



**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ**

РЕШЕНИЕ

по делу №066/05/18-2818/2022

22.09.2022

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе в составе (Приказ Свердловского УФАС России от 23.08.2017 №283, в ред. Приказа от 24.12.2021 №498):

председатель Комиссии <...> – заместитель руководителя управления,
члены Комиссии <...> – начальник отдела контроля органов власти,
<...> – заместитель начальника отдела контроля органов власти,

при участии:

- заявитель - <...> (<...>), извещен, участие не обеспечено,

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства:

ИП <...> (ОГРНИП: 306463230000092, ИНН: 463226602234, дата присвоения ОГРНИП: 27.10.2006), извещен, участие не обеспечено,

рассмотрев дело №066/05/18-2818/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы «Центра подбора недвижимости» путем звонков на абонентский номер <...> 04.08.2022 в 16:41 с абонентского номера +7-903-154-13-30, 04.08.2022 в 16:48 с абонентского номера +7-968-384-80-22 без согласия абонента на распространение рекламы с признаками нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

Дело №066/05/18-2818/2022 по признакам нарушения рекламного законодательства возбуждено Определением от 25.08.2022 (исх.№ДШ/4805/22 от 26.08.2022) по итогам рассмотрения заявления физического лица, и назначено к рассмотрению на 21.09.2022.

<...> в заявлении (вх.№4480-ИП/22 от 04.08.2022) указал на поступление рекламы «Центра подбора недвижимости» путем звонков на его абонентский номер <...> 04.08.2022 в 16:41 с абонентского номера +7-903-154-13-30 (далее - №1), 04.08.2022 в 16:48 с абонентского номера +7-968-384-80-22 (далее - №2) без согласия на распространение рекламы.

Согласно информации, размещенной на сайте <https://zniis.ru>, номера, с которых поступила нежелательная реклама -+7-903-154-13-30 и +7-968-384-80-22 - принадлежит номерной ёмкости оператора ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» сообщило (вх.№5774-ЭП/22 от 22.08.2022), что абонентом номеров -+7-903-154-13-30 и +7-968-384-80-22 является индивидуальный предприниматель <...> на основании договора об оказании услуг связи № 749272395 от 03.02.2020, а также Приложения к вышеуказанному договору от 07.07.2022 (номер 9031541330 указан в строке 280 приложения) и Приложения к вышеуказанному договору от 28.06.2022 (номер 9683848022 указан в строке 55 приложения).

ИП <...> в письменных объяснениях (вх.№6848-ЭП/22 от 05.09.2022) сообщил, что является в соответствии с п. 14 ст. 3 Закона о рекламе «оператором рекламной системы», т.е. лицом, осуществляющим деятельность по обеспечению функционирования рекламной системы с помощью

сервиса, расположенного на доменном имени: botto.ru.

Согласно Пользовательскому соглашению на использование программного продукта (СЕРВИСА), расположенного на доменном имени: botto.ru и его поддоменах ИП <...> предоставляет пользователям - физическим или юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям доступ к СЕРВИСУ для реализации возможностей, предусмотренных функционалом СЕРВИСА.

СЕРВИС предназначен для самостоятельного формирования Аудиозаписей/Текстов Пользователем и отправки указанных Аудиозаписей/Текстов Получателям (Клиентам Пользователя).

Функционирование СЕРВИСА осуществляется через информационно-телекоммуникационную сеть «Интернет». Пользователь самостоятельно получает и оплачивает право на использование СЕРВИСА на условиях, установленных настоящим Пользовательским соглашением и по Тарифам, размещенным на сайте СЕРВИСА.

Формирование и направление оператору связи в целях последующей отправки голосовых/текстовых сообщений получателям осуществляется посредством использования СЕРВИСА. Непосредственная отправка голосового/текстового сообщения осуществляется соответствующим оператором связи в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации.

При этом СЕРВИС оказывает техническую поддержку, не вмешиваясь и не анализируя содержание сообщений, отправляемых Пользователем, посредством оказания помощи в направлении голосовых/текстовых сообщений соответствующему оператору связи.

