

Решение

по делу № № 029/05/18-99/2023

*Резолютивная часть оглашена «12» мая
2023 года*

Решение в полном объеме изготовлено «12» мая 2023 года

«12» мая 2023 года г. Архангельск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области (далее по тексту – Архангельское УФАС России, Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии	-	врио руководителя, начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы Архангельского УФАС России;
Члены Комиссии:	-	ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Архангельского УФАС России;
	-	ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Архангельского УФАС России,

рассмотрев дело № 029/05/18-99/2023, возбужденное 14.02.2023 в отношении публичного акционерного общества «Р» ... (далее – ПАО «Р», Общество) по признакам нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе»),

В отсуствие:

- заявителя — <...> ,

В присутствии:

- представителя ПАО «Р» по доверенности № ... от —

УСТАНОВИЛА:

23.12.2022 в адрес Архангельского УФАС России поступило материалы из Управления федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций по Архангельской области и Ненецкому автономному округу пересланные из Прокуратуры г. Архангельска по заявлению гражданина <...> (далее – <...>, Заявитель) при осуществлении 16.12.2022 в 17:22 на абонентский номер Заявителя +7-.... с номера +7-....., телефонного звонка рекламного характера.

Заявитель представил Управлению детализацию оказанных услуг связи его абонентского номера +7-.... за 16.12.2022, подтверждающую рассматриваемое телефонное соединение.

В качестве доказательства Заявителем представлена аудиозапись состоявшегося телефонного разговора следующего содержания.

«- Алло.

- Да.

- Добрый вечер, меня зовут Данила, я из компании Ростелеком. Сейчас новым клиентам

наша компания предоставляет первый месяц бесплатного пользования в преддверии нового года. Я бы хотел узнать, от какой компании вы подключили домашний интернет?

- Представьтесь, пожалуйста, полностью.

- Данила меня зовут.

- Фамилию я хочу услышать.

- А для чего?

- А я буду с вами судиться. Потому что вы мне звоните постоянно. Я предупреждал последний раз Ростелеком, когда мне звонили, что я после последнего звонка

вашего. Представьтесь пожалуйста.

- Ну меня зовут Данила.

- Фамилию!

- Выпадает рандомно.

- Я предупреждал вас. Фамилию свою скажите.

- Зачем вам моя фамилия?

- Наш телефонный разговор записан. Я обращусь в прокуратуру против вас. Назовите свою фамилию?

- Зачем Вам моя фамилия?

- Ну как зачем? вы мне звоните? Мы с вами знакомы?

- Нет.

- Я ваш друг?

- Нет

- Как вы узнали мой телефон? На каком основании Вы мне звоните?

- Телефоны нам выпадают рандомно.

- Я не знаю куда там выпадают вам телефоны. Это конфиденциальные данные. Вы их используете сейчас своих целях. Я вас предупреждал. Говорил серьезно. Что последний раз, когда разговаривал с сотрудником Ростелекома, я предупредил, что если ещё один будет звонок, то я подам на вас в суд. Вот этот последний звонок сейчас состоялся. Я на вас подаю в суд через прокуратуру. Поэтому представьте, пожалуйста.

- Ну, я представляться не буду.

- Не будете?

- Да.

- Вы где находитесь территориально?

- В офисе.

- В каком городе?

- Архангельск

- Замечательно. Данила да?

- Да

- Всего доброго. До свидания. Ждите иск.

- До свидания».

Согласия на получение рекламы <...> не давал, в связи с чем, по его мнению, имеются признаки нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

В соответствии с данными <https://zniis.ru> телефонный номер +7-.... выделен оператору ПАО «Р».

ПАО «Р» на запрос Архангельского УФАС России от ... № ... сообщило, что телефонный номер +7 -... принадлежит Архангельскому филиалу ПАО «Р».

В соответствии с п.п. 3 и 4 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922 (далее – Правила № 1922) дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) юридического или физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая изложенное, при поступлении в адрес территориального органа письма, содержащего заявление гражданина о нарушении ст. 18 ФЗ «О рекламе», такое заявление подлежит рассмотрению по существу получившим его территориальным органом в установленный законом срок.

На определение о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 14.02.2023 ПАО «Р» пояснило, что указанный номер используется не для рекламы, а для информации абонентов и пользователей, в частности, об имеющихся технических возможностях оказания услуг связи. В группе активных продаж Архангельского филиала ПАО «Р» нет сотрудника по имени Данила, поэтому идентифицировать лицо, осуществившее телефонный звонок до настоящего времени не удалось.

Исходя из содержания записанного разговора, по мнению ПАО «Р», следует вывод о том, что целью звонка было получение информации об операторе, оказывающем услуги абоненту, а не рекламных услуг ПАО «Р».

В заседании Комиссии 10.03.2023 представитель ПАО «Р» не согласился с вынесенным определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и поддержал доводы Общества представленные ранее в письменных пояснениях от 09.03.2023.

Общество, пояснило, что телефонный звонок на номер Заявителя был осуществлен ... (далее — ..., Агент) с которым заключен агентский договор № ... от

ПАО «Р» также пояснило, что в информационной базе Общества абонентский номер +7-.... отсутствует и <...> не является абонентом ПАО «Р». Общество никаких заданий, поручений, предполагающих телефонные звонки на абонентский номер Заявителя +7 -... не давало.

