Индивидуальному предпринимателю

<...>

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 042/05/18-224/2022

«06» декабря 2022г. г. Кемерово

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Заместителя председателя Комиссии:	<...> -	заместителя руководителя управления;
Членов Комиссии:	<...> -	начальника отдела рекламы и недобросовестной конкуренции;
	<...> -	главного специалиста-эксперта отдела рекламы и недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 042/05/18-224/2022, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «Гидфинанс» (далее – ООО «Гидфинанс», адрес: 443004, г. Самара, 6-я (СДТ Дубки тер.) Просека, д. 127, комната 1, ОГРН 1166313147934, Дата присвоения ОГРН 31.10.2016, ИНН 6319212219, КПП 631901001) по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление физического лица (исх. от 30.11.2021, вх. от 01.12.2021 № 8126э, вх. от 23.12.2021 № 8739э) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс – сообщений на абонентский номер заявителя <...> без согласия абонента следующего содержания:

21.12.2021 в 10 часов 02 минуты: «СРОЧНО заберите одобренные 23000 ПОЛУЧИТЬ – lk.100mfo.ru/yqvau» от абонента 100Mfo.ru;

21.12.2021 в 10 часов 03 минуты: «Новогодние беспроцентные займы – 15 т.р. ЗАБРАТЬ lk.100mfo.ru/yqvau» от абонента 100Mfo.ru.

Из заявления следует, что согласие на получение вышеуказанной рекламы посредством смс - сообщений на абонентский номер <...> заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

01.02.2022 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/18-129/2022 в отношении ООО «Т2 Мобайл» и назначено к рассмотрению на 25.02.2022 в 10 часов 30 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ОО «Т2 Мобайл» заказным письмом с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

24.02.2022 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения представителя ООО «Т2 Мобайл» (исх. от 22.02.2022 № Исх/2420.00/148-22), из которых следует, что Смс – сообщения 21.12.2021 в 10 часов 02 минут, а также в 10 часов 03 минуты были направлены ООО «Гидфинанс» на основании договора об оказании услуг связи № 83176181, в рамках предоставления услуги «SMS - Таргет».

Согласно пункту 3.5 «Условий предоставления услуги «SMS - Таргет», до отправки абонентом сообщений по клиентской базе абонента, абонент обязан получить надлежащим образом оформленное согласие от адресата и позволять достоверно установить его волеизъявление на получение сообщений об абонента. Использование услуги Абонентом для отправки сообщений по клиентской базе абонента, означает наличие у Абонента надлежащим образом оформленного согласия адресата на получение сообщений от абонента, предусмотренного пунктом 3.5 Условий.

25.02.2022 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-129/2022.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России решила следующее:

-отложить рассмотрение данного дела для замены ненадлежащего ответчика (ООО «Т2 Мобайл» надлежащим (ООО Севентех», юридический адрес 125284, г. Москва, Хорошевское шоссе, д. 32А, под 9 Э 4, оф. 415-1, ОГРН 1096316004674, Дата присвоения ОГРН 18.06.2009, ИНН 6316145067, КПП 771401001), а также для получения дополнительных доказательств по делу.

-выделить из дела № 042/05/18-129/2022 в отдельное производство дело по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в отношении ООО «Гидфинанс».

Определением от 25.02.2022 о выделении дела в отдельное производство выделяемому делу был присвоен № 042/05/18-224/2022. Лицом, участвующим в деле признано ООО «Гидфинанс». Рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 было назначено на 23.03.2022 в 10 часов 00 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ООО «Гидфинанс», ООО «Т2 Мобайл» заказными письмами с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте.

23.03.2022 Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 отложить в связи с отсутствием сведений о надлежащем уведомлении ООО «Гидфинанс» о дате, времени и месте рассмотрения данного дела, а также для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 23.03.2022 рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 было отложено на 28.04.2022 в 08 часов 40 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ООО «Гидфинанс» заказным письмом с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте.

28.04.2022 Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 отложить в связи с отсутствием сведений о надлежащем уведомлении ООО «Гидфинанс» о дате, времени и месте рассмотрения данного дела, а также для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 28.04.2022 рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 было отложено на 02.06.2022 в 08 часов 40 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ООО «Гидфинанс» заказным письмом с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

02.06.2022 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 в отсутствие лиц, участвующих в деле, уведомленных надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела отложить для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 02.06.2022 рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 было отложено на 14.07.2022 в 10 часов 50 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ООО «Гидфинанс» заказным письмом с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

14.07.2022 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «Гидфинанс» (исх. от 13.07.2022 № 106), из которых следует, что ООО «Гидфинанс» является разработчиком технической платформы, которая позволяет осуществлять рассылки информационных и рекламных сообщений через операторов связи.

Инициатором смс – сообщений является индивидуальный предприниматель <...> (далее – ИП <...>) на основании заключенного с ООО «Гидфинанс» договора от

20.03.2021 № 10.

Согласно пункту 2.5 указанного договора ИП <...> выделяется личный кабинет с доступом к технической платформе ООО «Гидфинанс» по паролю доступа. При использовании личного кабинета ИП <...> выделены имена отправителей, в том числе имя 100Mfo.ru.

В соответствии с пунктом 2.2 договора ИП <...> самостоятельно определяет сценарий обработки звонков и вид, содержание сообщений, формирует их текст, определяет список абонентов, телефонные номера.

