

РЕШЕНИЕ

по делу № 082/05/18-342/2024

по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

Резолютивная часть объявлена 24.05.2024

Решение в полном объеме изготовлено 07.06.2024 г. Симферополь

Комиссия Межрегионального управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Крым и городу Севастополю (далее — Управление, Комиссия) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

<...> — заместитель руководителя Управления;

члены Комиссии:

<...> — специалист-эксперт отдела контроля рекламы и органов власти Управления;

<...> — специалист 1-го разряда отдела контроля рекламы и органов власти Управления,

рассмотрев дело № 082/05/18-342/2024, возбужденное по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе) при распространении нежелательной рекламы посредством смс-сообщений без согласия адресата,

в присутствии:

заявителя, представителя по доверенности ООО «К-Телеком» <...>., представителя по доверенности ГБУ ДПО РК «ЕЦ ПО» <...>.

УСТАНОВИЛА:

В Управление поступило заявление <...> (далее - Заявитель) о распространении нежелательной рекламы посредством смс-сообщений. На абонентский номер мобильного телефона заявителя <...> 28.11.2023 г. в 12:36 поступило короткое текстовое сообщение по сетям подвижной радиотелефонной связи (смс) от отправителя следующего содержания - «Осталось несколько дней до завершения Черной пятницы! Успейте оформить заявку на подключение домашнего интернета от Волны и пользоваться услугами за 100 руб./мес.! <https://clck.ru/36omQX>», 28.11.2023 г. в 12 часов 36 минут поступило СМС-сообщение следующего содержания: «Погода меняется, а цена за тариф с домашним интернетом, мобильной связью и цифровым ТВ остаётся прежней - всего 240 руб./мес. Подробнее: <https://clck.ru/36oqD4>», 26.12.2023 г. в 13 часов 30 минут поступило смс-сообщение следующего содержания: «Новый Год - время подарков! Волна дарит скидку 75% на домашний интернет! Не упустите свою выгоду! <https://clck.ru/373tDG>», 04.01.2024 в 10 часов 36 минут смс-сообщение: «С Новым годом! Воспользуйтесь каникулами и подключите домашний интренет от Волны! За 100 руб/мес. Вы получите тариф, в котором сразу 3 услуги: домашний интернет, мобильная связь и

цифровое ТВ.

Подробнее <https://clck.ru/373tDG>», что подтверждается материалами, приложенными заявителем (скриншоты сообщений).

Определением от 27.02.2024 № ВЕ/3027/24 Управление возбудило производство по делу №082/05/18-342/2024 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе реклама - это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому 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 рисе 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.

Рассматриваемая информация направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Под рекламой понимается определенная не персонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В рассматриваемом случае рекламная информация адресована неопределённому кругу лиц, не содержит персональных условий предоставления услуги, при этом техническая адресация рекламы конкретному абоненту посредством телефонной связи не изменяет безадресный характер рекламного сообщения.

Таким образом, является рекламной информация, поступившая Заявителю без предварительного его согласия.

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 распространённой 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.

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона от 07.07.2023 года № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон 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.

При этом, согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе 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.

Оператором мобильной связи абонентского номера является общество с ограниченной ответственностью «К-Телеком» (далее — ООО «К-Телеком», Общество).

Общество пояснило, что владельцем абонентского номера <...> является Государственное бюджетное учреждение дополнительного образования Республики Крым «Единый центр дополнительного образования в сфере закупок» (далее — Бюджетное учреждение) в соответствии с Договором об оказании услуг подвижной радиотелефонной связи от 01.10.2023 № 698257 (далее — Договор).

В соответствии с приложением к Договору Бюджетное учреждение является владельцем следующих абонентских номеров: <...>.

Согласно предоставленным Заявителем документам Бюджетное учреждение передало Заявителю сим-карту с корпоративным номером: <...>.

Согласно пункту 7.4 Договора абонент вправе выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, когда возможность такого отказа предусмотрена нормативными правовыми актами о рекламе, путем направления оператору соответствующего письменного уведомления, заключая договор, абонент, тем самым, выражает свое согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативными правовыми актами о рекламе.

В письме (исх. №24/910 от 18.10.2023) ООО «К-Телеком» подтвердило факт отправления текстовых сообщений, а также сообщило, что ООО «К-Телеком» и ООО «КТК-телеком» используют общую инфраструктуру. Данная рассылка была направлена абоненту вследствие технической ошибки.

ООО «К-Телеком» пояснило, что уведомление об отказе от получения рекламной информации от данного Абонента в адрес ООО «К-Телеком» не поступало.