В соответствии с п.п. 3.3.1, 10.2 агентского договора агент обязан осуществлять свою деятельность по договору в строгом соответствии с действующим законодательством РФ.

Кроме того, Обществом были представлены письменные пояснения агента ..., в которых сказано, что целью звонка агентом на абонентский номер Заявителя была не реклама, а получение сведений об операторе, оказывающем услуги абоненту. Никакой конкретной информации об услугах ПАО «Р» мной не сообщалось.

Абонентский номер Заявителя не содержится в информационных ресурсах, доступ к которым был предоставлен агенту по договору, и не передавался Обществом иными способами.

В своей деятельности Агент использовал информацию, находящуюся в открытом доступе в сети Интернет. Абонентский номер +7-.... указан в качестве контактного номера ... (<https://....ru>).

Никаких заданий от ПАО «Р», которые предполагали бы телефонные звонки на абонентский номер Заявителя, Агент не получал.

По мнению ..., нарушений законодательства о рекламе в его действиях не содержится.

На определение от 10.03.2023 об отложении рассмотрения дела № 029/05/18-99/2023 Общество, представило дополнительные объяснения агента ..., на которые в заседании 13.04.2023 Комиссии Архангельского УФАС России сослался представитель ПАО «Р».

... сообщает, что отслеживает информацию в сети Интернет о предпринимателях и организациях, осуществляющих свою деятельность в г. Архангельске. Данную деятельность осуществляет по своей инициативе, непосредственной связи с исполнением агентского договора в этом нет. ... никаких специальных параметров при поиске не задает, за исключением слов «Архангельск», «на территории Архангельска». До получения информации об Автошколе «Мастер-У» указанный телефонный номер +7 -... телефонный номер не был известен.

На определение от 13.04.2023 об отложении рассмотрения дела № 029/05/18-99/2023 ПАО «Р» не представило дополнительных письменных доводов.

В заседании Комиссии 12.05.2023 представитель ПАО «Р» поддержал вновь озвученную ранее позицию Общества, а также акцентировал внимание на письменных доводах Общества представленных в ходе рассмотрения рекламного дела.

Учитывая и принимая во внимание изложенное, ПАО «Р» не имеет письменного согласия Заявителя на получение рекламы.

Исследовав собранные по настоящему делу документы и материалы в их совокупности, и при этом не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения настоящего дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

Согласно п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» рекламой является 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 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

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

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер телефонного звонка.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к ФЗ «О рекламе» следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет

говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

При этом в случае направления посредством телефонного звонка информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования

Данная информация направлена на привлечение внимания к услуге домашний интернет ПАО «Р», имеет целью формирование и поддержание интереса к нему и его продвижению на рынке, т.е. отвечает законодательному определению рекламы, приведенному в п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

Согласно ч. 11 ст. 5 ФЗ «О рекламе» при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации, в том числе требования гражданского законодательства, законодательства о государственном языке Российской Федерации.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 ФЗ «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.

Понятие адресата содержится в ст. 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат - это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонент - 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 и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по

передаче информации, они выступают получателями, но не отправителями сообщений.

В п. 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» разъяснено следующее.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако, ФЗ «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать <...>, проживающего в г. Архангельске и сообщившего антимонопольному органу о том, что он не давал согласия на получение вышеприведенного рекламного звонка. Поскольку от рекламодателя — ПАО «Р» в адрес антимонопольного органа не поступало доказательств получения от абонента — Саморукова Е.В. предварительного согласия на распространение рассматриваемой рекламы, следует признать, что в данном случае согласие абонента на получение рекламы отсутствует.

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

При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Абонентский номер +7-... выделен оператору ПАО «Р» ... ПАО «Р» на запрос Архангельского УФАС России от ... № ... сообщило, что телефонный номер +7 -... принадлежит Архангельскому филиалу ПАО «Р». Обществом данный факт не оспаривается, таким образом, рекламодателем рассматриваемой рекламы, в действиях которого установлено нарушение ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», является ПАО «Р».

Исходя из изложенного, указанная реклама нарушает требования ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», поскольку телефонный звонок был совершен без предварительного согласия абонента на его получение.

Согласно п. 4 ст. 3 ФЗ «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям

законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом реклама услуги домашний интернет ПАО «Р» направленная 16.12.2022 в 17:22, путем осуществления телефонного звонка на абонентский номер <...> +7-.... с номера +7-.... с нарушением ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащей.

В силу ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель (лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств —п. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе») несет ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Из письменных пояснений, представленных ПАО «Р» в материалы рекламного дела, и пояснений, данных представителем Общества в ходе рассмотрения дела, следует, что номер телефона, с которого поступил рассматриваемый телефонный звонок, принадлежит ПАО «Р»; рассматриваемая реклама распространена в рамках агентского договора от +7 -... между Скрипковым Д.В. (агент) и ПАО «Р» (оператор) (далее - агентский договор). Абонентский номер заявителя отсутствует в базе Общества, поскольку заявитель <...> не является и никогда не являлся абонентом ПАО «Р», номер был найден агентом в сети «Интернет» самостоятельно. ПАО «Р» полагает, что в рассматриваемом случае Общество не является рекламораспространителем, поскольку разговор с заявителем вела ... при этом поручения осуществить звонок рекламного характера на абонентский номер заявителя <...> ПАО «Р» не давало.

