

РЕШЕНИЕ № 004/05/18-239/2021

12.08.2021г.
Алтайск

г. Горно-

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

Члены комиссии:

11 августа 2021 года, рассмотрев дело № 004/05/18-239/2021 от 15.07.2021г., возбужденное в отношении ИП К. (ИНН ... ОГРНИП ... адрес: ...), по факту распространения информации **«Вам одобрен займ 18000рублей под 0%. Оформить – mfo-5.ru/Vxufjy9»** по сетям сотовой связи с признаками нарушения части 1 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

В отсутствии:

заявителя – Т.,

заинтересованного лица – ООО «П» (ИНН ..., ОГРН ..., адрес: ...),

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – ИП К. (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление физического лица Т. (вх. №2644 от 20.05.2021г.), являющегося абонентом оператора сотовой связи ООО «Т2 Мобайл», о распространении рекламного СМС-сообщения посредством сотовой связи с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) на мобильный телефон (абонентский номер +7...9858), а именно: **«Вам одобрен займ 18000рублей под 0%. Оформить – mfo-5.ru/Vxufjy9»**, поступившего 17.05.2021г. в 16:28 часов от отправителя +7...1485.

По мнению заявителя, данное сообщение является рекламой. Заявитель

считает, что вышеуказанными действиями распространитель СМС-рекламы нарушил Закон о рекламе, так как согласия на получение рекламы посредством сотовой связи он не давал.

В качестве подтверждения факта получения СМС-рекламы заявителем представлен скриншот со своего мобильного телефона, подтверждающий факт получения абонентом вышеуказанного СМС-сообщения.

На основании информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, к компетенции которого относится выделение ресурса нумерации, с учетом информации, размещенной на сайте ЦНИИС (оператора базы данных перенесенных абонентских номеров) <https://zniis.ru/bdpr/check>, абонентский номер +7...1485 выделен оператору ПАО «Ростелеком».

17.06.2021г. (вх. № 3201) был получен ответ от ПАО «Ростелеком», согласно которому абонентский номер +7...1485 предоставлен в пользование абоненту ООО «П» (ИНН ... ОГРН ... адрес: ...) на основании договора об оказании услуг подвижной связи от 05.04.2021г. № 596007395838/596007395838. Также был предоставлен снимок экрана системы управления абонентской базой на абонентский номер +7...1485, которым подтверждается отправка СМС-сообщения абоненту +7...9858 датированный 17.05.2021г. в 16:28 часов.

05.07.2021г. (вх. № 3537) поступил ответ от ООО «П» (далее – Общество), согласно которому абонентский номер +7...1485 передан в аренду ИП К. (ИНН ... ОГРНИП ... адрес: ...) на основании договора аренды мобильного телефонного номера от 12.04.2021г. Согласно данному договору арендодатель (Общество) не является рекламораспространителем в понимании ст. 3 Закона о рекламе. Также Общество не вправе осуществлять проверку направляемых арендатором (ИП К.) сообщений и осуществляемых звонков. В случае направления арендодателю претензий/исков/уведомлений, связанных как с содержанием, так и рассылкой SMS/MMS IM сообщений со стороны третьих лиц (в том числе со стороны абонентов, операторов или государственных органов), арендатор обязуется самостоятельно рассмотреть претензии/иски/уведомления от таких третьих лиц, оградив арендодателя от негативных последствий как ненадлежащего ответчика.

08.07.2021г. в адрес Управления поступил ответ от ООО «Т2 Мобайл» согласно которому абонентский номер +7...9858 закреплен за абонентом Т. Также ООО «Т2 Мобайл» было установлено поступление входящего СМС-сообщения с номера +7...1485 на абонентский номер +7...9858 17.05.2021г. в 16:28 часов.

04.08.2021г. вх. №4152 в адрес Управления поступило письменное пояснение ИП К., в котором он подтверждает факт отправки СМС-сообщения на абонентский номер +7...9858. Отправка СМС-сообщения данному абонентскому номеру была осуществлена ошибочно (сделана опечатка в наборе абонентского номера). Также ИП К. подтверждено исключение номера +7...9858 из своей рабочей базы.

В связи с тем, что указанная реклама содержит признаки нарушения требований части 1 статьи 18, части 1 статьи 28 Закона о рекламе, в соответствии с частями 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе, определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай от 14.07.2021г. возбуждено дело № 004/05/18-239/2021 в отношении ИП К. и назначено к рассмотрению на 11.08.2021г.

Определение с требованием к ИП К. предоставить письменные пояснения по факту распространения вышеуказанного рекламного сообщения, документальное подтверждение факта получения предварительного согласия абонента на получение рекламы (в том числе подпись) было направлено в адрес Т. (почтовое уведомление №...), ООО «П» (почтовое уведомление №...) и ИП К. (почтовое уведомление №...).

На момент заседания Комиссии УФАС по РА заявитель и ответчик были надлежащим образом уведомлены о дате и времени рассмотрения дела, т.к. от них поступили письменные пояснения.

В связи с вышеизложенным, Комиссия УФАС по РА, руководствуясь пунктом 30 вышеуказанных Правил, приняла решение о рассмотрении дела в отсутствие заявителя и ответчика.

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе, реклама – это 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.

Объектом рекламирования может быть 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.

Товар, согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- 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.

Соответственно, термин «реклама», примененный в части 1 статьи 18 Закона о рекламе, предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 этого же Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

В письме ФАС России от 20 июня 2018 г. № АД/45557/18 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.