Пунктом 4.3 договора установлено, что ответственность за наличие согласия абонента лежит на ИП <...>.

В настоящее время абонентский номер <...> внесен в черный список, звонки и смс – сообщения на указанный номер не направляются.

14.07.2022 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 путем видеоконференцсвязи при участии представителя ООО «Гидфинанс», которая поддержала представленные письменные пояснения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела отложить для замены ненадлежащего ответчика (ООО «Гидфинанс») (надлежащим ИП <...>, адрес: <...>, ОГРНИП 321631300035339, ИНН 631896314410, Дата присвоения ОГРНИП 15.03.2021), а также для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 14.07.2022 рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 было отложено на 18.08.2022 в 10 часов 20 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ИП <...>, ООО «Гидфинанс» заказными письмами с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте.

18.08.2022 Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 отложить в связи с отсутствием сведений о надлежащем уведомлении ИП <...> о дате, времени и месте рассмотрения данного дела, а также для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 18.08.2022 рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 было отложено на 26.09.2022 в 08 часов 50 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ИП <...>. заказным письмом с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с пометкой «возврат отправителю по иным обстоятельствам» имеется в материалах дела).

26.09.2022 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 в отсутствие лиц, участвующих в деле, уведомленных надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрение данного дела.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела отложить для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 26.09.2022 рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 было

отложено на 27.10.2022 в 08 часов 30 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ИП <...> заказным письмом с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с пометкой «неудачная попытка вручения» имеется в материалах дела).

27.10.2022 Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 отложить в связи с отсутствием сведений о надлежащем уведомлении ИП <...> о дате, времени и месте рассмотрении данного дела, а также для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 27.10.2022 рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 было отложено на 06.12.2022 в 08 часов 50 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ИП <...> заказным письмом с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте (возврат почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

06.12.2022 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-224/2022 в отсутствие лиц, участвующих в деле, уведомленных надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила следующее:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление физического лица (исх. от 30.11.2021, вх. от 01.12.2021 № 8126э, вх. от 23.12.2021 № 8739э) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс – сообщений на абонентский номер заявителя <...> без согласия абонента следующего содержания:

21.12.2021 в 10 часов 02 минуты: «СРОЧНО заберите одобренные 23000 ПОЛУЧИТЬ – lk.100mfo.ru/yqvau» от абонента 100Mfo.ru;

21.12.2021 в 10 часов 03 минуты: «Новогодние беспроцентные займы – 15 т.р. ЗАБРАТЬ lk.100mfo.ru/yqvau» от абонента 100Mfo.ru.

Из письменных пояснений ООО «Гидфинанс» следует, что инициатором спорного смс – сообщения является ИП <...> на основании заключенного с ООО «Гидфинанс» договора от 20.03.2021 № 10.

Согласно пункту 2.5 указанного договора ИП <...> выделяется личный кабинет с доступом к технической платформе ООО «Гидфинанс» по паролю доступа. При использовании личного кабинета ИП <...> выделены имена отправителей, в том числе имя find0m.ru. В соответствии с пунктом 2.2 договора ИП <...> самостоятельно определяет сценарий обработки звонков и вид, содержание сообщений, формирует их текст, определяет список абонентов, телефонные номера. Пунктом 4.3 договора установлено, что ответственность за наличие согласия абонента лежит на ИП <...>

Также ООО «Гидфинанс» было представлено заверенное ИП <...> согласие на получение рекламно – информационных рассылок.

Вместе с тем, при рассмотрении данного дела Комиссией Кемеровского УФАС

России было установлено, что в рассматриваемом случае данные лица, выразившего ИП <...> свое согласие на получение рекламы, и данные физического лица – заявителя по делу, не совпадают.

Частью 6 статьи 45 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 - ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) установлено, что абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, за исключением сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе», согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 телефон поступила реклама.

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 (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку ФЗ «О рекламе» не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (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»).

Таким образом, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи возможно лишь при получении на это предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент).

В данном случае 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.

Так, согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», не позволяющих

однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (письмо ФАС России от 11.11.2019 № ДФ/98054/19).

Из заявления следует, что согласие на получение вышеуказанной рекламы посредством смс - сообщений на абонентский номер <...> заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

Следовательно, распространение ИП <...> рекламы посредством смс - сообщений без согласия абонента <...>, содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ИП <...>.

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 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерацииот 24.11.2020 № 1922, Комиссия Кемеровского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу индивидуального предпринимателя <...> (адрес: <...>, ОГРНИП 321631300035339, ИНН 631896314410, Дата присвоения ОГРНИП 15.03.2021), распространенную посредством смс - сообщений на абонентский номер 8-951-188-23-58 от абонента 100Mfo.ru, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе индивидуальному предпринимателю <...> (адрес: 4<...>, ОГРНИП 321631300035339, ИНН 631896314410, Дата присвоения ОГРНИП 15.03.2021) не выдавать в связи с устранением нарушения.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Кемеровского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «20» декабря 2022 года.

Решение может быть обжаловано в порядке, предусмотренном статьей 37 ФЗ «О рекламе».

Заместитель председателя Комиссии <...>

<...>

Члены Комиссии

<...>

2022-2419