

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

РЕШЕНИЕ № 072/05/18-11/2019

31.05.2019 г. г. Тюмень

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

Председатель Комиссии: <...>
- заместитель руководителя управления –
начальник отдела КСЗ;
<...> - главный специалист-эксперт отдела КСЗ;;
Члены Комиссии:
<...> - специалист-эксперт отдела КСЗ,

рассмотрев дело № 072/05/18-11/2019, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента,

в отсутствие представителей лиц, участвующих в деле:

- заявителя – <...>, уведомлен надлежащим образом (почтовый идентификатор № <...>);

- ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» (117246, г. Москва, проезд Научный, д. 19, эт. 2, ком. 6Д, оф. 137, ИНН 7728892172, ОГРН 5147746191357), уведомлено надлежащим образом (почтовый идентификатор № 80082135191767),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступило заявление гражданина <...>, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В заявлении указывается, что на абонентский номер <...>, зарегистрированный за гражданином, поступило SMS-сообщение рекламного характера, следующего содержания: «V5F Супернеделя. 1.65кг роллов 909р. СУШИЦЕТ Русаковская1. 89854872992» дата и время: 05.02.2019 г. в 18:03 от абонента +79653167353 через SMS-центр +79037011111.

Как указывает заявитель, согласия на SMS-рассылку рекламного характера он не давал.

Определением от 15.03.2019 г. № 072/05/18-11/2019 возбуждено дело по признакам нарушения требований законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «ГАРАНТИНВЕСТ».

На заседании Комиссии 31.05.2019 г. отсутствовали представители заявителя и лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства.

В соответствии с п. 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (утверждены Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508), рассмотрение дела в отсутствие сторон возможно в случаях, если имеются данные об их своевременном извещении о месте и времени рассмотрения дела и если от них не поступило мотивированное ходатайство об отложении рассмотрения дела или указанное ходатайство не удовлетворено антимонопольным органом.

В соответствии с Постановлением Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившихся за их получением, несмотря на почтовое извещение (при наличии соответствующих доказательств).

Копия определения от 15.04.2019 г. об отложении рассмотрения дела № 072/05/18-11/2019, направленная Тюменским УФАС России по адресу места регистрации ООО «ГАРАНТИНВЕСТ», высланы обратно отправителю 25.05.2019 г. в связи с истечением срока хранения, следовательно, считается, что адресат надлежащим образом уведомлен о получении определения.

Таким образом, дело может быть рассмотрено в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства.

Согласно сведениям, представленным оператором связи ПАО «Вымпел-Коммуникации», лицом, направившим указанное SMS-сообщение, является абонент ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» (117246, г. Москва, проезд Научный, д. 19, эт. 2, ком. 6Д, оф. 137, ИНН 7728892172, ОГРН 5147746191357), с которым заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № V51-V51007 от 25.02.2017 г. (далее – договор).

В п. 1.1. договора указано, что оператор оказывает услуги связи «Билайн», а абонент оплачивает оказанные услуги связи.

В соответствии с условиями оказания услуг связи «Билайн», являющихся неотъемлемой частью договора, абонент принял на себя обязательство:

- в соответствии с пп. 4 п. 4.1. договора не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) – для проведения лотерей, голосовании, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок, установки шлюзов (или устройств) для доступа в сети подвижной и/или факсимильной связи, интернет-телефонии и других мероприятий, приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи и ущербу оператора или третьих лиц.

- согласно пп. 7 п. 4.1. договора соблюдать правила пользования телематическими услугами и услугами передачи данных, которые публикуются на сайте оператора, а также все изменения, которые будут внесены в договор.

К рассмотрению дела, назначенного на 31.05.2019 г., ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» письменные пояснения и документы не представлены.

Рассмотрев материалы дела № 072/05/18-11/2019, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно п.п. 1,2,3,4 статьи 3 Федерального закона №38-ФЗ от 13.03.2006 г. «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), рекламой является 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; 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту <...> 05.02.2019 г. в 18:03 от абонента +79653167353 через SMS-центр +79037011111, следующего содержания: «V5F Супернеделя. 1.65кг роллов 909р. СУШИЦЕТ Русаковская1. 89854872992» является рекламой, где объектом рекламирования выступал магазин «СУШИЦЕТ», на привлечение внимания к которому и направлено sms-сообщение.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие им было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, учитывая, что в материалы дела не представлено письменное согласие абонента на получение sms-сообщений рекламного характера, в действиях ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» имеются признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно материалам дела ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» является рекламодателем.

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон 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 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.

Согласно пункту 16 статьи 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно пункту 32 статьи 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Закона о Связи.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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).

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Таким образом, ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» обязано иметь соответствующее согласие пользователя в силу закона (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе, часть 1 статьи 44.1 Закона о Связи). Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела не представлено.

Учитывая, что у ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» отсутствует предварительное согласие абонента на получение sms-рассылки, в том числе и рекламного характера, следовательно, Обществом нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая, что в материалах дела отсутствуют доказательства того, что на абонентский номер <...> продолжают поступать sms-сообщения рекламного характера от абонента +79653167353, Комиссия считает выдачу предписания нецелесообразной.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «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 рекламу, содержащуюся в SMS-сообщении, поступившем на абонентский номер <...>, следующего содержания: «V5F Супернеделя. 1.65кг роллов 909р. СУШИЦЕТ Русаковская1. 89854872992» дата и время: 05.02.2019 г. в 18:03 от абонента +79653167353 через SMS-центр +79037011111, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе не выдавать в связи с отсутствием оснований для его выдачи.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме _____ года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии <...>

<...>

Члены комиссии

<...>