

РЕШЕНИЕ

11 декабря 2023 года

(изготовление решения в полном объеме)

05 декабря 2023 года

(оглашение резолютивной части)

г. Сыктывкар

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее – Комиссия, Коми УФАС России) по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в составе:

председатель Комиссии – <...>;

члены Комиссии: <...>; <...>;

рассмотрев дело № 011/05/18-869/2023, возбужденное в отношении ООО «СМС-центр» (ОГРН 1117746756489, ИНН 7724805644, КПП 770301001, адрес места нахождения: Пресненская наб., д. 6, стр. 2, помещ. 5301, г. Москва, 123112) по факту распространения на абонентский номер <...> СМС-сообщения с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие заявителя <...> и ООО «СМС-центр», надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела;

в присутствии представителя ПАО «ВымпелКом» <...>, действующего на основании доверенности № <...>;

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило заявление <...> (вх. № 6089-ИП/23 от 11.09.2023) о распространении на абонентский номер заявителя СМС-сообщений с нарушением требований рекламного законодательства.

По результатам рассмотрения указанного заявления было принято решение о возбуждении дела № 011/05/18-869/2023 в отношении ООО «СМС-центр» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, о чем вынесено соответствующее определение № АГ/6263/23 от 10.10.2023.

Определением № ПК/6952/23 от 09.11.2023 срок рассмотрения дела № 011/05/18-

869/2023 продлен, рассмотрение дела № 011/05/18-869/2023 отложено на 05.12.2023, к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено ПАО «ВымпелКом», ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001, адрес места нахождения: 8 Марта ул., д. 10, стр. 14, г. Москва, 127083.

Из материалов дела № 011/05/18-869/2023 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

На абонентский номер заявителя <...> от абонента с буквенным обозначением «dengi24» 27.07.2023 в 15 час. 07 мин. поступило СМС-сообщение следующего содержания: «Займ до 35000 руб. под 0% до 30 дней <https://beel.in/Atp8p> ООО «Космослидс» ИНН 3257078389 По истечении срока займа, наступают иные условия договора займа. 18+».

Заявителем приложен скриншот указанного сообщения, а также детализация услуг связи, подтверждающая поступление указанного СМС-сообщения на абонентский номер заявителя. Согласно данным детализации услуг связи отправителем указанного сообщения является «EksFinanse».

В соответствии с положениями, установленными п. 1 ст. 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.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена в форме СМС-сообщения;
- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – займу, формирование или поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространенная в форме СМС-сообщения на абонентский номер заявителя, является рекламой (далее – рассматриваемая реклама).

В силу положений, установленных 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.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее

рекламное сообщение. Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Заявитель указывает, что своего согласия на получение рассматриваемой рекламы он не давал.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, ответственность несет рекламодатель.

В соответствии с ч. 8 ст. 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, указанных в части 7 настоящей статьи, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

В силу п. 6 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель – лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

Согласно п. 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно письменным пояснениям, представленным ООО «СМС-центр» в материалы рекламного дела, рассматриваемое СМС-сообщение абоненту <...> с вышеуказанным текстом через сервис ООО «СМС-центр» не направлялось. ООО «СМС-центр» обращает внимание на то, что в тексте рассматриваемого сообщения содержится короткая ссылка, ведущая на домен Билайн (<https://beel.innk/>), что свидетельствует о том, что текст сообщения сгенерирован самим оператором связи. ООО «СМС-центр» просит рекламное дело в отношении Общества прекратить.

Из письменной информации и документов, представленных ПАО «ВымпелКом» в материалы рекламного дела, следует, что рекламодателем рассматриваемой рекламы является ПАО «ВымпелКом», на которого возлагалась ответственность за проверку наличия согласия абонента на получение рекламной информации.

ПАО «ВымпелКом» полагает, что <...>, подписав договор об оказании услуг связи, подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг связи «Билайн». В связи с чем, ПАО «ВымпелКом» считает, что согласие заявителя на получение рассматриваемой рекламы имелось.

Комиссия отклоняет довод ПАО «ВымпелКом» о наличии согласия заявителя на получение рассматриваемой рекламы в связи с нижеследующим.

В договоре об оказании услуг связи, копия которого представлена в материалы рекламного дела, содержатся данные <...>, подписи сторон, а также указано: «На получение рекламной информации и рассылок - согласен, если не указано другое», далее оставлено место для проставления отметки и указано: «не согласен».

Вместе с тем в представленном договоре в качестве телефонного номера указан иной абонентский номер, не тот, на который была распространена реклама.

Как пояснило ПАО «ВымпелКом», в договоре указан временный абонентский номер, необходимый для оформления перехода абонента к услугам ПАО «ВымпелКом», поскольку заявитель сохранил абонентский номер, ранее выделенный ему другим оператором связи.