Использование СЕРВИСА возможно только в целях, соответствующих законодательству РФ. Соглашаясь с настоящей офертой, Пользователь обязуется не совершать действий, нарушающих законодательство РФ. Любое использование Пользователем СЕРВИСА, с нарушением законодательства РФ, противоречит настоящей Оферте и не соответствует намерениям сторон. В соответствии со статьей 10 ГК РФ, добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются.

Пользователь при работе в СЕРВИСЕ самостоятельно обязан обеспечить получение всех требуемых законодательством РФ согласий и разрешений до совершения действий, для которых наличие соответствующих согласий/разрешений является необходимым.

Пользователь признает и соглашается с тем, что СЕРВИС не прослушивает и не просматривает содержание аудиозаписей/текстовых сообщений, направляемых Пользователем посредством СЕРВИСА. Пользователь осознает и согласен с тем, что он должен самостоятельно оценивать все риски, связанные с направлением сообщений, включая риски нарушения действующего законодательства Российской Федерации и самостоятельного несения неблагоприятных последствий, в результате такого нарушения.

Пользователь самостоятельно несет ответственность перед третьими лицами за свои действия, связанные с использованием СЕРВИСА, в том числе за соответствие содержания направляемых

сообщений требованиям действующего законодательства, если такие действия приведут к нарушению прав и законных интересов третьих лиц, а также за соблюдение законодательства при использовании СЕРВИСА, а также за достоверность сведений и правомерность использования номеров телефона, с которых Пользователь совершает действия - совершение звонков/сообщений получателям.

Пользователь гарантирует Правообладателю наличие согласий Абонентов и адресатов, полученных в соответствии с Законом о рекламе и Законом о связи. При предъявлении претензий органами ФАС и другими контролирующими организациями, связанных с совершением звонков или отправкой сообщений через СЕРВИС, предъявленных в связи с отсутствием согласия Абонентов на получение звонков, сообщений, и иные - Пользователь признается непосредственным распространителем звонков/сообщений и самостоятельно несет ответственность в соответствии с законодательством РФ.

Правообладатель и принадлежащий ему СЕРВИС не распространяют рекламные материалы

и не являются рекламодателями по смыслу Закона о рекламе.

У СЕРВИСА сохраняется вся история звонков/сообщений Пользователя, совершаемых по базе (номер, дата, время, результат звонка), поэтому при возникновении претензий от Клиента Пользователя СЕРВИС всегда может выяснить в соответствии с Законом о рекламе совершался ли автоматический звонок (какой из Пользователей производил автоматический звонок, правильное время суток, и т.д.).

На основании и вышеизложенного и в соответствии с нормами Закона о рекламе рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, рекламодателями в смысле Закона о рекламе являются пользователи СЕРВИСА, а не сам сервис (его правообладатель).

Спорная реклама поступила на номер <...> 04.08.2022 в 16:41 с абонентского номера +7-903-154-13-30, 04.08.2022 в 16:48 с абонентского номера +7-968-384-80-22 без предварительного согласия абонента, указанная информация распространялась пользователем Сервиса <...> (sv-se-ly@yandex.ru) посредством Сервиса.

Нарушения части 1 и 2 статьи 18 Закона о рекламе, ответственность за которые предусмотрена ст. 14.3 КоАП РФ, несет в соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламодатель, а соответственно ИП <...>, являющийся оператором рекламной системы, за данные нарушения не отвечает.

Дополнительно сообщено, что договор в письменном виде между ИП <...> и пользователями Сервиса не заключается, стороны осуществляют свое взаимодействие на основании вышеуказанного пользовательского соглашения, которое является публичной офертой.

Рассмотрев представленные материалы, заслушав доводы и возражения сторон, Комиссия Свердловского УФАС России приходит к следующим выводам.

Материалами дела установлено, что рекламы «Центра подбора недвижимости» путем звонков на его абонентский номер <...> 04.08.2022 в 16:41 с абонентского номера +7-903-154-13-30 (далее - №1), 04.08.2022 в 16:48 с абонентского номера +7-968-384-80-22 (далее - №2) без согласия на распространение рекламы следующего содержания:

№1:

«- Алло.

- Хотим предложить вам квартиры в Санкт-Петербурге по разумным ценам и адекватной процентной ставке по ипотеке. Хотите узнать подробности? Нажмите «1». Вам неудобно сейчас разговаривать - нажмите «2». Покупку не рассматриваете - нажмите «3»».

