламного характера поступил с номера <...>, что подтверждается записью телефонных разговоров и приложенной детализацией заявителя.

Согласие на получение рекламы по сетям электросвязи заявитель не давал.

Номер телефона <...> принадлежит сотовому оператору АО «Межрегиональный ТранзитТелеком» (АО «МТТ»).

Управлением был направлен запрос в АО «МТТ», для установления владельца номера, с которого был произведен звонок рекламного характера.

Согласно информации, предоставленной АО «МТТ» (вх. №14059 от 11.11.2022г.), номер <...> выделен Абоненту - ООО «Интегратор» в соответствии с заключенным Договором <...>.

Согласно сведениям из Единого Государственного Реестра юридических лиц, основным видом деятельности ООО «Интегратор» является разработка компьютерного программного обеспечения.

В адрес Управления поступили письменные пояснения ООО «Интернет решения» (вх. №14633 от 28.11.2022) согласно которым Общество утверждает, что не осуществляло рекламные звонки 14.09.2022 с номера <...>. Более того, данный номер не принадлежит Обществу.

Также поступили письменные пояснения ООО «Интегратор» (вх. №14602 от 28.11.2022) из содержания которых следует, что Общество не осуществляло рекламные звонки. Кроме того, согласно ответу, поступившему в адрес Общества от АО «МТТ» следует, что по результатам проверки совершения вызовов, ООО «Интегратор» не совершал данные действия, вызовы были совершены третьим лицом с подменой нумерации.

Однако, согласно информации, представленной ПАО «МТС» (вх. №53 от 09.01.2023) звонок на номер Заявителя, а именно <...>, 14.09.2022 в 17 часов 20 минут согласно техническим данным биллинга поступил из сети оператора связи АО «Межрегиональный ТранзитТелеком» (АО «МТТ»).

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.

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

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством распространения телефонного звонка на мобильный телефон 14.09.2022 в 17 часов 20 минут на мобильный номер заявителя (<...>), 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 пункту 35 статьи 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 выступает услуги по увеличению продаж и настройке рекламы на Озон.

- 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 действие в соответствии с частью 2 статьи 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 (часть 1 статьи 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 (статья 1 Закона о рекламе).

Абонент согласно пункту 1 статьи 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 (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе).

При этом законодатель закрепил обязанность рекламодателя немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (часть 1 статьи 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 пункта 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленума 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 пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Согласно письменным пояснениям ООО «Интегратор» (вх. №14602 от 28.11.2022), Общество не осуществляла рекламные звонки. Кроме того, согласно ответу, поступившему в адрес Общества от АО «МТТ» следует, что по результатам проверки совершения вызовов, ООО «Интегратор» не совершал данные действия, вызовы были совершены третьим лицом с подменой нумерации.

Таким образом, Комиссия Татарстанского УФАС России прекращает рассмотрение дела в отношении ООО «Интегратор».

31.01.2023 в адрес Управления поступили письменные пояснения ООО «Интегратор», согласно которым Общество утверждает, что не совершал данные действия, вызовы были совершены третьим лицом с подменой нумерации и просит запросить информацию у АО «МТТ» с целью установления лица, который фактически осуществил рекламный звонок на номер заявителя (<...>).

Согласно информации, представленной АО «МТТ» (вх. №982 от 31.01.2023), Обществом установлено, что лицом-инициатором вызова, совершенного 28.10.2022 в 14:49 на номер <...>, является ИП <...>.

Между АО «МТТ» и ИП <...> заключен Договор <...>. Указанным Договором установлен способ подключения - по IP адресу 178.176.228.50, который является основным идентифицирующим признаком совершенного по сетям передачи данных вызова в силу предмета Договора. В соответствии с заявлением Абонента от 21.10.2022г. по Договору был изменен IP адрес на 80.249.131.214.

При совершении вышеуказанного вызова в нарушение и условий Договора и действующего законодательства РФ, ИП <...> совершила неправомерную подстановку/указание в качестве вызывающего Уникального Кода Идентификации <...>.

Действующее законодательство не предоставляет оператору связи право на вмешательство в телефонные переговоры абонентов, отслеживание и анализ их содержания. Указанные действия, предпринимаемые без судебного решения, являются нарушением действующего законодательства о связи.

АО «МТТ», являясь оператором связи, осуществляющим только техническую возможность коммуникации исходящих вызовов в соответствии с положениями законодательства РФ, не осуществляет деятельность по распространению рекламы, не является ни создателем (изготовителем) рекламных предложений, ни их распространителем. Обязательства по распространению рекламы и доступ к содержанию телефонных разговоров у АО «МТТ» отсутствуют. Договорных отношений на распространение рекламы ни с ООО «Интегратор», ни с ИП <...>, ни с иными третьими лицами АО «МТТ» не имеет.

Выбор, настройки вызова, последующий набор номера вызываемого абонента, а также содержание вызова определяется абонентом самостоятельно.

Таким образом, Комиссия Татарстанского УФАС России прекращает рассмотрение дела в отношении АО «МТТ».

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

Рекламораспространителем является ИП <...>.

На момент рассмотрения дела №016/05/18-1735/2022 в материалах дела отсутствуют подтверждения прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, комиссией Татарстанского УФАС установлены основания для выдачи предписания.

На заседании Комиссии ИП <...> или ее законный представитель не явились, ИП <...> надлежащим образом извещена, что подтверждается вернувшейся телеграммой, с отметкой: «ТЕЛЕГРАММА, ПОДАННАЯ ВАМИ ПО КВИТАНЦИИ НОМЕР 200/28014 14/2 <...> ИП <...> НЕ ДОСТАВЛЕНА КВАРТИРА ЗАКРЫТА АДРЕСАТ ПО ИЗВЕЩЕНИЕ ЗА ТЕЛЕГРАММОЙ НЕ ЯВЛЯЕТСЯ», что в соответствии с Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 г. №5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» и в соответствии с частью 3 статьи 23 и статьей 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации, считается надлежащим извещением лица. При этом, статьей 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что юридическое лицо, а соответственно и индивидуальный предприниматель несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресу регистрации, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя.

Сообщения, доставленные по адресу регистрации, считаются полученными лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

Таким образом, ИП <...> на Комиссию не явилась, письменные пояснения не давала, подтверждения о том, что у нее есть согласие Заявителя на получение рекламы в адрес Управления не представила.

На основании изложенного ИП <...> надлежащим образом уведомлена о времени и месте рассмотрения настоящего дела.

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 ИП <...> при помощи телефонного звонка 14.09.2022 в 17 часов 20 минут на мобильный номер заявителя <...>) с номера <...> с текстом: «Вы размещаетесь на Озон? То мы готовы поднять Вам продажи, настроить рекламу. Нажмите 1, чтобы с Вами связался наш оператор...», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ИП <...> предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Производство по делу в отношении ООО «Интегратор», АО «МТТ» прекратить.

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

Решение изготовлено в полном объеме 16 февраля 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)