

РЕШЕНИЕ

по делу № 074/05/18-1020/2023

Резолютивная часть оглашена 24 июля 2023 года

В полном объеме решение изготовлено 24 июля 2023 года

пр. Ленина, 59, г. Челябинск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе в составе (далее - Комиссия):

| | |
|------------------------|---|
| | <...> – руководителя Челябинского УФАС России; |
| председателя Комиссии: | <...> – начальника отдела контроля торгов и органов власти Челябинского УФАС России; |
| членов Комиссии: | <...> – ведущего специалиста-эксперта отдела контроля торгов и органов власти Челябинского УФАС России, |

рассмотрев дело № 074/05/18-1020/2022, возбужденное по факту поступления на абонентский номер заявителя +7-908-041-81-71 телефонных звонков рекламного характера 14.01.2023 с номера +7-916-970-70-34, 13.02.2023 с номера +7-985-241-79-54 без предварительного согласия абонента, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе», Закон о рекламе),

к участию в котором привлечены: заявитель

_____ (далее —
заявитель);

лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства, индивидуальный предприниматель С<...> (ИНН<...>) (далее — ИП С<...>), в отсутствие лиц, участвующих в деле,

извещенных надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

Челябинским УФАС России рассмотрено заявление физического лица (от 27.02.2023 вх. № 2458-ИП/23) по факту поступления на абонентский номер заявителя <...> телефонных звонков рекламного характера 14.01.2023 с номера <...> , 13.02.2023 с номера <...> без предварительного согласия абонента.

Заявитель указывает, что рекламные звонки осуществлялись без участия человека.

В качестве доказательств заявителем предоставлены детализации услуг связи, согласно которым телефонный звонок 14.01.2023 поступил в 13:08, 13.02.2023 в 13:46. Кроме того, заявителем представлены аудиозаписи телефонных звонков.

Специалистами Челябинского УФАС России осуществлено прослушивание аудиозаписи телефонного звонка, поступившего 14.01.2023, а также составлен Акт прослушивания аудиозаписи от 06.03.2023 № 19-2023. В ходе прослушивания выявлено следующее.

«- Здравствуйте?

- Алё. Здравствуйте.

- Меня зовут Юлия, я звоню по поводу интернета. Удобно сейчас говорить? Буквально минутку.

- Интернет? Зачем нам интернет? Вы кто?

- Я представляю крупнейшего федерального провайдера, и сейчас мы подготовили привлекательные условия по интернету. При чём по каждому городу они особые. А Вы в Москве или Московской области проживаете?

- Какого провайдера Вы крупнейшего представляете? Вы полностью то договариваете. Алё?

- Я представляю федерального провайдера МТС, и сейчас, в рамках новогодней акции, мы даём возможность абсолютно бесплатно попробовать наши услуги. Это тариф «4 в 1»: домашний интернет, телевидение, мобильная связь и онлайн-кинотеатр. И давайте сразу посмотрим, доступно ли такое предложение в Вашем регионе. Скажите, Вы в Москве или Московской области проживаете?

- Чикаго.

- Повторите пожалуйста город.

- Чикаго.

- А повторите город пожалуйста.

- Девушка вы робот?

- Ну да, и несмотря на это, давайте посмотрим какие закрытые предложения по интернету, телевидению и мобильной связи доступны в Вашем регионе, уточните только город?

- Так, робот, запиши одну простую вещь, больше на этот номер не звонить. Вычеркнуть из любых рассылок, рекламных.

- Поняла, до свидания.

Специалистами Челябинского УФАС России также осуществлено прослушивание аудиозаписи телефонного звонка, поступившего 13.02.2023, и составлен Акт прослушивания аудиозаписи от 06.03.2023 № 18-2023. В ходе прослушивания выявлено следующее.

«- Здравствуйте?

- Слушаю Вас.

- Меня зовут Юлия, я звоню по поводу интернета. Удобно сейчас говорить? Буквально минутку.

- А Вы от какой компании? Вы какую компанию представляете?