№2:

«- Здравствуйте. Вас чуть ранее заинтересовало предложение по приобретению квартиры. Все верно? Актуально для вас?

- Это кто застройщик?

- У нас несколько застройщиков по Санкт-Петербургу и Ленобласти. Вы рассматриваете для себя вариант?

- Я понимаю. Я с кем разговариваю? С посредником?

- Нет. Мы «Центр подбора недвижимости», у нас напрямую от застройщиков предложения по новостройкам.

- Это название ваше - «Центр подбора недвижимости»?

- Да. Так и называемся.

- Ясно. А у вас есть мое согласие на осуществление рекламных звонков?»

В Письме ФАС России от 04.06.2013 №АК/21587/13 «О порядке применения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» разъяснено, что в соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе признаки нарушения законодательства о рекламе содержатся в каждом действии по распространению рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента. При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы, в том числе, в случае если реклама имеет идентичное содержание.

Факт поступления звонков на абонентский номер <...> 04.08.2022 в 16:41 с абонентского номера +7-903-154-13-30, 04.08.2022 в 16:48 с абонентского номера +7-968-384-80-22 подтверждается детализацией состоявшихся соединений по абонентскому номеру <...>, представленной заявителем (вх.№4480-ИП/22 от 04.08.2022).

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 (п. 1 ст. 3 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 (п. 2 ст. 3 Закона о рекламе).

Ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В Письме ФАС России от 16.03.2012 №ИА/7867 «О рекламе на дорожных знаках» разъяснено, что к информации, направленной на формирование и поддержание интереса к определенному лицу и его продвижение на рынке, по мнению ФАС России, относится указание следующей информации о лице:

- наименование юридического лица, индивидуального предпринимателя или название торгового предприятия данного лица (независимо от указания вида деятельности), выполненное с использованием товарных знаков, логотипов или иных индивидуализирующих данное лицо обозначений, цветов,
- контактная информация о лице (почтовый адрес, телефон, адрес сайта, электронной почты и т.п.),
- характеристика, описание лица, его деятельности,
- информация о производимых или реализуемых товарах.

В рассматриваемом случае сообщение содержит информацию о хозяйствующем субъекте, осуществляющем деятельность под наименованием – «*Центр подбора недвижимости*», а также об услугах, которые предлагает данное лицо (*предложение квартир в Санкт-Петербурге по разумным ценам и адекватной процентной ставке по ипотеке*), следовательно, данная информация является рекламой, на которую распространяются требования Закона о рекламе.

Кроме того, по своему содержанию информация, доведенная до заявителя посредством звонка, адресована неопределенному кругу лиц. 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 (Письмо ФАС РФ от 05.04.2007 № АЦ/4624).

Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая (п.1 ст.19 ГК РФ). Имя, полученное гражданином при рождении, а также перемена имени подлежат регистрации в порядке, установленном для регистрации актов гражданского состояния (п.3 ст.19 ГК РФ).

В рассматриваемом случае абонент по имени не назван.

В соответствии со [статьей 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 - 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.

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

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.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер телефонного звонка (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 11.05.2021 №09АП-8170/2021 по делу №А40-187154/2020).

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к [Закону](#) 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.

ФАС России в письме от 25.06.2013 №АК/24455/13 разъяснила, что **обобщенная информация не носит персонализированного характера, даже в случае упоминания имени и отчества абонента, представляет интерес для неопределенного круга лиц и является рекламой.**

Спорные сведения о рекламируемых услугах **носят обобщенный характер**, озвученное сообщение не содержит сведений о какой-либо услуге, которой мог бы воспользоваться исключительно заявитель, и которая предназначалась бы только для него, направлено на формирование и поддержание интереса к объекту рекламирования – услугам компании «Центр подбора недвижимости» по подбору квартир в Санкт-Петербурге с адекватной процентной ставкой по ипотеке, **представляют интерес для неопределенного круга лиц**, в связи с чем являются рекламой.

В соответствии с [ч.1 ст.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.

Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в **пункте 15** постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие 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 позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено **на распространение именно рекламы**, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Фразы лица, осуществившего звонок, использованные им в момент звонка: *«Хотите узнать подробности? Актуально для вас?»*, не могут быть признаны отбором согласия на распространение рекламы не только потому, что слово «реклама» при этом не было озвучено, а информация (предложение) может быть любого характера (не обязательно рекламного), но и потому, что согласие на распространение рекламы должно быть получено от абонента не в момент звонка, а еще до самого звонка.

Необходимо отметить, что в контексте именно телефонных звонков **статьей 18** Закона о рекламе очевидно разграничены два способа получения рекламы абонентом по сетям электросвязи.

Первый способ исходит из **частей 1 и 2 статьи 18** Закона о рекламе и предполагает, что **реklamораспространитель** сам **инициирует** взаимодействие с абонентом или адресатом, при этом такая инициация разрешена лишь если потребитель заранее выразил желание получать рекламу от конкретного рекламодателя.

Второй способ регулируется **частями 3 и 4 статьи 18** Закона о рекламе, при которых **абонент сам осуществляет действия**, направленные на взаимодействие с рекламодателем, и в данном случае согласия абонента на получение рекламы не требуется, а необходимо лишь выполнить определенные условия (после сообщения запрашиваемой справки, бесплатно и т.п.).

Такое особое законодательное регулирование распространения рекламы одним из способов связи (телефонное соединение), постановка такого регулирования в прямую зависимость от субъекта, непосредственно иницирующего взаимодействие (реklamораспространитель или абонент), свидетельствует о вышеуказанной цели регулирования **части 1 статьи 18** Закона о рекламе - **недопустимости совершения самого телефонного звонка, призванного привлечь внимание к объекту рекламирования.**

Более того, согласно **пункту 2** Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 №1342, под телефонным соединением понимается установленное в результате вызова взаимодействие между средствами связи, позволяющее абоненту и (или) пользователю услуг телефонной связи передавать и (или) принимать голосовую и (или) не голосовую информацию.

Исходя из вышеизложенного следует, что в случае, **когда взаимодействие инициируется рекламодателем, моментом начала распространения посредством телефонного звонка рекламной информации является момент поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента, а не момент непосредственного оглашения рекламной информации абоненту.** Более того, **реklamораспространитель и не ставит себе иной конечной цели кроме как сформировать интерес к товару (работе, услуге).**

Обязанность рекламодателя предварительно получить согласие абонента на получение рекламы предполагает совершение им действий, направленных на получение **согласия абонента**, до начала распространения рекламы по сетям электросвязи, т.е. **в случае с**

распространением рекламы посредством телефонного звонка до поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента.

Таким образом, в полной мере реализуется цель законодателя оградить абонентов от нежелательных звонков, осуществляемых в рекламных целях, в целом, а не только от дальнейшего прослушивания рекламной информации после выражения отказа.

Согласно ч.1 ст.23 Конституции РФ каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни.

Персональные данные - это любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных) (п. 1 ст. 3 Федерального закона от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных» (далее - Закон №152-ФЗ)).

Как следует из положений ст. 8 Закона №152-ФЗ, к персональным данным можно отнести фамилию, имя, отчество, год и место рождения, адрес, абонентский номер, сведения о профессии и иные персональные данные, то есть ту информацию, которая позволяет идентифицировать конкретного человека. При этом приведенный перечень является открытым.

Принцип идентификации физического лица по фамилии, имени, отчеству из всего массива информации не является единственно возможным критерием отнесения обработанных сведений к персональным данным (Письмо Роскомнадзора от 20.01.2017 №08АП-6054).

Абонентский номер и адрес электронной почты могут быть признаны персональными данными в том случае, когда такая информация относится к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу. Например, абонентский номер, принадлежащий юридическому лицу, не может рассматриваться в качестве персональных данных (Письмо Минкомсвязи России от 07.07.2017 №П11-15054-ОГ).

Таким образом, номер телефона и адрес электронной почты будут являться персональными данными, если они зарегистрированы на определенное физическое лицо, что позволит идентифицировать конкретного человека.

Абонентский номер заявителя относится к его персональным данным, согласие на его использование для распространения рекламы должно быть получено от абонента еще до звонка в рекламных целях. В противном случае нарушается право личности на защиту персональных данных и неприкосновенность частной жизни (многократные звонки от любого лица, желающего прорекламировать свой товар (услугу), в любое время суток на личный мобильный телефон, используемый в личных целях).

