

РЕШЕНИЕ

18.08.2022г.
Алтайск

г. Горно-

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, рассмотрев дело №004/05/18-147/2022, возбужденное в отношении возбужденное в отношении ООО «Смарт Центр» (ИНН 1435252703, ОГРН 1121435004481, Республика Саха (Якутия), г. Якутск, ул. Халтурина, д. 4/2 Г, офис 8) по признакам нарушения части 1 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

в присутствии:

- представителя ООО «Смарт Центр» Я.;
- представителя заинтересованного лица ПАО «МТС» М.;

в отсутствие:

- заявителя С, надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела;
- представителей заинтересованных лиц ПАО «ВымпелКом», ООО МКК «Финансовый супермаркет», ООО «БИГЛ», ООО «Девтек», ООО «СМС Трафик»,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление С (вх. №1400 от 21.03.2022г.) являющегося абонентом оператора сотовой связи ООО «МТС», о распространении следующего рекламного СМС-сообщения с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» на мобильный телефон (абонентский номер +7912590), а именно: **«Заявка предварительно одобрена! Получите до 30 000 рублей на 7 дней без процентов по телефону 88006009531 и ссылке www.otlnal.ru/wlzPk»**, поступившего от отправителя Otlnal 18.03.2022г. в 16:55 часов.

По мнению заявителя, данное сообщение является рекламой. Заявитель считает, что вышеуказанными действиями распространитель смс-сообщение нарушил Закон о рекламе, так как согласия на получение рекламы посредством сотовой связи он не давал.

В качестве подтверждения факта получения рекламного сообщение заявителем представлен текст рекламного сообщения, подтверждающий

факт получения абонентом вышеуказанного сообщения.

На основании информации, предоставленной ПАО «МТС» (вх. № 1698 от 01.04.2022г.) буквенно-символьный номер Otfnal принадлежит ООО «СМС Трафик» на основании договора от 12.12.2017г. с ПАО «МТС».

Согласно ответу ООО «СМС Трафик» (вх. №1981 от 20.04.2022г.) инициатором рассылки является ПАО «ВымпелКом» в соответствии с договором №430/18, заключенным между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ПАО «ВымпелКом» (Заказчик). Предметом договора является оказание услуги по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений адресатам Заказчика посредством подключения и обслуживания Заказчика в электронной системе Исполнителя.

Исходя из информации, представленной ПАО «ВымпелКом» (вх. №1741 от 04.04.2022г.) отправителем спорного сообщения является ООО «Смарт Центр» на основании договора, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Смарт Центр» №808701686 от 02.08.2021г., а также дополнительного соглашения от 02.08.2021г. об оказании услуги «Партнерские SMS-сервисы».

Согласно ответу (вх. № 2069 от 26.04.2022г.) ООО «Смарт Центр» оказывает ООО МКК «Финансовый Супермаркет» услуги центра обработки вызовов по договору на оказание соответствующих услуг от 01.05.2019г. В рамках оказания услуг по данному договору, ООО «Смарт Центр» осуществило направление смс-сообщения: **«Заявка предварительно одобрена! Получите до 30 000 рублей на 7 дней без процентов по телефону 88006009531 и ссылке www.otfnal.ru/wlzPk»** абоненту +7912590,,,,, с целью информирования абонента С. о возможности предоставления ему займа ООО МКК «Финансовый Супермаркет». Предварительное согласие абонента +79125909822 С. было получено ООО МКК «Финансовый Супермаркет» от ООО «Бигл», которое в свою очередь получило данные, указанные С. и его предварительное согласие от ООО «Девтек». В ООО «Девтек» данные абонента и предварительное согласие поступило от ООО «Базальт» (Дата прекращения деятельности: 20.04.2022г.): абонент +7912590,,,,, С. добровольно предоставил свои данные на сайте ООО «Базальт» в сети интернет по адресу: <https://cloudzaim.ru/> путем регистрации и подтверждения принятия условий предоставления услуг на сайте, а также дал предварительное согласие на получение сообщений рекламного характера, в целях соискания им возможности получения финансовых услуг.

Однако, ООО «Смарт Центр» подтверждения согласия абонента +7912590 С. на получение рекламы в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя, представлено не было. Так, в документах отсутствует подпись, цифровая подпись лица, паспортные данные, а также дата рождения, представленные ООО «Смарт Центр» не совпадают с

данными, представленными С. в антимонопольный орган.