Вместе с тем, ссылка ООО «К-Телеком» на то, что абонент дал согласие на получение рекламных сообщений при заключении Договора, противоречит статье 428 Гражданского кодекса Российской Федерации, поскольку включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора на оказание каких-либо услуг противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения. (Данная позиция согласуется с судебными актами по делу № А40- 146238/2020).

В соответствии с постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее - постановление Пленума ВАС РФ) согласие абонента может быть выражено в любой форме, однако такая форма согласия должна быть достаточной для идентификации такого согласия и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного

рекламораспространителя (абзац четвертый п. 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленума ВАС РФ указано, что согласие абонента 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 постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 N 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы).

Документы, подтверждающие в рассматриваемом случае наличие согласия со стороны заявителя и Бюджетного учреждения на получение спорной рекламы рекламораспространителем не представлены.

Поскольку из текста заключенного между ООО «К-телеком» (оператор) и абонентом (Бюджетное учреждение) договора об оказании услуг связи, следует что его положения не оставляют абоненту права выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации ввиду отсутствия в нем соответствующей графы для заполнения, следовательно, представленные Ответчиком доказательства получения предварительного согласия абонента на получение рекламы не свидетельствуют о том, что абонент в настоящем случае, в момент направления ему уведомления, добровольно согласился на получение рекламной информации, что также подтверждается и поступившей жалобой Заявителя, настаивавшего на отсутствии с его стороны согласия на получение рекламной информации на свой номер телефона, а также письменными пояснениями Бюджетного учреждения, согласно которым учреждение считает пункт 7.4 договора об оказании услуг связи противоречащим статье 18 Закона о рекламе и в соответствии с частью 2 статьи 168 Гражданского кодекса Российской Федерации ничтожным.

Согласно части 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка также 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.

Таким образом, представленные ООО «К-Телеком» доказательства получения предварительного согласия абонента на получение рекламы не свидетельствуют, что абонент в настоящем случае, в момент направления ему смс-сообщений, добровольно согласился на получение рекламной информации на свой номер

телефона.

Кроме того, между Бюджетным учреждением и ООО «К-Телеком» заключен новый договор об оказании услуг подвижной радиотелефонной связи от 16.01.2024 № 6982257, пунктом 7.4 которого установлено, что, заключая договор, абонент, тем самым, выражает свой отказ на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе.

Согласно приложению к данному договору Бюджетное учреждение является владельцем следующих абонентских номеров: <...>.

Вместе с тем, Управлением установлена и подтверждается материалами дела продолжающаяся спам-рассылка по абонентскому номеру мобильного телефона Заявителя <...> после выражения отказа на получение рекламной информации, а именно: 18.01.2024 в 11 часов 39 минут поступило смс-сообщение следующего содержания: «Новогодняя акция в разгаре! Успейте до 31 января подключить домашний интернет с цифровым ТВ за 100 руб./мес.! <https://clck.ru/373uyM>», 06.02.2024 в 11 часов 04 минуты поступило смс-сообщение следующего содержания: «Не выбирайте, берите сразу все! Домашний интернет и цифровое ТВ за 200 руб./мес.! Подробнее <https://clck.ru/38UFFD>», 22.02.2024 в 10 часов 16 минут поступило смс-сообщение следующего содержания: «Отличный подарок на 23 февраля всего за 100 руб. Подключите домашний интернет и цифровое ТВ. Подробнее <https://clck.ru/38UFFd>, 04.04.2024 в 11 часов 24 минуты поступило смс-сообщение следующего содержания: «Время тест-драйва! Подключайте домашний интернет и ТВ — платите всего по 100 руб./мес. первые три месяца. Подайте заявку: <https://clck.ru/38UFFd>».

Согласно части 2 статьи 3 Закона о рекламе 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.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, ООО «К-Телеком» как рекламодателем нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

На основании пункта 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламораспространителям, операторам рекламных систем обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. При этом предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдается на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей (часть 3 статьи 33 Закона о рекламе).

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства от 24.11.2020 № 1922, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании части 1 статьи 36 Закона 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, распространенную посредством смс-сообщений на абонентский номер <...> без предварительного согласия абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

3. Выдать обществу с ограниченной ответственностью «К-Телеком» (адрес: пр-кт Чекистов, д. 33, к. 2, г. Краснодар, Краснодарский край, 350089, ИНН 2308210371, ОГРН 1142308006917) предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в течение 3-х месяцев со дня его принятия.