Для признания надлежащим факта получения рекламодателем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть явно выраженное желание абонента либо адресата на ее получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта.

В Определении Верховного Суда Российской Федерации от 12.02.2018 № 309-КГ17-22298 по делу № А60-63378/2016, указано, что **согласие абонента на получение рекламы, содержащееся в договоре, заключенном в письменной форме, подписанном абонентом**, в том числе в договоре на оказание услуг связи, позволяет однозначно идентифицировать абонента и может рассматриваться как надлежащее.

Согласно ст. 2 Закона о персональных данных его целью является обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну. Неприкосновенность частной жизни в силу п. 1 ст. 150 ГК РФ является **нематериальным благом**, принадлежащим гражданину от рождения или в силу закона, **неотчуждаемым и непередаваемым** иным способом. При этом положения Закона о связи и Закона о рекламе о необходимости получения предварительного согласия субъекта персональных данных (абонента) также направлены на обеспечение и защиту прав субъектов персональных данных (Определение Конституционного Суда РФ от 23.06.2015 № 1537-О).

Так, в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.12.2020 по делу №А40-70758/2020, а также в Решении Арбитражного суда Свердловской области по делу №А60-

64190/2021 указано, что распространение рекламы **против воли** абонента является **формой его информационного насилия**.

В свою очередь, в ч.1 ст.18 Закона о рекламе презюмируется отсутствие согласия, а не наоборот.

Заявитель – абонент номера <...> - указал, что не давал согласие на получение рекламы с абонентских номеров +7-903-154-13-30 и +7-968-384-80-22.

ИП <...> доказательств обратного не представил, таким образом, спорная реклама была распространена без согласия абонента в нарушение ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

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).

В Письме ФАС России от 26.12.2019 №ДФ/114009/19 указала, что 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 дозвонивание 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 дозвонивание**).

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

Заявитель представил запись разговора в Управление. Анализ представленной записи разговора позволяет сделать вывод о том, что распространение рекламы осуществлялось с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека, поскольку первая часть рекламы озвучивалась **автоинформатором**, «голосовым роботом» (предположительно с помощью специального программного обеспечения), который озвучил лишь заранее записанный аудиофрагмент, предложив нажать цифру «1» для того, чтобы узнать подробности, а не разговаривал с абонентом. В дальнейшем заявителю уже перезвонил оператор - живой человек - с другого номера, но в продолжение озвученной роботом темы, что косвенно подтверждает факт использования в первом звонке именно автоинформатора.

ИП <...> в письменных объяснениях подтвердил, что звонки осуществлялись с использованием автоматического дозвонивания, указав, что **«СЕРВИС всегда может выяснить** в соответствии с Законом о рекламе совершался ли автоматический звонок **(какой из Пользователей производил автоматический звонок, правильное время суток, и т.д.)»**.

Ответственность за нарушение требований, установленных ст.18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе).

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, согласно п. 7 ст. 3 Закона о рекламе.

ИП <...> не считает себя рекламораспространителем, указывая, что является оператором

рекламной системы, предоставил выделенные ему номера пользователю системы.

Комиссия отклоняет указанный довод, исходя из следующего.

Согласно п.14 ст.3 Закона о рекламе **оператор рекламной системы** - лицо, осуществляющее деятельность по обеспечению функционирования рекламной системы.

При этом, согласно п.13 ст.3 Закона о рекламе **рекламная система** - информационная система и (или) программа для электронных вычислительных машин, которые предназначены и используются *для организации распространения в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» рекламы посредством принадлежащих третьим лицам информационных ресурсов* (сайтов в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», страниц сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», информационных систем и (или) программ для электронных вычислительных машин).

Между тем, в настоящем случае рассматривается распространение рекламы путем звонков на абонентский номер посредством использования сетей электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Подвижная радиотелефонная связь - это способ связи, при котором доступ абонента к каналу связи осуществляется без использования кабеля, а связь с абонентским устройством осуществляется **по радиоканалу**.

