

РЕШЕНИЕ

18.03.2021г.
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:

«...» – руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай;

Члены комиссии:

«...», – главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай;

«...» – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай,

11 марта 2021 года, рассмотрев дело № 004/05/18-14/2021 от 22.01.2021г., возбужденное в отношении «...»,

по факту распространения смс-сообщения **«3 ДНЯ АКЦИИ ДО ОФИЦИАЛЬНОГО ОТКРЫТИЯ! ГОД 9900 или 1300/МЕС 84994440145»** по сетям сотовой связи с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие заявителя – «...» (уведомлен надлежащим образом);

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – «...» (уведомлено надлежащим образом);

в отсутствие представителей заинтересованных лиц – «...»;

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике

Алтай поступило заявление «...». (вх. № 6571 от 24.11.2020г.), являющегося абонентом оператора сотовой связи «...», о распространении следующего рекламного СМС-сообщения с признаками нарушения статьи 18 Закона о рекламе на мобильный телефон (абонентский номер), а именно: **«3 ДНЯ АКЦИИ до ОФИЦИАЛЬНОГО ОТКРЫТИЯ! ГОД 9900 или 1300/МЕС 84994440145»**, поступившего 22.10.2020г. в 15:03 от отправителя powerhouse. 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 сотового телефона, подтверждающий факт получения абонентом вышеуказанного смс-сообщения.

По информации, представленной «...» (вх. № 6208 от 12.11.2020г.), рассматриваемое СМС-сообщение поступило 22.10.2020г. в 15:03 часов на абонентский номер с телефона, закрепленного за «...», на основании договора об оказании услуг связи №572561248 от 22.09.2015г., а также дополнительного соглашения №3 от 01.12.2018г. об оказании услуги «Партнерские SMS-сервисы».

«...» направило в адрес «...» запрос о предоставлении документов, подтверждающих получение от абонента предварительного согласия, в ответ на который «...» сообщило, что 30.08.2020г. «...» была заполнена анкета регистрации гостевого визита, также предоставило копию анкеты регистрации гостевого визита.

Вместе с тем, заявитель «...» в заявлении настаивает, что вышеуказанное согласие он не давал, адрес фактического проживания и подпись заявителя, указанные в анкете, не соответствуют действительности.

По информации, представленной «...» (вх. №7038 от 14.11.2020г.), сообщение от буквенного номера powerhouse было передано заказчиком рассылки «...» в рамках договора №467426 от 01.11.2018г., заключенного между «...» и ООО ««...»».

19.02.2021г. к назначенному времени рассмотрения дела №004/05/18-14/2021 от 22.01.2021г. представитель ответчика «...» не явился. Запрашиваемые УФАС по Республике Алтай определением №004/05/18-14/2021 от 22.01.2021г. (исх. №160/09 от 22.01.2021г.) с возбуждении дела по признакам нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе информация и документы «...» не представлены, за исключением пояснений «...2, отправленных с электронной почты «...», из которых следует, что рекламодателем является «...», а также, что спорное согласие на получение смс-рассылки было получено сотрудниками данной организации.

Запрашиваемые УФАС по Республике Алтай определением №004/05/18-14/2021 от 22.01.2021г. об отложении дела (исх. №471 от 20.02.2021г.) информация и документы «...», «...» не представлены, за исключением пояснений «...», договора №970 от 13.08.2020г. об отправлении и получении смс-сообщений с личного кабинета пользователя, заключенного между «...» и «...».

Таким образом, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу о необходимости замены лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – с «...» на «...».

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее:

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, рекламой признается 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.

Смс-сообщение: **«3 ДНЯ АКЦИИ до ОФИЦИАЛЬНОГО ОТКРЫТИЯ! ГОД 9900 или 1300/МЕС 84994440145»**, является рекламой, так как оно неперсонифицировано (направлено абоненту), направлено на привлечение внимания у объекту рекламирования.

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.

Под абонентом или адресатом понимается лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

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 08.10.2012г. № 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 пп. 22.1 п. 22 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Федеральный закон «О связи» не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей

российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (то есть, например, с использованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

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.

Следовательно, согласие на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя/рекламодателя.

Согласно письменным пояснениям «...», представленным «...», анкета гостевого визита заполняется самостоятельно клиентом. Сотрудником клуба копия паспорта не снимается. Паспортные данные фиксируются фиксируются и проверяются только при оплате и оформления клубного членства. Данный клиент был на бесплатном гостевом визите.

Вместе с тем, как указывает заявитель в повторном заявлении подтвердил, что вышеуказанное согласие он не давал, адрес фактического проживания и подпись заявителя, указанные в анкете, не соответствуют действительности.

Исходя из материалов дела в совокупности, Комиссия критически оценивает доказательства предварительного получения ответчиком

согласия Белоусова С.В. на получение рекламы.

Таким образом, «...» не доказало, надлежащее получение предварительного согласия на отправку рассматриваемого смс-сообщения абоненту +....., в связи с чем, несет ответственность за распространение смс-сообщения на вышеуказанный номер.

В связи с изложенным, действия «...», связанные с распространением информации «**3 ДНЯ АКЦИИ до ОФИЦИАЛЬНОГО ОТКРЫТИЯ! ГОД 9900 или 1300/МЕС 84994440145**» (22.10.2020г. в 15:03 часов), от отправителя powerhouse, посредством сотовой связи без получения предварительного согласия абонента, образуют нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно 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.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе рекламодаделец – это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В рассматриваемом случае с учетом обстоятельств дела, в том числе договора №970 от 13.08.2020г. об отправлении и получении смс-сообщений с личного кабинета пользователя (п.п 1.1, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.4, 5.2) рекламораспространителем является «...».

Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что действия «...», связанные с распространением информации «**3 ДНЯ АКЦИИ ДО ОФИЦИАЛЬНОГО ОТКРЫТИЯ! ГОД 9900 или 1300/МЕС 84994440145**» (22.10.2020г. в 15:03 часов), от отправителя powerhouse, посредством сотовой связи без получения предварительного согласия абонента, образует нарушение части 1 статьи 18 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.

Комиссия УФАС по РА считает, что рассматриваемое смс-сообщение является ненадлежащей рекламой.

При решении вопроса о возможности выдачи предписания, Комиссия исходит из того, что документы, подтверждающие исключение номера +..... из списка для отправки рекламных смс-сообщений в материалах дела не представлены.

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 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу «**3 ДНЯ АКЦИИ ДО ОФИЦИАЛЬНОГО ОТКРЫТИЯ! ГОД 9900 или 1300/МЕС 84994440145**», поступившую 22.10.2020г. в 15:03 часов от отправителя powerhouse, без предварительного согласия абонента Белоусова С.В. (абонентский номер +.....), что противоречит части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать «...» предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства, а именно:

– прекратить распространение рекламы по сетям электросвязи, без наличия предварительного согласия абонента или адресата (абонентский номер +.....) на получение рекламы.

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.

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