

РЕШЕНИЕ

23.07.2020

г. Горно-Алтайск

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

Председатель Комиссии:

<...> – руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай;

Члены комиссии:

<...> – начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай;

<...> – ведущий специалист-эксперт антимонопольного контроля и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай,

23.07.2020г. рассмотрев дело № 004/05/18-154/2020 от 29.05.2020г., возбужденное в отношении индивидуального предпринимателя <...> по факту распространения информации «**Одобрено 30 000 рублей под 0%, не выходя из дома – z8b.co/F.YcIA**» по сетям сотовой связи с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), в отсутствие заявителя <...> и ИП <...> в извещении которого приняты необходимые меры (почтовый идентификатор отправления 80090049177555),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление <...> (вх. №1698 от 07.04.2020г.), являющейся абонентом оператора сотовой связи ООО «Т», о распространении рекламного СМС-сообщения посредством сотовой связи с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от

13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» на мобильный телефон (абонентский номер <...>), а именно: «**Одобрено 30 000 рублей под 0%, не выходя из дома – z8b.co/F.YcIA**», поступившего 30.03.2020г. в 22:32 от отправителя +79918092148.

По мнению заявителя, данный звонок является рекламой. Заявитель считает, что вышеуказанными действиями распространитель рекламного звонка нарушил Закон «О рекламе», так как согласия на получение рекламы посредством телефонной связи она не давала.

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

По информации, представленной ООО «Т» (вх. №2171 от 06.05.2020г.), рассматриваемое СМС-сообщение поступило 30.03.2020г. в 22.32 часов на абонентский номер <...> с телефона, не входящего в ресурс нумерации ООО «Т».

Согласно сведениям, полученным с официального Интернет-сайта Федерального агентства связи, к компетенции которого относится выделение оператором ресурса нумерации, абонентский номер <...> , с которого было отправлено СМС-сообщение, относится к оператору ПАО «Р».

27.05.2020г. ПАО «Р» предоставило информацию (вх. № 2656) согласно, которой абонентский номер <...> выделен в пользование индивидуальному предпринимателю <...> по договору об оказании услуг подвижной связи от 27.02.2020 № 7189374.

Так, согласно пункту 7 договора, ИП <...> и ПАО «Р» принимают на себя обязательства руководствоваться Правилами оказания услуг подвижной связи ПАО «Р» (далее - Правила), которые являются неотъемлемой частью договора.

В соответствии с пунктом 11.2.13. Правил абонент обязан не использовать услуги, оказываемые оператором, для проведения каких-либо рекламных компаний, конкурсов, концертов, викторин, опросов, массовых рассылок, организации автоматизированных центров, шлюзов, а также для осуществления иных действий, направленных на извлечение прибыли.

Также абонент, согласно п. 11.2.14.2 Правил обязан препятствовать распространению спама и вредоносного программного обеспечения со своего Абонентского устройства, в том числе: а) не использовать Услуги

для массовой или одиночной рассылки, не согласованных предварительно с адресатом электронных писем, рекламного, коммерческого или агитационного характера, а также писем, содержащих грубые и оскорбительные выражения и предложения.

В связи с тем, что указанная реклама содержит признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», в соответствии с частями 1, 2 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай от 29.05.2020г. возбуждено дело № 004/05/18-154/2020 в отношении ИП <...> и назначено к рассмотрению на 25.06.2020г.

Определением от 25.06.2020 срок рассмотрения дела продлен до 28.08.2020, рассмотрение дела назначено на 23.07.2020 в 11:00.

На заседание Комиссии УФАС по РА 23.07.2020 ИП <...> не явился, о невозможности явки УФАС по РА не уведомил.

Согласно представленной информации ПАО «Р» от 27.05.2020г. (вх. № 2656) юридическим адресом ИП <...> является: <...>. Согласно информации, размещенной на официальном сайте АО «П» (www.pochta.ru), указанное письмо Алтайского республиканского УФАС России (почтовый идентификатор 80090049177555) хранится в почтовом отделении с пометкой от 29.06.2020 «ожидает адресата в месте вручения».

В соответствии с пунктом 63 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» по смыслу пункта 1 статьи 165.1 ГК РФ юридически значимое сообщение, адресованное гражданину, должно быть направлено по адресу его регистрации по месту жительства или пребывания либо по адресу, который гражданин указал сам (например, в тексте договора), либо его представителю (пункт 1 статьи 165.1 ГК РФ).

При этом необходимо учитывать, что гражданин, индивидуальный предприниматель или юридическое лицо несут риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресам, перечисленным в абзацах первом и втором настоящего пункта, а также риск отсутствия по указанным адресам своего представителя. Гражданин, сообщивший кредиторам, а также другим лицам сведения об ином месте своего жительства, несет риск вызванных этим последствий (пункт 1 статьи 20 ГК РФ). Сообщения, доставленные по названным адресам, считаются полученными, даже если соответствующее лицо фактически не проживает (не находится) по

указанному адресу.

Согласно части 1 статьи 165.1 Гражданского Кодекса Российской Федерации заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю.

Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

Таким образом, Комиссия УФАС по РА полагает, что предприняты достаточные меры по надлежащему извещению ИП <...> о времени и месте рассмотрения дела № 004/05/18-154/2020.

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 Федерального закона от 13.03.2006 №38 - ФЗ «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 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «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 - любые излучения, 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 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ, 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: **«Одобрено 30 000 рублей под 0%, не выходя из дома – z8b.co/F.YcIA»**, 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица,

обратившегося к нему с таким требованием.

27.05.2020г. ПАО «Р» предоставило информацию (вх. № 2656), согласно которой абонентский номер <...> выделен в пользование индивидуальному предпринимателю <...> по договору об оказании услуг подвижной связи от 27.02.2020 № 7189374.

Частью 7 статьи 38 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение части 1 статьи 18 данного Федерального закона возложена на рекламораспространителя.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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 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.

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.

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 рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя.**

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 (вх. № 1698 от 07.04.2020г.) указывает, что она не давала отправителю рекламного СМС-сообщения разрешения на получение рекламы. Доказательств обратного ИП <...> в УФАС по РА на неоднократные запросы (исх. № 1855/10 от 29.05.2020г., исх № 2111/10 от 25.06.2020г.) не предоставлено, что свидетельствует о наличии нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Таким образом, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу о том, что предварительное согласие абонента <...> на получение смс-рассылки ИП <...> получено не было.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признается ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

Комиссия УФАС по РА считает, что рассматриваемая смс-реклама является ненадлежащей.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, 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.

При решении вопроса о возможности выдачи предписания, Комиссия приняла во внимание пояснения <...> (вх. № 3834 от 20.07.2020г.) о том, что она больше не получает рекламную информацию о займах, Комиссией УФАС по РА сделан вывод о нецелесообразности выдачи ИП <...> предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать в действиях ИП <...> нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении ненадлежащей рекламы **«Одобрено 30 000 рублей под 0%, не выходя из дома – z8b.co/F.YcIA»** посредством телефонной связи без получения предварительного согласия абонента.
2. Признать ненадлежащей рекламу: **«Одобрено 30 000 рублей под 0%, не выходя из дома – z8b.co/F.YcIA»**, поступившую 30.03.2020г. в 22:32 от отправителя +79918092148 без предварительного согласия абонента <...> (абонентский номер <...>) на получение рекламы, что противоречит ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
3. 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.

В соответствии с пунктом 43 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Решение (предписание) изготавливается в полном объеме, в течение десяти рабочих дней.

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