Следовательно, полученное заявителем СМС-сообщение: **«Вам одобрен займ 18000рублей под 0%. Оформить – mfo-5.ru/Vxufjy9»**, является рекламой, так как оно неперсонифицировано (направлено абоненту), направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к финансовым услугам (займам) и продвижение этих услуг на рынке.

Признак рекламы – адресация неопределенному кругу лиц, в данном случае не является безусловным основанием для непризнания СМС-сообщения рекламой, так как реклама, распространяемая посредством сотовой связи, подразумевает ее обращение конкретному абоненту.

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. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 данного Федерального закона возложена на рекламодателя.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе рекламодатель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно выписке из ЕГРИП основным видом деятельности ИП К. (ИНН ..., ОГРНИП ...) является деятельность, связанная с использованием вычислительной техники и информационных технологий. Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что имеется взаимосвязь между деятельностью ИП К. и СМС-сообщением, направленным заявителю Т., так как оно направлено на формирование интереса у потребителя (абонента) к финансовым услугам.

На основании изложенного, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемой СМС-рекламы является ИП К. (ИНН ... ОГРНИП ..., адрес: ...).

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. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В данном случае под абонентом или адресатом понимается лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако 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.

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» 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. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Заявитель в заявлении указывает, что он не давал отправителю СМС-сообщения разрешения на получение рекламы, что свидетельствует о наличии признаков нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Таким образом, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу о том, что

предварительное согласие абонента Т. на получение СМС-рассылки ИП К. получено не было.

В силу части 1 статьи 28 Закона о рекламе реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг, и финансовой деятельности должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги (для юридического лица - наименование, для индивидуального предпринимателя - фамилию, имя, отчество).

Согласно пункту 2 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) финансовая услуга - банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц.

Согласно Закону о защите конкуренции под финансовую услугу подпадают конкретные услуги, прямо указанные в данном определении, а также иные услуги, связанные с привлечением, размещением денежных средств, но только в случае, если они оказываются финансовой организацией. При этом перечень финансовых организаций содержится в пункте 6 статьи 4 Закона о защите конкуренции. Данный перечень является закрытым.

На основании пункта 5 части 1 статьи 3 Федерального закон от 21.12.2013г. №353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (далее - Федеральный закон «О потребительском кредите (займе)») профессиональная деятельность по предоставлению потребительских займов - деятельность юридического лица или индивидуального предпринимателя по предоставлению потребительских займов в денежной форме (кроме займов, предоставляемых работодателем работнику, займов, предоставляемых физическим лицам, являющимся учредителями (участниками) или аффилированными лицами коммерческой организации, предоставляющей заем, займов, предоставляемых брокером клиенту для совершения сделок купли-продажи ценных бумаг, и иных случаев, предусмотренных федеральным законом).

В соответствии со статьей 4 Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» профессиональная деятельность по предоставлению потребительских займов осуществляется кредитными организациями, а также некредитными финансовыми организациями в случаях, определенных федеральными законами об их деятельности (Федеральным законом от 02.07.2010 № 151-ФЗ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях», Федеральным законом от 19.07.2007 № 196-ФЗ «О ломбардах»,

Федеральным законом от 18.07.2009 № 190-ФЗ «О кредитной кооперации», Федеральным законом от 08.12.1995 № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»).

СМС-реклама не содержит наименования лица, оказывающего указанные в рекламе услуги, содержатся лишь сведения о размере займа, процентная ставка и ссылка на источник, перейдя по которому возможно оформить данный займ.

Таким образом, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу о том, что СМС-реклама противоречит части 1 статьи 28 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признается ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

В связи с изложенным, действия ИП К., связанные с распространением информации «**Вам одобрен займ 18000рублей под 0%. Оформить – mfo-5.ru/Vxufjy9**», поступившего 17.05.2021г. в 16:28 часов от отправителя +7...1485 посредством СМС-сообщения без получения предварительного согласия абонента, а также при отсутствии информации о финансовой организации и финансовой деятельности (лице), представляющей данный вид услуг (займ), образуют нарушения части 1 статьи 18, части 1 статьи 28 Закона о рекламе.

В свою очередь. ИП К. не относится к кредитным и некредитным финансовым организациям.

В силу части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 данной статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 данного 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.

Частью 7 статьи 38 Закона о рекламе предусмотрено, что рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных пунктом 3 части 4, пунктом 6 части 5, частями 9, 10, 10.1 и 10.2 статьи 5, **статьями 7 - 9, 12, 14 - 18**, частями 2 - 4 и 9 статьи 19, частями 2 - 6 статьи 20, частями 2 - 5 статьи 21, частями 7 - 9 статьи 24, статьей 25, частями 1 - 5 статьи 26, частями 2 и 5 статьи 27, **частями 1, 4, 7, 8, 11 и 13 статьи 28**, частями 1, 3, 4, 6 и 8 статьи 29, частями 1 и 2 статьи 30.1 данного Федерального закона.

При решении вопроса о необходимости выдачи предписания, Комиссия принимает во внимание представленные ИП К. письменные пояснения (вх. №4152 от 04.08.2021г.), подтверждающие исключение абонентского номера +7...9858 из рабочей базы.

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства от 24.11.2020 № 1922, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: **«Вам одобрен займ 18000рублей под 0%. Оформить – mfo-5.ru/Vxufjy9»**, поступившего 17.05.2021г. в 16:28 часов от отправителя +7...1485 без предварительного согласия абонента Т. (абонентский номер +7...9858) на получение рекламы, а также при отсутствии информации о финансовой организации и финансовой деятельности (лице), представляющей данный вид услуг (займ), что противоречит части 1 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу УФАС по Республике Алтай для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении лица, виновного в нарушении рекламного законодательства.

Решение антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд, в течение трех месяцев, в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.