Согласно коду **61.20.11** ОК 034-2014 (КПЕС 2008) «Общероссийский классификатор продукции по видам экономической деятельности» (утв. **Приказом** Росстандарта от 31.01.2014 №14-ст) в группировку «Услуги подвижной связи общего пользования - обеспечение доступа и поддержка пользователя» включаются:

- услуги доступа к сети радиотелефонной и радиосвязи оператора;
- предоставление телефонных соединений с абонентами (и/или) пользователями сети связи общего пользования;
- предоставление услуг по передаче коротких текстовых сообщений (SMS) и мультимедийных сообщений (ММС).

ИП <...> указал, что **работает с сервисом**, расположенным на доменном имени: botto.ru, а не в сети подвижной радиотелефонной связи, а уже потому **ссылка на наличие у него прав на программный продукт (СЕРВИС), расположенный** на доменном имени: botto.ru и его поддоменах, **не имеет никакого отношения к телефонным соединениям с абонентами, формируемыми в сети подвижной радиотелефонной связи.**

При этом, оператор **подвижной радиотелефонной связи** ПАО «ВымпелКом», в ресурс нумерации которого входят абонентские номера, с которых были осуществлены спорные звонки, сообщил (вх.№5774-ЭП/22 от 22.08.2022), что абонентом номеров +7-903-154-13-30 и +7-968-384-80-22 является ИП <...> на основании **Договора об оказании услуг связи № 749272395 от 03.02.2020**, а также Приложения к вышеуказанному договору от 07.07.2022 (номер 9031541330 указан в строке 280 приложения) и Приложения к вышеуказанному договору от 28.06.2022 (номер 9683848022 указан в строке 55 приложения).

Условия оказания услуг связи «Билайн» размещены на сайте оператора по адресу: https://static.beeline.ru/upload/images/22434_dogovor_ob_okazanii_uslug_beeline.pdf

Согласно п.1.2 Условий оказания услуг связи «Билайн» для целей оказания услуг связи Билайн применяются следующие термины (в остальном Стороны руководствуются терминами, определенными в Правилах оказания услуг телефонной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ № 1342 от 09.12.2014, в Правилах оказания услуг связи по передаче данных, утвержденных Постановлением Правительства № 32 от 23.01.2006, в Правилах оказания телематических услуг связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ № 575 от 10.09.2007 (далее - «Правила»):

Абонент - физическое лицо, юридическое лицо, индивидуальный предприниматель, с которым заключен Договор об оказании услуг связи Билайн с выделением для этих целей абонентского (телефонного) номера и/или уникального кода идентификации, **данные которого указаны на бланке договора.**

Согласно Условиям оказания услуг связи «Билайн» **Абонент обязан:**

1) **не использовать телефонный номер** (в том числе уникальные коды идентификации):

- для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, **рекламы**, опросов, массовых рассылок (под массовой рассылкой понимается рассылка сообщений не менее, чем 100 (ста) получателям), установки шлюзов (или устройств) для доступа в сети подвижной и/или фиксированной связи, интернет-телефонии и других мероприятий, приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи и ущерб Оператора или третьих лиц; **для получения дохода посредством Услуг** с применением несанкционированных Оператором действий, незаконных действий или посредством злоупотребления предоставленным правом получения Услуг (пп.4 п.4.1.);

2) **предоставить (для Абонентов - юридических лиц) в сроки и в порядке, определенном Правилами, список лиц, использующих абонентское оборудование с указанием их данных** (Ф. И. О., реквизитов основного документа, удостоверяющего личность, места регистрации). Информация предоставляется в виде заверенного уполномоченным представителем Абонента документа (пп.9 п.4.1.).

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.

Согласно ст.210 Гражданского кодекса РФ собственник несет бремя содержания принадлежащего ему имущества, если иное не предусмотрено законом или договором.

В связи с чем, ответственность за доступ к абонентским номерам +7-903-154-13-30 и +7-968-384-80-22, предоставленным оператором связи ПАО «Вымпелком» ИП <...> на основании Договора об оказании услуг связи № 749272395 от 03.02.2020, а также Приложения к вышеуказанному договору от 07.07.2022 и его использование в целях распространения рекламы как сотрудниками ИП <...>, так и иными лицами, несет владелец соответствующих абонентских номеров - ИП <...>.

На основании вышеизложенного, рекламодателем спорной рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение с использованием автодозвона является ИП <...>, который несет ответственность за доступ к принадлежащим ему абонентским номерам +7-903-154-13-30 и +7-968-384-80-22 и их использование в целях распространения рекламы.