- Я представляю крупнейшего федерального провайдера, и сейчас мы подготовили привлекательные условия по интернету. При чём по каждому городу они особые. А Вы в Москве или Московской области проживаете?

- Я не услышал, какого крупнейшего провайдера Вы представляете? Как вы сказали. Вы кого представляете?

- Я представляю компанию МТС, и сейчас для всех новых пользователей мы предоставляем домашний интернет бесплатно, и давайте сразу посмотрим, доступно ли такое предложение в Вашем городе. Вы в Москве или Московской области проживаете?

- Вы вот смотрите, Вы начали рекламное вот это предложение, да, озвучили, но Вы не спросили моего разрешения, Вы в курсе, что вы нарушаете Закон «О рекламе»? Вы его только что нарушили.

- Поняла, до свидания.

- Под запись разговора».

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, телефонные номера <...> ; <...> входят в ресурс нумерации оператора связи ПАО «Мобильные ТелеСистемы».

Согласно сведениям, представленным ПАО «МТС», абонентский номер <...> до 24.01.2023, абонентский номер <...> до 13.03.2023 принадлежали ИП С<...> (ИНН <...>). К пояснениям ПАО «МТС» представлен договор об оказании услуг связи от 10.11.2022 № 177794361395.

Челябинским УФАС России направлен запрос ИП С<...> . о предоставлении необходимых документов и сведений.

ИП С<...> представлены письменные пояснения, в соответствии с которыми индивидуальный предприниматель оказывает операторам связи услуги по распространению информации об оказываемых ими услугах потенциальным потребителям. С этой целью между ПАО «МТС» и ИП С<...> заключен договор от 17.02.2020 № D200035193-21, на основании которого производится распространение рекламы по сетям электросвязи. При осуществлении звонка перед озвучиванием информации оператор задается вопрос о согласии прослушать информацию рекламного характера. К письменным пояснениям ИП С<...> представлен договор от 17.02.2020 № D200035193-21 (далее — Договор от 17.02.2020).

В соответствии с подпунктом 2.1.6 пункта 2 Договора от 17.02.2020 Агент (ИП С<...>) обязуется получать предварительное согласие потенциальных абонентов на получение рекламы (информации об услугах).

В связи с наличием признаков нарушения части 1, 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» Челябинским УФАС России возбуждено дело № **074/05/18-1020/2023** в отношении ИП С<...>

ИП С<...> представлены письменные пояснения, согласно которым при взаимодействии с абонентами им используется технология роботизированного обзвона. При этом выбор и набор абонентского номера осуществляется с участием человека. Данные действия не могут быть квалифицированы как нарушение части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». Абонентский номер <...> внесен в перечень номеров, дозвон на которые технически невозможен. В подтверждении указанного приложен скриншот из биллинговой системы.

Кроме того, ИП С<...> пояснено, что им разработано собственное программное обеспечение для распознавания речи собеседника и

подбора подходящего контексту ответа. В настоящее время ведется разработка инструкций/правил пользования данным программным обеспечением. Телефонное соединение с абонентом осуществляется посредством использования конвергентной платформы компьютерной телефонии на базе программного обеспечения Asterisk. Перечень телефонных номеров, анализ предоставленной заказчиком базы таких номеров на предмет отказа абонента от получения рекламы по сетям электросвязи осуществляется человеком. Сотрудник колл-центра исключает номера, соединение с которыми недопустимо, загружает перечень в программу. Далее, сотрудником колл-центра осуществляется на персональном компьютере выбор номера из списка, с которым будет осуществлено соединение.

ИП С<...> также представлены сведения о сотрудниках колл-центра, а также заявлено ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие.

Рассмотрение заявления и материалов приводит к следующим выводам.

Согласно части 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», под рекламой понимается 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.

В соответствии со статьей 3 Федерального 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 части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Таким образом, Федерального закона «О рекламе» установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

Федеральный закон «О рекламе» возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламораспространителя.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи», это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - 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, не докажет, что такое согласие было получено.

Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки, в случае осуществления рассылки по его инициативе, не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно правовой позиции Федеральной антимонопольной службы Федеральный закон «О рекламе» возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателя. При этом согласие абонента 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 (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Согласно ч. 2 ст. 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).

