



**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ**

РЕШЕНИЕ

по делу №066/05/18-566/2023

10.05.2023

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: **физическое лицо**, извещено, участие не обеспечено,

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

1) **ООО «Виджет»** (121205, г. Москва, Сколково инновационного центра территория, д.7, пом.48 рабочее место 3, ОГРН: 1155958055065, дата присвоения ОГРН: 22.06.2015, ИНН: 5902016512, КПП: 773101001), извещено, участие не обеспечено,

2) **ПАО «Мегафон»** (127006, г. Москва, Оружейный переулок, д. 41, ОГРН: 1027809169585, дата присвоения ОГРН: 15.07.2002, ИНН: 7812014560, КПП: 770701001), извещено, участие не обеспечено,

рассмотрев дело №066/05/18-566/2023 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 05.12.2022 в 17:45 на абонентский номер <...> с абонентского номера +7-937-290-68-03 рекламы интенсива компании «Учи.ру» без согласия абонента на распространение рекламы с применением автодозвона с признаками нарушения ч.1 и ч.2 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

Дело №066/05/18-566/2023 по признакам нарушения рекламного законодательства возбуждено Определением от 27.02.2023 (исх.№ДШ/3618/23 от 28.02.2023) по итогам рассмотрения заявления физического лица (вх.№15704-ЭП/22 от 28.12.2022) и назначено к рассмотрению на 24.03.2023. Рассмотрение дела отложено Определением от 24.03.2023 (исх.№ДШ/5854/23 от 29.03.2023) на 14.04.2023, Определением от 14.04.2023 (исх.№ДШ/7424/23 от 19.04.2023) на 10.05.2023 в 16-00 путем проведения видеоконференцсвязи через систему TrueConf, для участия в которой в указанное время необходимо было перейти по ссылке <https://fas2.tconf.rt.ru/c/3215614961>

Заявитель сообщил (вх.№15704-ЭП/22 от 28.12.2022) о поступлении 05.12.2022 в 17:45 на её абонентский номер <...> с абонентского номера +7-937-290-68-03 рекламы «Учи.ру» без согласия абонента на распространение рекламы. Также заявитель приложила скан электронного письма от 26.12.2022, в котором «команда поддержки Учи.ру» приносит извинения и обещает отписать ее от всех звонков.

Также заявитель представила в материалы дела (вх.№2975-ЭП/23 от 14.02.2023) копию заявления от 28.07.2021, направленного в адрес ПАО «Мегафон» с отказом от рекламы на абонентский номер <...> (по договору №GF0179027780 от 01.04.2021).

ПАО «Мегафон» сообщило (вх.№2041-ЭП/23 от 01.02.2023), что абонентский номер 7-937-290-68-03 на дату распространения рекламы был **выделен ООО «Виджет»** (ИНН 5902016512) на основании договора на оказание услуг связи № 100282141 от 10.08.2020.

ООО «Виджет» каких-либо пояснений в материалы дела не представило.

Между тем, в исковом заявлении по делу №А60-9205/2023 ООО «Виджет» заняло позицию, согласно которой рекламодателем в аналогичной рассматриваемой в настоящем деле ситуации является не ООО «Виджет», а оператор заявителя ПАО «Мегафон», которое при заключении с абонентом договора на оказание услуг связи отбирает согласие на получение рекламы не только услуг оператора, но и третьих лиц (п.14.14.2 Условий оказания услуг связи «МегаФон»), к которым относит себя ООО «Виджет», определяя себя как рекламодателя, а оператора связи как рекламодателя.

При этом, какой-либо договор между ПАО «Мегафон» и ООО «Виджет» в материалах дела отсутствует.

Также ООО «Виджет» сомневается в наличии отказа абонента <...> от получения рекламы.

ПАО «Мегафон» в письменных объяснениях (вх.№9853-ЭП/23 от 04.05.2023) сообщило следующее.

Сертифицированной информационно-биллинговой системой ПАО «МегаФон» зафиксировано телефонное соединение 05.12.2022 в 17:45 с абонентского номера +79372906803 на абонентский номер <...>.