Резолютивная часть решения по делу согласно пп. «г» п.47 Правил №1922 должна содержать сведения о выдаче предписания (предписаний) с указанием лица (лиц), которому оно выдается.

Согласно п. 49 Правил №1922 при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Спорные звонки были совершены 04.08.2022, в материалах дела отсутствуют сведения о том, что реклама продолжает распространяться на абонентский номер <...>, доказательства обратного заявителем не представлены, в связи с чем, отсутствует необходимость в выдаче предписания.

В соответствии с п.7 ч.2 ст.33 Закона о рекламе Антимонопольный орган вправе применять меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

За нарушение рекламного законодательства ст.14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность.

В соответствии с ч.1 ст.14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных **частями 2 - 6** настоящей статьи, **частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31** настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от

двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В соответствии со ст. 2.4 КоАП РФ лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, подлежат административной ответственности как **должностные лица**.

Согласно п.48 Правил №1922 дата изготовления решения по делу в полном объеме считается датой принятия решения по делу.

В резолютивной части решения комиссия указывает на необходимость передачи дела должностному лицу Управления для рассмотрения дела об административном правонарушении по ст.14.3 КоАП РФ.

В соответствии с п.4 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» дело об административном правонарушении может быть возбуждено должностным лицом, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, только при наличии хотя бы одного из поводов, предусмотренных частями 1, 1.1 и 1.2 статьи 28.1 КоАП РФ, и достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения. Вступление в силу решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей не является таким поводом, как это предусмотрено частью 1.2 статьи 28.1 КоАП РФ в отношении вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым устанавливается факт нарушения антимонопольного законодательства.

Учитывая установленные п. 1.2, п.п. 3.40 - 3.45 Административного регламента № 711/12, ч.1 ст.37 Закона о рекламе особенности порядков принятия (только коллегиально) решения, являющегося результатом проведенной в ходе осуществления государственного контроля (надзора) проверки (примечание к ст. 28.1 КоАП РФ), и его обжалования (только судебный), у должностных лиц того же самого органа, единолично осуществляющих производство по делу об административном правонарушении, заведомо отсутствуют законные основания как переоценивать изложенные в не оспоренном в установленном порядке решении достаточные данные, указывающие на наличие события административного правонарушения, так и отражать результаты такой переоценки как в протоколе об административном правонарушении, так и в соответствующем постановлении.

Согласно ч.1 ст.2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Согласно п.1 ч.1 ст.28.1 КоАП РФ поводом к возбуждению дела об административном правонарушении является, в том числе, непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения.

Согласно ст.26.3 КоАП РФ объяснения лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, **показания потерпевшего** и свидетелей представляют собой сведения, имеющие отношение к делу и сообщенные указанными лицами в устной или письменной форме. Объяснения лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показания потерпевшего и свидетелей отражаются в протоколе об административном правонарушении, протоколе о применении меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении, протоколе рассмотрения дела об административном правонарушении, а в случае необходимости записываются и приобщаются к делу.

В соответствии со ст. 25.2 КоАП РФ Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области привлекает <...> к участию в составлении протокола об административном правонарушении в качестве потерпевшего.

Для оказания юридической помощи лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, в производстве по делу об административном

правонарушении может участвовать защитник, а для оказания юридической помощи потерпевшему - представитель. В качестве защитника или представителя к участию в производстве по делу об административном правонарушении допускается адвокат или иное лицо (ч.ч.1, 2 ст.25.5 КоАП РФ).

Согласно ч.1 ст.25.15 КоАП РФ лица, участвующие в производстве по делу об административном правонарушении, а также свидетели, эксперты, специалисты и переводчики извещаются или вызываются в суд, орган или к должностному лицу, в производстве которых находится дело, заказным письмом с уведомлением о вручении, повесткой с уведомлением о вручении, телефонограммой или телеграммой, по факсимильной связи либо с использованием иных средств связи и доставки, обеспечивающих фиксирование извещения или вызова и его вручение адресату.