Согласно п. 2.1 агентского договора от ... агент обязуется за вознаграждение совершать от своего имени по поручению и за счет оператора юридические и иные действия.

В п. 3.3.3 агентского договора указано, что агент обязуется осуществлять свои полномочия в соответствии с поручением оператора, в том числе осуществлять поиск потенциальных абонентов оператора, заинтересованных в получении услуг оператора.

Пунктом 3.3.1 агентского договора предусмотрено, что агент обязуется осуществлять свою деятельность по договору в строгом соответствии с поручениями оператора и законодательством Российской Федерации.

Согласно п. 1 агентского договора потенциальный абонент - это физическое лицо, с которым, в результате действий агента, указанных в п. 3.3.3 настоящего договора, может быть заключен договор об оказании услуг связи.

В соответствии с п. 3 агентского договора оператор обязуется оказывать техническую и информационную помощь агенту в целях исполнения последним обязательств по настоящему договору; консультировать агента по вопросам, связанным с оказанием оператором услуг связи.

В силу п. 3.1.5 агентского договора оператор обязуется выдать агенту рекомендации по ведению переговоров с потенциальными абонентами.

Пунктом 3.1.4 агентского договора предусмотрено, что оператор обязуется

обеспечить агента имеющейся у оператора документацией, информационными материалами, необходимыми для исполнения агентом своих обязанностей.

На основании обозначенных пунктов агентского договора и п. 3.2.1, предусматривающего право оператора проверять в любое время ход исполнения агентом обязательств по договору, Архангельское УФАС России отклоняет довод ПАО «Р» о том, что у Общество не является рекламораспространителем.

В соответствии со ст. 1005 ГК РФ по агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала. По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от имени и за счет принципала, права и обязанности возникают непосредственно у принципала. В случаях, когда в агентском договоре, заключенном в письменной форме, предусмотрены общие полномочия агента на совершение сделок от имени принципала, последний в отношениях с третьими лицами не вправе ссылаться на отсутствие у агента надлежащих полномочий, если не докажет, что третье лицо знало или должно было знать об ограничении полномочий агента.

Согласно п. 1 ст. 1068 ГК РФ юридическое лицо либо гражданин возмещает вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей. Применительно к правилам, предусмотренным настоящей главой, работниками признаются граждане, выполняющие работу на основании трудового договора (контракта), а также граждане, выполняющие работу по гражданско-правовому договору, если при этом они действовали или должны были действовать по заданию соответствующего юридического лица или гражданина и под его контролем за безопасным ведением работ.

Комиссией установлено, что агент ..., осуществляя рассматриваемый телефонный звонок, действовала по поручению, от имени и в интересах ПАО «Р», что подтверждается представленной заявителем Саморуковым А.В. аудиозаписью. При этом звонок совершен с абонентского номера, доступ к которому предоставлен агенту +7 -... ПАО «Р».

Таким образом, с учетом всех обстоятельств рекламного дела, Комиссия пришла к выводу, что в данном случае рекламораспространителем является ПАО «Р», поскольку без участия Общества распространение рассматриваемой рекламы не стало бы возможным.

Нарушение требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» произошло по вине рекламораспространителя рассматриваемой рекламы - ПАО «Р».

Обстоятельств, как исключających возможность соблюдения ПАО «Р» требований рекламного законодательства, так и свидетельствующих о принятии Обществом всех зависящих от него мер по соблюдению требований рекламного законодательства, не усматривается.

Таким образом, ПАО «Р» нарушены требования ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации

о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано ст.ст. 1, 33, 36 ФЗ «О рекламе».

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений ФЗ «О рекламе», а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Архангельского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Р» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 43-49 Правил, Комиссия Архангельского УФАС России

РЕШИЛА:

- 1.** Признать ненадлежащей рекламу услуги домашнего интернета ПАО «Р», распространенную по сети подвижной радиотелефонной связи путем осуществления телефонного звонка с номера +7-..., находящегося в пользовании ПАО «Р», на абонентский номер +7-..., находящегося в пользовании <...>, поскольку такая реклама нарушает требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».
- 2.** Признать ПАО «Р» рекламораспространителем, нарушившим требования ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».
- 3.** Выдать ПАО «Р» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Архангельского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в отношении лица, в действиях которого присутствует состав административного правонарушения, предусмотренный ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с ч. 1, ч. 2 ст. 37 ФЗ «О рекламе» решение, предписание антимонопольного органа может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.

Подача заявления о признании недействительным решения антимонопольного органа не приостанавливает исполнение решения, предписания, если судом или арбитражным судом не будет вынесено определение о приостановлении исполнения решения, предписания. Постановление антимонопольного органа о применении мер административной ответственности за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе может быть обжаловано, оспорено в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.