

**ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ
СЛУЖБА**

**УПРАВЛЕНИЕ
Федеральной
антимонopolьной**

**службы
по Псковской области**

ул. Кузнецкая, 13, г. Псков, 180017

тел./факс (8112) 66-55-53

e-mail: to60@fas.gov.ru

Лицо, в действиях которого содержатся
признаки нарушения законодательства о
рекламе:

ООО «Бригада Экспресс»

ул. Арбат, д.20, пом. VII, комн. 1, г. Москва,
119002

Заявитель:

<...>

<...>

№ _____

на № _____ от _____

ПО ДЕЛУ № 060/05/18-279/2021

Резолютивная часть решения оглашена 18 августа 2021 года

Комиссия Псковского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Заместитель председателя Комиссии:

<...>. – заместитель руководителя - начальник отдела товарных рынков и естественных монополий Псковского УФАС России;

Члены Комиссии:

<...>– главный государственного инспектора отдела товарных рынков и естественных монополий Псковского УФАС России;

<...> – ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок, антимонопольного контроля органов власти и рекламы Псковского УФАС России,

рассмотрев материалы дела № 060/05/18-279/2021, возбужденного по факту распространения 02.03.2021 в 17 часов 31 минуту, на мобильный телефон (номер +7 9852689575) нежелательных смс-сообщений с предложением фитнес-рациона, отправленное под псевдонимом BrEX,

УСТАНОВИЛА:

В Псковское УФАС России поступило заявление <...> (Вх. № 310-з от 08.04.2021) о признаках нарушения Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по факту распространения на мобильный телефон (абонентский номер +<...>) нежелательного смс-сообщения 2 марта 2021 года в 17 часов 31 минуту, отправитель BrEX: «Второй фитнес-рацион в подарок! Промокод SUPERFIT. Fit.gorod-sad.com». К заявлению приложена фотография данного сообщения.

В целях осуществления государственного надзора за соблюдением законодательства о рекламе, установления лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона о рекламе, Псковским УФАС России был направлен запрос в адрес ПАО «МТС», в соответствии с ответом на который (вх. № 846-р от 13.05.2021), рассылка была осуществлена по инициативе заказчика рассылки ООО «Бригада Экспресс» (ИНН 7704387050, адрес 119002, г. Москва, ул. Арбат, д.20, пом. VII, комн. 1), а ПАО «МТС» осуществило технологические действия, предоставляя технологическую возможность совершить рассылку смс-сообщений, не определяет возможность начала и прекращения распространения рекламы, не

определяет содержание сообщения, не формирует его текст, не отправляет сообщение, не определяет адресатов рекламной рассылки.

Указанное смс-сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «Бригада Экспресс» на основании договора № 1515 от 15.01.2018 (далее – Договор), заключенного между обществом с ПАО «МТС». Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи. Согласно пп. 1.2 и 2.1 Договора оператор связи ПАО МТС оказывает заказчику рассылки ООО «Бригада Экспресс» услугу по передаче коротких текстовых сообщений от заказчиков рассылки пользователям. Согласно п. 3.3.2 Договора заказчик рассылки ООО «Бригада Экспресс» обязуется отправлять сообщения только абонентам МТС, являющимися пользователями заказчика рассылки. Согласно п. 3.3.3. Договора ООО «Бригада Экспресс» обязано получить от пользователей предварительное согласие на получение смс-сообщений.

Абонентский номер +<...> выделен <...> ПАО «МТС» на основании договора о предоставлении услуг подвижной радиотелефонной связи МТС №R MTE 665665 от 02.09.2009.

Факт поступления спорного смс-сообщения на номер Заявителя +<...> подтверждается предоставленной ПАО «МТС» детализацией услуг связи.

Согласно данным почтового отправления Определение о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «Бригада экспресс» не получено. Согласно п. 3 ст. 25.15 КоАП Российской Федерации место нахождения юридического лица, его филиала или представительства определяется на основании выписки из единого государственного реестра юридических лиц. Если юридическое лицо, участвующее в производстве по делу об административном правонарушении, ведет дело через представителя, извещение также направляется по месту нахождения (месту жительства) представителя.

Общество на 18.08.21 не предоставило в Псковское УФАС России документов, на основании которых осуществлялась рассылка вышеуказанной рекламы, согласия абонента на получение рассылки, а также не обосновало невозможность их предоставления на стадии рассмотрения дела в антимонопольном органе по причинам, не зависящим от него.

В соответствии с частью 1 статьи 3 Закона о рекламе, реклама – это информация, распространяемая 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 продвижению на рынке.

Вышеуказанное смс-сообщение, направленное на мобильный телефон

(абонентский номер +7<...>) является рекламой, так как содержит признаки рекламы, установленные п. 1 ст. 3 Закона о рекламе:

1. Объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Содержание вышеуказанного смс-сообщения ассоциируется у потенциального потребителя с бесплатным получением фитнес-рациона. Соответственно объектом рекламирования является товар.

2. Информация адресована неопределенному кругу лиц.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснено, что 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.

Смс-сообщение, поступившее на телефон Заявителя, не носит персонализированный характер.

3. Информация, которая поступила Заявителю посредством смс-сообщения, направлена на формирование и поддержание интереса потребителей к товару.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Распространенная на номер Заявителя информация соответствует определению рекламы, данному в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть,

не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с частью 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. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложено на рекламодателя.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: 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. При этом необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 «О связи» (далее - Закон о связи), это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки, в случае осуществления рассылки по его инициативе, не докажет, что такое согласие было получено.

Смс-сообщение направленное на абонентский номер +<...>, принадлежащий <...>, был осуществлен с абонентского номера отправленного под псевдонимом BrEX., принадлежащего ООО «Бригада экспресс». Следовательно, именно <...> владелец абонентского номера +<...>, является абонентом, чье согласие на получение рекламы надлежало получить ООО «Бригада экспресс», а затем предоставить его Комиссии

Псковского УФАС России. ООО «Бригада экспресс» согласия абонента на получение рассылки не представило, а также не обосновало невозможность его предоставления на стадии рассмотрения дела в антимонопольном органе по причинам, не зависящим от него. <...>. В заявлении указал, что согласия на получения данной рекламы им не было дано.

ООО «Город Сад» представило в Псковское УФАС Согласие абонента на получения данной рекламы. Исходя из пояснений <...> следует, что письменного согласия на получение смс рассылки им не было дано и, несмотря на то, что в документе содержится имя и номер сотового телефона, подпись и почерк не его, из-за характерных повреждений кисти правой руки в 2001 году. Также <...> была приложена фотография банковской карты с подписью, которая существенно отличается от представленной в Согласии.

Комиссия признает рекламораспространителем ООО «Бригада экспресс» как лицо, осуществившее распространение рекламы посредством подвижной радиотелефонной связи.

Пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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:

Признать ненадлежащей рекламу, содержащую предложение получить второй фитнес-рацион бесплатно, распространенную 02.03.21 в 17 часов 31 минуту на мобильный телефон (номер +79852689575) ООО «Бригада Экспресс» (ИНН 7704387050, адрес 119002, г. Москва, ул. Арбат, д.20, пом. VII, комн. 1) с использованием телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, чем нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Выдать Предписание ООО «Бригада Экспресс» о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Псковского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ст. 14.3 Кодекса Российской

Федерации об административном правонарушении.

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

Заместитель председателя Комиссии _____ <...>

Члены Комиссии:

_____ <...>

_____ <...>