По вопросу получения ПАО «МегаФон» согласия абонента на совершение рекламных звонков на абонентский номер <...>, сообщено следующее.

Деятельность ПАО «МегаФон» (далее - «Оператор») и его взаимоотношения с абонентами регулируются нормами ГК РФ, Федеральным законом от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи», Правилами оказания услуг телефонной связи, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342 (далее - «Правила») и договором, заключенным с абонентом (далее - «Договор»).

Неотъемлемыми частями Договора являются инфокарта, Условия оказания услуг связи МегаФон (далее - «Условия») и тарифный план, выбранный Абонентом.

Указанный в запросе УФАС звонок был совершен одним абонентом другому без согласования с оператором.

При заключении Договора абонент, которому выделен абонентский номер +79372906803, также подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг связи ПАО «МегаФон». Согласно п.14.10 и п.14.11 Условий абонент **обязуется не использовать услуги связи в противоправных целях, а также не использовать услуги связи в целях проведения рекламных кампаний без соответствующего согласования Оператора.**

Таким образом, со стороны ПАО «МегаФон» были предприняты меры по недопущению нарушения законодательства о рекламе путем включения указанного условия в договор с абонентом. При оказании услуг Оператор исходит из установленной ст.1 ГК РФ презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений.

Необходимо отметить, что, оказывая услугу по предоставлению услуг связи, ПАО «МегаФон» в силу исполнения установленной ст.63 ФЗ «О связи» обязанности соблюдения тайны связи не располагает сведениями о том, какая именно информация (рекламного или личного характера) будет передана получателю, с какими намерениями абонент использует услуги связи. Однако, в силу закона и договора на оказание услуг связи, абонент обязан использовать услуги связи в соответствии с нормами действующего законодательства, в том числе в сфере рекламы.

Более того, согласно п.6 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342, ПАО «МегаФон» обеспечивает абоненту возможность пользования услугами телефонной связи круглосуточно, если иное не установлено законодательством Российской Федерации. Обеспечение предоставления абоненту возможности совершения телефонных соединений является лицензионным условием осуществления

деятельности в области оказания услуг связи.

В соответствии со ст.3 Закона о рекламе рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. Соответственно, **рекламодателем является пользователь абонентского номера, с которого совершен звонок.**

На основании изложенного наличие/отсутствие согласия абонента с номером <...> на получение звонков рекламного характера необходимо запрашивать у абонента, который совершает соответствующие звонки, а именно у ООО «Виджет».

ПАО «МегаФон» не заключались какие-либо договоры с третьими лицами на совершение указанных в запросе рекламных звонков. Данные абонентов третьим лицам оператором не передаются, кроме случаев, прямо предусмотренных договором с абонентом и действующим законодательством.

Обращаем внимание, что в случае, если вызовы с какого-либо абонентского номера являются нежелательными для заявителя, то он имеет возможность исключить их поступление путем внесения такого номера в так называемый «черный список». Воспользоваться «черным списком» абонент может посредством настроек своего телефона либо услуги, предоставляемой Оператором.

Дополнительно сообщаем, что **28.07.2021** абонент, с которым заключен договор **GF 0179027780**, направил в адрес ПАО «МегаФон» заявление об отказе от получения рекламы. При этом, в рассматриваемой ситуации ПАО «МегаФон» не распространяло рекламу.

На основании изложенного, действия ПАО «МегаФон» полностью соответствуют действующему законодательству РФ и направлены на исполнение заключенных договоров на оказание услуг связи.

