ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О возбуждении дела об административном правонарушении № 048/04/14.3-241/2019

и проведении административного расследования

«22» апреля 2019 г. Липецк

Я, главный специалист-эксперт отдела защиты конкуренции Липецкого УФАС России <…>, рассмотрев материалы, содержащие достаточные данные, указывающие на наличие события административного правонарушения в отношении акционерного общества «МегаЛабс» () (далее – АО «МегаЛабс»),

УСТАНОВИЛ:

В Липецкое УФАС поступило обращение <…> о том, что 14.09.2018 в 14 часов 40 минут на его абонентский номер <…> без предварительного согласия поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «Come on gym» следующего содержания: «Возвращайтесь! Год фитнеса 19700 только 3 дня! Бронь <…>».

Статья 1 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в числе целей данного Федерального закона устанавливает, в том числе, реализацию права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Согласно п. 1 ст. 3 Закона 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 и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникшего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о неком лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Указанная выше информация распространялась для неопределенного круга лиц – потребителей рекламы. Каких – либо ограничений по территории распространения и кругу

лиц – потребителей рекламы, не установлено.

П. 2 ст. 3 Закона о рекламе говорит, что 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 соответствии с п. 3 ст. 3 Закона о рекламе товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе являются услуги фитнес центра.

Таким образом, информация, распространенная посредством sms-сообщения на номер <…> в силу ст. 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц, распространяется среди неопределенного круга лиц и направлена на привлечение внимания, формирование интереса потребителей такой информации к услугам фитнес центра, а также продвижение этих услуг на рынке.

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 признаётся распространённой 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.

Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в пункте 15 разъясняет, что 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. Однако 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 рекламораспространителя.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 -ФЗ «О связи» электросвязь - это 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 (пункт 35); абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского 6 номера или уникального кода идентификации (пункт 1).

Распространение рекламы посредством sms-сообщения возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). Согласие от абонента может быть получено в любой форме и в порядке, которые, однако, должны предусматривать какой-либо способ фиксации факта получения такого согласия. При этом бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления

соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

С целью осуществления Управлением Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области своих полномочий по государственному надзору за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе: предупреждению, выявлению и пресечению нарушений физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе Управлением Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области были запрошены необходимые документы и информация.

Из анализа поступивших документов и информации установлено, что 14.09.2018 оборудованием ПАО «МегаФон» было зафиксировано отправление на номер <…> sms-сообщения от отправителя, имеющего буквенное обозначение «Comeongym», выделенное АО «МегаЛабс». Отправка указанного сообщения была осуществлена по базе абонентов АО «МегаЛабс».

Между ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс» заключен договор от 01.01.2017 № <…>, на основании которого ПАО «МегаФон» обязуется предоставить АО «МегаЛабс» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов.

В соответствии с п. 4.3 указанного договора, ПАО «МегаФон» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством интерфейса sms/mms/ussd-сообщений, баннеров на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов, и условиям соглашения, а также вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «МегаЛабс» условий соглашения.

Партнер (АО «МегаЛабс») при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов партнера, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы.

Между АО «МегаЛабс» и АО «Загрузка» заключен договор от 01.08.2016 № <…>, в соответствии с которым АО «МегаЛабс» обязалось предоставить АО «Загрузка» доступ к интерфейсу (программным средствам) для размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов.

Согласно п. 4.3 указанного договора, АО «МегаЛабс» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством интерфейса sms-сообщений на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или оператора, и условиям договора, а также вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «Загрузка» условий договора.

В нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе рекламное сообщение об услугах фитнес центра распространено на номер <…> без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

В связи с наличием признаков нарушения рекламного законодательства в рассматриваемой рекламе, Липецким УФАС России было возбуждено дело № 23.

На основании п. 7 ст. 38 ответственность за нарушение требований, установленных, в частности, статьёй 18, частью 1 статьи 28 несёт рекламораспространитель, которым в силу

пункта 7 статьи 3 Закона является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, то есть, в том числе АО «МегаЛабс».

Таким образом, из анализа имеющихся документов следует, что АО «МегаЛабс» предполагало возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «реклама».

При этом у АО «МегаЛабс» имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно АО «МегаЛабс» обладало возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

Исходя из документов, представленных в Липецкое УФАС России, АО «МегаЛабс» имело возможность не передавать рассматриваемую рекламу.

Решением Управления Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области от 01 февраля 2019 г. по делу № 23 признано наличие нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе в рекламе, распространенной 14.09.2018 в 14 часов 40 минут на абонентский номер <…> без предварительного согласия поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «Come on gym» следующего содержания: «Возвращайтесь! Год фитнеса 19700 только 3 дня! Бронь <…>».

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе установлено, что нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем 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.

В соответствии с частью 4 статьи 28.7 КоАП РФ административное расследование проводится по месту совершения или выявления административного правонарушения.

Руководствуясь статьями 28.1, 28.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить в отношении в отношении акционерного общества «МегаЛабс» (<…>) дело № 048/04/14.3-241/2019 об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Провести административное расследование.

3. В соответствии со статьей 26.10 КоАП РФ, АО «МегаЛабс» надлежит **в трехдневный срок** со

дня получения настоящего определения представить в Липецкое УФАС России следующие сведения:

- объяснения по факту распространения ненадлежащей рекламы, следующего содержания: «Уважаемый, не дают кредит? Заработай играя в казино ROX rox-da.ru/3608» посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента <…>.;

- иные документы, по своему усмотрению.

4. АО «МегаЛабс» надлежит явиться **17 мая 2019 года к 11 часам 00 минутам** по адресу: г. Липецк, пл. Плеханова, д.1, **каб. 512** (телефон 27-83-19), для дачи объяснений по факту нарушения, а также для подписания протокола об административном правонарушении. При себе иметь паспорт.

Неявка в указанный срок будет расценена как отказ от подписания протокола.

В соответствии с ч. 1 ст. 25.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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 Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.