

РЕШЕНИЕ

по делу № 012/05/18-839/2020

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«14» января 2021 года
Ола

г. Йошкар-

Резолютивная часть решения объявлена: «12» января 2021 года

Полный текст решения изготовлен: «14» января 2021 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя – начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...>.

член Комиссии – ведущий специалист-эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...>.

член Комиссии – специалист – эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...>.

рассмотрев дело № 012/05/18-839/2020 по факту распространения ООО «Строй-Инвест» и <...> смс-сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <...> (вх. № 163-Б от 26.08.2020) о нежелательном смс-сообщении, распространенном с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: **«Профнастил, рабица, утеплитель и др. Скидка 10% 89951041663».**

Определением от 21.10.2020 Марийским УФАС России возбуждено дело №

012/05/18-839/2020.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена (письмо ФАС России от 05 апреля 2007 года исх. № АЦ/4624).

Объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания, к которым направлена реклама. В рассматриваемой рекламе, поступившей посредством смс-сообщения, объектом рекламирования являются строительные материалы и услуги по предоставлению скидки.

Информация, направленная <...> в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, из сообщения не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является персонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация, поступившая <...>, содержит следующие признаки рекламы: смс-сообщение отправлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим товарам и услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение, что указывает на признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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, в случае, если будет доказана его вина.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения указанного смс-сообщения.

В письменных пояснениях ПАО «Ростелеком» сообщило, что абонентский номер <...> выделен ПАО «Ростелеком» по договору об оказании услуг связи № 100268401 от 30.06.2020 ООО «Строй-Инвест» (<...>).

Согласно пункту 1.1. и 1.2. вышеуказанного договора договор регулирует отношения между Оператором и Абонентом при оказании Оператором услуг связи. В соответствии с условиями настоящего договора оператор оказывает услуги, а абонент оплачивает. Права и обязанности сторон не могут передаваться другим лицам иначе как в порядке установленным законом или договором. В случае передачи абонентского устройства с подключенной SIM-картой третьим лицам, абонент несет ответственность за все действия, совершенные третьим лицом с использованием телефонного номера.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

Следовательно, ПАО «Ростелеком» не является рекламораспространителем, а только обеспечивает подключение к сети оператора.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламораспространитель.

Марийским УФАС России установлено, что смс-сообщение поступило с номера телефона +79918130712, принадлежащего ООО «Строй-Инвест».

Кроме того, ООО «Строй-Инвест» в письменных пояснениях от 26.10.2020 указало, что между Обществом (исполнитель) и ИП А. (заказчик) заключен договор № 0058/2018 от 17.01.2018. Согласно данному договору ИП А. самостоятельно без участия общества формирует базу телефонных номеров абонентов для рассылки,

определяет содержание сообщений, производит набор текстов и самостоятельно осуществляет рассылку. ООО «Строй-Инвест» предоставляет только услуги доступа к Системе программного обеспечения и не формирует, и не рассылает сообщения.

В соответствии с договором, Исполнитель оказывает за плату Заказчику услуги доступа к системе для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, обеспечивающему формирование, отправку и подтверждение об отправке SMS/Viber/Whatsapp сообщений в течение определенного периода. При пользовании услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров абонентов для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора.

В соответствии с п. 3.1 договора обязанностями Исполнителя является оказание Заказчику услуги в соответствии с действующими тарифами, предоставление Заказчику доступ к системе в соответствии с условиями настоящего договора, обеспечение Заказчику возможность контроля за информацией о зачислении платежей, состоянии своего электронного виртуального счета и состоянии каждого переданного для отправки SMS/Viber/Whatsapp сообщения через сайт Исполнителя посредством предоставления логина и пароля доступа к электронному виртуальному счету Заказчика.

Согласно пункту 3.2 договора, в обязанности Заказчика входит соблюдение требований законодательства Российской Федерации при исполнении договора в отношении использования услуг, требования законодательства других стран, в которые выполняется рассылка сообщений, а также норм международного права. В обязательном порядке получать от абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженного посредством совершения или действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщений, в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

Таким образом, договорные отношения между ООО «Строй-Инвест» и А. подтверждают совершение последовательности действий сторонами по распространению рассматриваемой рекламы, а, следовательно, являются рекламораспространителями.

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

В ходе рассмотрения дела Комиссией установлено, что в материалах дела отсутствуют документальные доказательства, подтверждающие прекращение распространения рекламы ООО «Строй-Инвест» и Аристовым Д.М. с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании изложенного, Комиссия Марийского УФАС России считает, что в данном случае имеются основания для выдачи предписания о прекращении

нарушения законодательства о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37- 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу ООО «Строй-Инвест» и А., распространенную в виде смс-сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Профнастил, рабица, утеплитель и др. Скидка 10% 89951041663», поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Строй-Инвест» (<...>) и А. обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в соответствии со статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

Члены Комиссии