Согласно пункту 8.13 Условий оказания услуг связи «Билайн» Абонент вправе при заключении Договора или в процессе его исполнения выразить свое согласие или отказ на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи, в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе, и рассылок по сети подвижной связи, осуществляемой по инициативе Оператора. Согласие на получение рекламной информации может быть выражено Абонентом в процессе получения Услуг, в порядке, установленном Оператором. Давая согласие на получение рекламной информации, Абонент дает согласие на обработку персональных данных и данных об оказанных Услугах для целей продвижения товаров (работ, услуг), в том числе товаров (работ, услуг) третьих лиц. В случае несогласия Абонента с получением рекламной информации и рассылок условия настоящего пункта не распространяют свое действие на взаимоотношения Сторон при условии, что Абонент:

- подпишет соответствующее заявление об отказе и направит его в адрес Оператора в период действия Договора, в том числе при принятии изменения условий Договора;
- откажется, позвонив на соответствующий телефонный номер.

Из материалов рекламного дела усматривается, что согласие на получение рекламной информации от ПАО «ВымпелКом» дается абонентом автоматически, при этом поля для его прямого волеизъявления в части получения рекламы не предусмотрено.

Вместе с тем, согласно сформировавшейся судебной практике, согласие на рассылку рекламных сообщений, включенное в текст договора и/или согласия на обработку персональных данных, является заведомо ненадлежащим, поскольку у потенциального клиента нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора. Подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации. Если у клиента в момент заключения договора отсутствует возможность не согласиться с получением рекламы на свой мобильный номер телефона, и для отказа от получения рекламных сообщений возникает необходимость совершить ряд дополнительных действий, в то время как для их получения достаточно лишь заключить договор, то подобное положение прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т.п.) рекламы (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 05.10.2023 по делу № А40-20833/2023).

При таких обстоятельствах в материалах рекламного дела отсутствуют доказательства получения ПАО «ВымпелКом» предварительного согласия заявителя на получение на его абонентский номер рассматриваемой рекламы.

Из материалов рекламного дела усматривается, что в рассматриваемом случае ПАО «ВымпелКом» имело правовую и техническую возможность контролировать соблюдение норм действующего законодательства и принимать меры по недопущению распространения нежелательной рекламы.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы лежит на лице, ее распространившем.

Исходя из того, что часть 1 статьи 18 Закона о рекламе содержит императивное указание на обязанность рекламораспространителя доказывать наличие согласия абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, а пункт 15 Постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» называет в качестве адресата исключительно лицо, на чей телефон непосредственно поступила соответствующая реклама, – рекламораспространитель обязан доказать наличие согласия на получение рекламы, полученного непосредственно от лица, на чей телефон она поступила.

Таким образом, по смыслу приведенного положения, в целях соблюдения требований действующего законодательства на рекламораспространителя возложена безусловная ответственность за объективность данных о согласии на получение рекламы, данным непосредственно тем лицом, на чей номер телефона направляется реклама посредством электронной связи.

При этом обязанность по проверке соответствующих сведений прямо следует из толкования части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не может быть проигнорирована рекламораспространителем в связи с возникающими сложностями в ее подтверждении.

Учитывая изложенное, рассматриваемая реклама распространена с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе произошло по вине рекламораспространителя рассматриваемой рекламы – ПАО «ВымпелКом» и его должностного лица – <...>.

Обстоятельств, как исключаящих возможность соблюдения ПАО «ВымпелКом» и <...> требований рекламного законодательства, так и свидетельствующих о принятии указанными лицами всех зависящих от них мер по соблюдению требований рекламного законодательства, не усматривается.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом» и <...> нарушены требования части 1 статьи 18

Закона о рекламе.

Поскольку в действиях ООО «СМС-центр» вины в нарушении законодательства о рекламе Комиссией не установлено, производство по делу № 011/05/18-869/2023 в отношении ООО «СМС-центр» подлежит прекращению.

Из материалов рекламного дела усматривается, что абонентский номер заявителя входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи на территории Республики Коми. Заявитель проживает в Республике Коми.

Следовательно, субъектом Российской Федерации, на территории которого были распространены (доведены до потребителя) рекламы, является Республика Коми.

Из материалов рекламного дела усматривается, что на дату вынесения решения рассматриваемая реклама не распространяется. В связи с чем, Комиссия сочла нецелесообразной выдачу ПАО «ВымпелКом» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь п. 4 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 33, п. 7 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42, 54 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, распространенную 27.07.2023 в 15 час. 07 мин. в форме СМС-сообщения на абонентский номер <...>, следующего содержания: «Займ до 35000 руб. под 0% до 30 дней <https://beel.innk/Atp8p> ООО «Космослидс» ИНН 3257078389 По истечении срока займа, наступают иные условия договора займа. 18+» ненадлежащей, поскольку она распространена с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ПАО «ВымпелКом» (ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001) не выдавать.

3. Производство по делу № 011/05/18-869/2023 в отношении ООО «СМС-центр» прекратить.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении ПАО «ВымпелКом» (ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001) и <...> дел об административных правонарушениях, предусмотренных ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение в полном объеме изготовлено 11 декабря 2023 года. Решение может быть

обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня принятия решения в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии _____ <...>

Члены Комиссии _____ <...>

_____ <...>