В соответствии с ч. 1 ст. 25.1, ч. 4 ст. ст. 25.5 и п. 3 ч. 4 ст. 28.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого возбуждено производство по делу об административных правонарушениях, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства, отводы, пользоваться юридической помощью защитника. Защитник допускается к участию в производстве по делу об административном правонарушении с момента возбуждения дела об административном правонарушении, которое считается возбужденным с момента составления протокола об административном правонарушении.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст.33 - 36 Закона о рекламе, в соответствии с п. 42 – 48 Правил №1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу «Центра подбора недвижимости», распространенную путем звонков на абонентский номер <...> 04.08.2022 в 16:41 с абонентского номера +7-903-154-13-30, 04.08.2022 в 16:48 с абонентского номера +7-968-384-80-22 ненадлежащей, нарушающей требования ч.1 и ч.2 ст.18 Закона о рекламе, поскольку реклама распространена путем автоматического дозвонивания без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства не выдавать.

3. **ИП <...>** (ОГРНИП: 306463230000092, ИНН: 463226602234, дата присвоения ОГРНИП: 27.10.2006, паспорт: <...>) (защитнику), а также потерпевшему <...> надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **25 октября 2022 г. в 14 час. 00 мин.** для составления протокола об административном правонарушении по ч.1 ст.14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность, а также в срок **до 18.10.2022** представить в Управление:

1) копию паспорта (разворот страниц с фотографией и пропиской);

2) письменные объяснения по факту правонарушения (ст. 26.3 КоАП РФ), в том числе, указать (при наличии) обстоятельства, смягчающие (ст.4.2 КоАП РФ) и отягчающие (ст. 4.3 КоАП РФ) административную ответственность, исключающие производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ).

Для приобщения к протоколу письменных объяснений (ст. 26.3 КоАП РФ) их надлежит представить в письменной форме и раскрыть в них свою позицию относительно каждого из указанных в решении обстоятельств, подкрепив ее соответствующими доказательствами.

В случае явки защитника (ст. 25.5 КоАП РФ), обязательно наличие доверенности (от имени лица, в отношении которого составляется протокол).

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения (ч. 1 ст. 37 Закона о рекламе).

Для оперативности информацию следует предварительно направить по факсу либо на электронную почту Управления (to66@fas.gov.ru). В ответе необходимо ссылаться на исходящий номер документа Свердловского УФАС России.

Протокол об административном правонарушении подписывается должностным лицом, его составившим, физическим лицом или законным представителем юридического лица, в

отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении (ч. 5 ст. 28.2 КоАП РФ).

Согласно ч. 1 ст. 51 Конституции Российской Федерации никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом.

В соответствии с ч. 1 ст. 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с настоящим Кодексом.

В соответствии с ч. 5 ст. 25.5 КоАП РФ защитник, допущенный к участию в производстве по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, участвовать в рассмотрении дела, обжаловать применение мер обеспечения производства по делу, постановление по делу, пользоваться иными процессуальными правами в соответствии с настоящим Кодексом.

В случае явки защитника (ст. 25.5 КоАП РФ), обязательно наличие доверенности (от имени юридического и должностного лица, в отношении которого составляется протокол).

Неявка лица до истечения указанного срока не препятствует дальнейшему движению дела об административном правонарушении, протокол об административном правонарушении может быть составлен в отсутствие указанного лица (ч. 4.1. ст. 28.2 КоАП РФ).

В связи с неблагоприятной эпидемиологической обстановкой в РФ Управление рекомендует воздержаться от личной явки лиц, участвующих в составлении протокола (в том числе, защитников), направив ходатайство (to66@fas.gov.ru) о составлении протокола в их отсутствие с учетом представленных письменных пояснений.

Независимо от формы участия в составлении протокола все письменные пояснения и документы будут всесторонне изучены и учтены при его составлении.

Кроме того, Управление информирует о возможности представить расписку о выборе формы получения процессуальных документов (указать реквизиты сопроводительного письма к данному документу) путем их направления по адресу электронной почты, указанной в расписке, с подтверждением того, что такой способ получения процессуальных документов будет являться надлежащим уведомлением (расписка должна быть заполнена физическим лицом, должностным лицом лично либо законным представителем юридического лица с приложением надлежащим образом заверенной копии документа, подтверждающего полномочия).

Председатель комиссии <...>

Члены комиссии <...>

<...>