

РЕШЕНИЕ

по делу № 012/05/18-427/2021

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

06 августа 2021 года
Йошкар-Ола

Г.

Резолютивная часть решения объявлена: «06» августа 2021 года

Полный текст решения изготовлен: «06» августа 2021 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя – начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов;

член Комиссии – главный специалист – эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов;

член Комиссии – ведущий специалист – эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов,

рассмотрев дело № 012/05/18-427/2021, возбужденное по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении 18.03.2021 в 09:38 на телефонный номер заявителя рекламной информации без согласия абонента, в присутствии до перерыва представителя ООО «Геон», действующего на основании доверенности от 20.05.2021 и представителя ООО «Спринтсейлз», действующего на основании доверенности от 21.05.2021 и удостоверения № 1539,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление Г. (вх. № 60-Г от 18.03.2021) о нежелательном рекламном звонке, поступившем

18.03.2021 в 09:38 на его телефонный номер, распространенном с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Здравствуйте...меня зовут...компания «Геон». Мы производители спортивного питания. Хотелось бы узнать по поводу сотрудничества и поставки спортивного питания...Компания «Геон» уже более 11 лет на рынке, Вы слышали про нас?».

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) реклама - 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.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (организации «Геон» и товарам, реализуемым обществом),

формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы, а также указал, что на сайте: www.airfit.ru размещен номер телефона для личных клиентов, которым им оказываются услуги физкультурно-оздоровительного характера. Информация, что по данному номеру телефона могут быть приняты заявки на сотрудничество отсутствует.

Марийским УФАС России установлено, что звонок на телефонный номер Г. осуществлен ООО «Спринтсейлз» на основании договора № 10-02/2021 об оказании услуг от 11.02.2021 по аутсорсингу продаж ООО «Геон».

П. 1.1 данного договора предусмотрено, что ООО «Спринтсейлз» обязуется по заданию ООО «Геон» предоставлять последнему услуги, указанные в дополнительном соглашении № 1 к договору, а заказчик обязуется принять и оплатить эти услуги.

Согласно п. 2.2 дополнительного соглашения № 1 к договору об оказании услуг № 10-02/2021 от 11.02.2021 ООО «Спринтсейлз» осуществляет исходящие телефонные вызовы Клиентам, указанным в списке Контакты в соответствии со Сценарием.

Также, ООО «Геон» и ООО «Спринсейлз» пояснили, что письменного согласия абонента с данным номером телефона Обществами получено не было.

Кроме того, Общества полагают, что данный звонок не был направлен в адрес неопределенного круга лиц, а, наоборот, направлен в отношении конкретного абонента с предложением об услуге по поставке спортивного питания.

Однако исходя из договора №10-02/2021 между ООО «Геон» и ООО «Спринтсейлз» и дополнительного соглашения №1 к договору об оказании услуг № 10-02/2021 от 11.02.2021 (пункт 2.3) целевой аудиторией, которой распространяются звонки, является: магазины и дилеры спортивного питания, фитнес клубы, эко-лавки, аптеки и аптечные сети.

Таким образом, в данном случае отсутствуют указания о лицах, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования, что свидетельствует о направлении информации неопределенному кругу лиц.

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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе телефонных звонков, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Однако в рамках рассмотрения дела Марийским УФАС России не установлено, что заявителем предоставлено согласие ООО «Геон» и ООО «Спринсейлз» в такой форме, что данное согласие можно было бы трактовать как прямое и недвусмысленным волеизъявлением для получения информации рекламного характера о деятельности ООО «Геон» и товарах, реализуемых данным обществом.

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при осуществлении 18.03.2021 в 09:38 звонка на телефонный номер заявителя нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

На основании частей 7, 8 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 данного Закона, возложена на рекламодателя либо рекламопроизводителя, в случае, если будет установлено, что нарушение произошло по его вине.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламодателя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно договору об оказании услуг № 10-02/2021 от 11.02.2021 ООО «Геон» является заказчиком услуг, а ООО «Спринсейлз» - исполнителем услуг. П. 2.4.1 договора предусмотрено, что заказчик обязан передать всю необходимую информацию, согласованную сторонами в договоре, для предоставления услуг, при этом самостоятельно обеспечивать полноту, актуальность, точность, достоверность такой информации. В соответствии с п. 2.2 дополнительного соглашения № 1 к договору исполнитель осуществляет исходящие телефонные вызовы Клиентам. Также в материалы дела представлено информационное письмо от 18.02.2021, из которого следует, что ООО «Спринсейлз» самостоятельно определяло список клиентов, до сведения которых будут доведены существенные условия реализации продукции ООО «Геон», и в дальнейшем согласовывало его с ООО «Геон». Однако в заключенных между сторонами договоре и дополнительном соглашении не определена процедура и последовательность получения

согласия лиц, которым осуществляется телефонный звонок, на получение информации рекламного характера, следовательно, данное согласие должно быть получено лицом, непосредственно доведшим данную информацию до абонентов (рекламораспространителем).

Таким образом, Комиссия Марийского УФАС России приходит к выводу, что в данном случае рекламодателем и рекламопроизводителем рекламной информации является ООО «Геон», а рекламораспространителем – ООО «Спринсейлз».

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламоателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Вместе с тем, на момент вынесения решения в материалы дела не представлены документальные доказательства, отражающие факт устранения нарушения законодательства о рекламе.

На основании указанного, Комиссия Марийского УФАС России считает, что в данном случае имеются основания для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ООО «Геон» и ООО «Спринсейлз».

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

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: *«Здравствуйте...меня зовут...компания «Геон». Мы производители спортивного питания. Хотелось бы узнать по поводу сотрудничества и поставки спортивного питания...Компания «Геон» уже более 11 лет на рынке, Вы слышали про нас?»*, поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Спринтсейлз» и ООО «Геон» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу

Марийского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении в соответствии со статьей 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