Под запрет, установленный в указанной норме, подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

По мнению ФАС России для целей выявления нарушения требования ч. 2 ст. 18 Закона о рекламе антимонопольным органам необходимо установить факт того, что:

- в ходе осуществления звонка абоненту или направления ему сообщения использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание и автоматическая рассылка);

- осуществление такого звонка абоненту или направление ему такого сообщения осуществлялось для распространения рекламы.

Вместе с тем для целей реализации ФАС России возложенных на него полномочий антимонопольный орган должен обладать документами и доказательствами, необходимыми для принятия обоснованного решения.

Так, запись телефонного разговора, предоставленная абонентом антимонопольному органу, содержащая в начале такого разговора воспроизведенный абоненту заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание).

Такие обстоятельства могут рассматриваться антимонопольными органами как нарушение рекламодателем требований ч. 2 ст. 18 Закона о рекламе.

Так, на абонентский номер заявителя <...> поступили телефонные звонки: 14.01.2023 с номера <...> ; 13.02.2023 с номера +7-985-241-79-54 без предварительного согласия абонента.

Информация, поступившая заявителю посредством телефонных звонков, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания;
- направлена на формирование или поддержание интереса к объекту рекламирования и его продвижение на рынке.

Объектом рекламирования является провайдер «МТС», а также услуги, оказываемые данной компанией.

Таким образом, информация, поступившая заявителю посредством телефонных звонков, является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к компании «МТС», оказываемым им услугам.

ИП <...> в письменных пояснениях указывает, что при осуществлении звонка перед озвучиванием информации оператором задается вопрос о согласии прослушать информацию рекламного характера.

Вместе с тем, по результатам прослушивания аудиозаписей установлено, что оператором не озвучивался вопрос о согласии абонента прослушать рекламу. Рекламная информация озвучена оператором без согласия заявителя о её получении.

Таким образом, указанный довод ИП С<...> не находит своего подтверждения.

В связи с тем, что заявитель утверждает, что не давал согласие на получение рекламы с телефонных номеров<...> , <...> , ИП С<...> не представлены доказательства, подтверждающие наличие согласия абонента <...> на получение рекламы, оператором при осуществлении звонка не озвучивался вопрос о получении согласия абонента, соответственно, распространение указанной рекламы содержит нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

По вопросу распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки), Комиссия приходит к следующим выводам.

Информация, озвученная в процессе телефонного разговора от 14.01.2023, о имени, цели звонка, заданных вопросов («Удобно сейчас говорить?» «А Вы в Москве или Московской области проживаете?»), является идентичной в сравнении с телефонным разговором от 13.02.2023. Кроме того, в процессе телефонного разговора заявителем задан вопрос о том, что является ли лицо, озвучившее рекламную информацию, роботом, на который последовал положительный ответ.

Вместе с тем, факт выбора абонента (абонентского номера), набора такого номера без участия человека, а именно техническим устройством, программой, компьютером, машиной не подтверждается материалами дела.

Таким образом, материалами настоящего дела не подтверждается наличие нарушения части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении указанной рекламы.

На основании части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем следует признать ИП С<...> (ИНН <...>), как лицо, осуществившее распространение рекламы.

ИП С<...> представлены письменные пояснения, согласно которым абонентский номер <...> внесен в перечень номеров, звонок на которые технически невозможен. В подтверждении указанного ИП С<...> . представлен скриншот из биллинговой системы.

Принимая во внимание факт добровольного прекращения распространения ненадлежащей рекламы со стороны ИП С<...> , Комиссия приходит к выводу о нецелесообразности выдачи предписания о прекращении нарушения требований законодательства о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 ненадлежащими рекламы, распространенные индивидуальным предпринимателем С<...> (ОГРНИП <...> , ИНН <...>) посредством направления 14.01.2023 телефонных звонков на номер <...> с номера +7-916-970-70-34, 13.02.2023 с номера <...> без предварительного согласия абонента, поскольку при их распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ИП С<...> не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Челябинского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП С<...>

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.