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

Материалами дела установлено, что 05.12.2022 в 17:45 на абонентский номер <...> с абонентского номера +7-937-290-68-03 путем звонка поступила информация следующего содержания:

*«Получить грант в размере 450 тыс. руб. на открытие своего детского центра. Приглашаем вас на бесплатный двухдневный **интенсив Учи.ру**, который начнется уже завтра в 18:00 по московскому времени. Чтобы принять участие, нажмите 1. За два дня мы с экспертами и топ-менеджментом Учи.ру вы погрузитесь в бизнес и поймете, подходит ли вам это направление. Сколько вы сможете зарабатывать в этом бизнесе и что нужно сделать, чтоб открыться максимально успешно. Вас ждут 4 часа живого общения с разбором кейсов, интерактивами, домашними заданиями и ответами на все ваши вопросы. Забронируйте место на бизнес-интенсиве совершенно бесплатно, количество участников ограничено. **Чтобы принять участие - нажмите один, мы пришлем вам ссылку на регистрацию.** Прослушать еще раз - нажмите 2, если вы не хотите более получать эти сообщения - нажмите 5».*

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.

Абонентский номер <...> выделен заявителю на основании договора №GF0179027780 от 01.04.2021, заключенного с ПАО «Мегафон».

Факт поступления звонка 05.12.2022 в 17:45 на абонентский номер <...> с абонентского номера +7-937-290-68-03 подтверждается детализацией состоявшихся соединений по абонентскому номеру <...>, представленной заявителем (вх.№15704-ЭП/22 от 28.12.2022).

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.

По мнению ФАС России 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 рекламное сообщение содержит информацию о мероприятии - *«интенсив Учи.ру»*, а также о времени его проведения - *«завтра в 18:00 по московскому времени»*, 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.

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 спорном звонке абонент по имени не назван, в рекламе отсутствует указание о лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых она направлена.

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 [Законо](#) 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.

По мнению ФАС России 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 рекламируемом мероприятии не адресованы исключительно заявителю (имя, отчество, фамилия адресата не озвучены), носят обобщенный характер, поскольку сообщение не содержит сведений о каком-либо мероприятии, на которое приглашается исключительно заявитель, и которое предназначалось бы только для неё, направлено на формирование и поддержание интереса у неопределенного круга лиц к объекту рекламирования – *интенсиву Учи.ру*, 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя.

Фразы лица, осуществившего звонок, использованные им в момент звонка: *«Чтобы принять участие - нажмите один, мы пришлем вам ссылку на регистрацию», «Прослушать еще раз - нажмите 2, если вы не хотите более получать эти сообщения - нажмите 5»* не могут быть признаны отбором согласия на распространение рекламы не только потому, что вопрос даже не прозвучал, 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.

Более того, распространение рекламной информации посредством сетей электросвязи (телефонного звонка) предполагает со стороны рекламораспространителя определение абонентов, которым должен быть совершен телефонный звонок.

При этом, исходя из [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе согласие на получение рекламы должно быть получено именно от абонента телефонного номера.

Таким образом, не имея данных об абоненте, которому выделен телефонный номер, лицо, осуществляющее распространение рекламы, не имеет возможности удостовериться в том, что собеседником в телефонном разговоре является именно владелец телефонного номера, а не какое-либо иное лицо, а равно, что абонент желал поступление такого телефонного звонка.

Умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

В судебных актах, вступивших с силу, по делам [№А40-254352/21](#), [№А40-1609/22](#), [№А40-15963/22](#) отражен и закреплен следующий подход.

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 **рекламораспространитель** сам **инициирует** взаимодействие с абонентом или адресатом, при этом такая инициация разрешена лишь если потребитель заранее выразил желание получать рекламу от конкретного рекламораспространителя.

Второй способ регулируется [частями 3 и 4 статьи 18](#) Закона о рекламе, при которых **абонент сам осуществляет действия**, направленные на взаимодействие с рекламораспространителем, 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 (рекламораспространитель 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 рекламораспространителем, 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, **рекламораспространитель 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 ее 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 прорекламирровать 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 N 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 <...> - указала, что **не давала согласие** на получение рекламы с абонентского номера +7-937-290-68-03, доказательства обратного в материалах дела отсутствуют.

При этом, Комиссия отклоняет как необоснованный довод, которого придерживается ООО «Виджет» о том, что рекламодателем является не ООО «Виджет», а оператор заявителя ПАО «Мегафон», которое при заключении с абонентом договора на оказание услуг связи отбирает согласие на получение рекламы не только услуг оператора, но и третьих лиц (п.14.14.2 Условий оказания услуг связи «МегаФон»), к которым относит себя ООО «Виджет», определяя себя как рекламодателя, а оператора связи как рекламодателя.

