

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о возбуждении дела № 012/05/18-943/2021 и назначении дела к рассмотрению

«15» октября 2021 года
Йошкар-Ола

г.

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, заместитель руководителя – начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России, рассмотрев материалы по факту распространения sms – рассылки без согласия абонента,

УСТАНОВИЛ:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление к. (вх. № 237-К от 16.08.2021) об sms – рассылке без согласия абонента следующего содержания: «Акция до 3 августа Новый Фитнес+Бассейн=2990р/Ежемесячно 849551202611».

В соответствии со статьей 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.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

В рассматриваемой рекламе объектом рекламирования являются финансовые услуги.

Информация, направленная К. в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, оно не было адресовано каким-либо

определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация содержит следующие признаки рекламы: рассматриваемое смс-сообщение направлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Следовательно, указанная информация по своему содержанию и целевой направленности является рекламой.

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.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение.

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 случае, если будет доказана его вина.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения рассматриваемого рекламного смс-сообщения.

Марийским УФАС России направлен запрос (исх. №03-13/451 от 24.08.2021) ПАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ПАО «ВымпелКом») о представлении информации.

ПАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях указало, что абонентский номер «xxx» на основании договора на оказание услуг связи Билайн № 388236151 от 25.02.2011, который был в последующем переоформлен с выделением номера АО «Газпромбанк».

Кроме того, АО «Газпромбанк» представило письменные пояснения о том, что номер «xxx» принадлежит АО «Газпромбанк» и 15.02.2011 года выдан в пользование сотруднику – К.

Также, Марийским УФАС России установлено, что номер, который содержится в смс-сообщении «xxx» принадлежит ООО «Облака Фитнес» на основании договора на оказание услуг связи от 30.11.2017 с оператором связи ООО «Манго Телеком».

Антимонопольным органом не установлено и заявителем К. не подтверждено, что он предоставлял согласие на получение рекламной информации.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Буквальное толкование изложенных 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.

Требование законодателя относительно обязанности рекламодателя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

При этом из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

Вместе с тем, К. не выражал согласие на получение рассматриваемой рекламной информации.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента при получении такого согласия последнему как потребителю услуги должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок. При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно

выражать соответствующее согласие, а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами оказания услуг, а также направления самостоятельно запросов на фиксированный номер оператора, информация о котором отсутствует в договоре, а доступ к личному кабинету на сайте ПАО «ВымпелКом» может быть затруднен отсутствием интернет связи. Иной подход, может привести к злоупотреблениям со стороны рекламодателей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламодателя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение с применением электронного сервиса операторов подвижной связи, что нарушает часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исходя из вышеизложенного, Марийское УФАС России приходит к выводу о том, что ООО «Облака Фитнес» и ПАО «Вымпел-Коммуникации» являются рекламодателями рекламного сообщения без согласия абонента. Имеющиеся материалы являются достаточными для возбуждения дела по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 24, 25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе»,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу № 012/05/18-943/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Назначить дело № 012/05/18-943/2021 к рассмотрению на 28 октября 2021 года в 10 часов 00 минут в помещении Марийского УФАС России, по адресу: г. Йошкар-Ола, ул. Волкова, д. 164.

3. Признать лицами, участвующими в деле:

1) заявитель –
К.;

2) лица, участвующие в деле, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе:

а) ООО «Облака Фитнес» (ИНН: 7725406025, ОГРН: 5177746267969, юридический адрес: 115432, Москва, ул. Трофимова, д. 1/17, кв. 152);

б) ПАО «Вымпел-Коммуникации» (юридический адрес: 127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14, ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636);

заинтересованные лица:

а. ООО «Манго Телеком» (юридический адрес: 115432, Москва, ул. Трофимова, д. 1/17, кв. 152, ИНН 7709501144, ОГРН 1037739829027);

б) АО «Газпромбанк» (юридический адрес: 117420, Россия, г. Москва, ул. улица Намёткина, 16к1, ИНН 7744001497, ОГРН 1027700167110)

4. ООО «Облака Фитнес» в срок до 25.10.2021 представить в Марийское УФАС России следующие сведения и документы:

1) письменную мотивированную позицию, кто является рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем рассматриваемой рекламной информации (с учетом положений статьи 3 Закона о рекламе);

2) указать, признает ли ООО «Облака Фитнес» наличие признаков нарушения Закона о рекламе в соответствии с обстоятельствами, изложенными в настоящем определении? Представить мотивированную позицию;

3) иные сведения и документы, имеющие отношение к рассматриваемому вопросу.

5. ПАО «Вымпел-Коммуникации» в срок до 25.10.2021 представить в Марийское УФАС России следующие сведения и документы:

1) письменную мотивированную позицию, кто является рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем рассматриваемой рекламной информации (с учетом положений статьи 3 Закона о рекламе);

2) указать, считает ли общество, что в рассматриваемом случае присутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе в соответствии с обстоятельствами, изложенными в настоящем определении? Представить мотивированную позицию;

6. АО «Газпромбанк» в срок до 25.10.2021 представить в Марийское УФАС России сведения о том предоставляло ли общество согласие на получение по номеру телефона информации рекламного характера? Представить соответствующие пояснения.

7. Явка лица, участвующего в деле (либо его представителя с надлежащим образом оформленной доверенностью), обязательна.

8. Предложить лицу представить иные сведения и материалы, имеющие значение при рассмотрении данного дела.

Все затребованные документы должны быть оформлены в соответствии с требованиями делопроизводства, подписаны должностным лицом и заверены печатью. В случае невозможности представления документов в указанные сроки просим направить их по факсу: 8(8362)56-60-56 либо по электронной почте fo12@fas.gov.ru, с последующим направлением по почте.

В случае отсутствия названных документов представить письменное объяснение причины их отсутствия.

Заместитель руководителя–

начальник отдела