Во-первых, заявитель - абонент номера <...> выразила 28.07.2021 письменный отказ в адрес ПАО «Мегафон» от получения рекламы на указанный номер, что подтверждено оператором связи.

Во-вторых, как указало ПАО «Мегафон», какой-либо договор на распространение рекламы с использованием абонентского номера +7-937-290-68-03 между ПАО «Мегафон» и ООО «Виджет» не заключался, отсутствует. ООО «Виджет» в нарушение Условий оказания услуг связи Мегафон самостоятельно и без согласования с оператором использовало выделенный ему абонентский номер в целях распространения рекламы.

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 рекламодателем требований **ч.2 ст.18** Закона о рекламе.

Заявитель представила 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 **автоинформатором**, «голосовым роботом» (предположительно с помощью специального

программного обеспечения) озвучивался заранее записанный аудиофрагмент с предложением в итоге нажать определенные кнопки на телефоне для получения одного из трех определенных заранее результатов: «Чтобы принять участие - нажмите один, мы пришлем вам ссылку на регистрацию. Прослушать еще раз - нажмите 2, если вы не хотите более получать эти сообщения - нажмите 5».

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

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

Согласно информации, размещенной на сайте <https://www.kody.su>, номер, с которого поступила нежелательная реклама - +7-937-290-68-03 - принадлежит номерной ёмкости оператора ПАО «Мегафон».

ПАО «Мегафон» сообщило (вх.№2041-ЭП/23 от 01.02.2023), что абонентский номер 7-937-290-68-03 на дату распространения рекламы был **выделен ООО «Виджет»** (ИНН 5902016512) на основании договора на оказание услуг связи № 100282141 от 10.08.2020.

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 абонентскому номеру 7-937-290-68-03, предоставленному оператором связи ПАО «Мегафон» ООО «Виджет» на основании договора на оказание услуг связи № 100282141 от 10.08.2020 и его использование в целях распространения рекламы как сотрудниками ООО «Виджет», так и иными лицами, несет владелец соответствующего абонентского номера - ООО «Виджет».

На основании вышеизложенного, рекламодателем спорной рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение с использованием автодозвона является ООО «Виджет».

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.

Спорный звонок был совершен 05.12.2022, 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.

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.

Достаточность данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, была установлена антимонопольным органом по итогам рассмотрения дела, рассмотрение которого не относится к государственному контролю (надзору), порядок организации и осуществления которого не регулируется Федеральным законом от 31 июля 2020 года №248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации». Достаточность данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, была установлена антимонопольным органом по итогам рассмотрения дела, порядок возбуждения и рассмотрения которого регулируется Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (утв. Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922). В связи с чем в силу примечания к ст.28.1 КоАП РФ положения ч.3.1 ст.28.1 КоАП РФ не распространяются на данный случай возбуждения дела об административном правонарушении.

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.

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. 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 интенсива компании «Учи.ру», распространенную 05.12.2022 в 17:45 на абонентский номер <...> с абонентского номера +7-937-290-68-03, ненадлежащей, нарушающей требования ч.1 и ч.2 ст.18 Закона о рекламе, поскольку реклама распространена путем автоматического дозванивания без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Свердловского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч.1 ст.14.3 КоАП РФ.

4. **Законному представителю ООО «Виджет»** (121205, г. Москва, Сколково инновационного центра территория, д.7, пом.48 рабочее место 3, ОГРН: 1155958055065, дата присвоения ОГРН: 22.06.2015, ИНН: 5902016512, КПП: 773101001) (защитнику) надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **31 мая 2023 2022 г. в 10 час. 00 мин.** для составления *в отношении юридического лица* протокола об административном правонарушении по ч.1 ст.14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность и служебное положение.

ООО «Виджет» вправе представить 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 (tob6@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 случае невозможности личной явки лиц, участвующих в составлении протокола (в том числе, защитников), необходимо направить 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 <...>

<...>