В связи с тем, что указанная реклама содержит признаки нарушения требований части 1 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», в соответствии с частями 1, 2 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай от 17.05.2022г. возбуждено дело № 004/05/18-147/2022 в отношении ООО «Смарт-Центр» и назначено к рассмотрению на 09.06.2022г.

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38 - ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), реклама – это 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.

Объектом рекламирования может быть 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, согласно пункту 3 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;
- электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Соответственно, термин «реклама», примененный в части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ, предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 этого же Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством

использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

В письме ФАС России от 20 июня 2018 г. № АД/45557/18 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Следовательно, полученное заявителем СМС-сообщение: **«Заявка предварительно одобрена! Получите до 30 000 рублей на 7 дней без процентов по телефону 88006009531 и ссылке www.otlnal.ru/wlzPk»** является рекламой, так как оно неперсонифицировано, направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к услугам грузотакси и продвижение этих услуг на рынке.

Признак рекламы – адресация неопределенному кругу лиц, в данном случае не является безусловным основанием для непризнания СМС-сообщения рекламой, так как реклама, распространяемая посредством сотовой связи, подразумевает ее обращение конкретному абоненту.

08.06.2022г. в адрес УФАС по РА поступило ходатайство ООО «Смарт Центр» об объединение дел о нарушении законодательства о рекламе в одно производство.

09.06.2022г. Комиссия УФАС по РА приняла решение об отложении рассмотрения дела № 004/05/18-147/2022 на 19.07.2022г. на 14.30 часов и продлении срока его рассмотрения в связи с необходимостью получения дополнительных документов.

15.06.2022г. в адрес УФАС по РА поступили пояснения С. пояснил, что сайт «<https://cloudzaim.ru/>» не посещал, регистрацию на сайте не проходил.

24.06.2022г. в адрес УФАС по РА поступили пояснения ООО «Смарт Центр» согласно которым, в общество от ООО МКК «Финансовый супермаркет» договор займа не поступал. IP – адрес, с которого С. посещал сайт «<https://cloudzaim.ru/>», контрагентами в ООО «Смарт Центр» не предоставлялся.

К назначенному времени рассмотрения дела №004/05/18-147/2022 Сне явился, уведомлен надлежащим образом.

В связи с невозможностью рассмотрения дела в назначенный срок Комиссия приняла решение об отложении рассмотрения дела № 004/05/18-147/2022 на 16.08.2022г. на 15.00 часов.

Комиссия УФАС по РА, рассмотрев ходатайство об объединении дел в одно

производство не находит оснований для его удовлетворения, так как это не будет способствовать полному, всестороннему и объективному рассмотрению дел. Данные нарушения имеют разные составы и события.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-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 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.

Согласно части 1 статьи 28 Закона о рекламе реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг, и финансовой деятельности должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги или осуществляющего данную деятельность (для юридического лица - наименование, для индивидуального предпринимателя - фамилию, имя и (если имеется) отчество).

В соответствии со ст. 54 Гражданского кодекса Российской Федерации, юридическое лицо имеет свое наименование, содержащее указание на организационно-правовую форму, а в случаях, когда законом предусмотрена возможность создания вида юридического лица, указание только на такой вид. Наименование некоммерческой организации и в предусмотренных законом случаях наименование коммерческой организации должны содержать указание на характер деятельности юридического лица.

В рассматриваемой рекламе отсутствует наименование с указанием на организационно-правовую форму лица, оказывающего финансовые услуги.

Таким образом, рассматриваемое рекламное сообщение противоречит требованиям части 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе».

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако 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 08.10.2012 № 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.

В соответствии с письмом ФАС России от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» Федеральный закон «О рекламе» возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателя.

При этом согласие абонента 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 (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Согласно письму ФАС России от 11.11.2019 № ДФ/98054/19, 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 указанного требования статьи 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

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.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, 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), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное рекламодателю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там,

где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Частью 7 статьи 38 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение части 1 статьи 18 данного Федерального закона возложена на рекламораспространителя.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Законом № 272-ФЗ в статью 2 Федерального закона «О связи» введено понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается 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.

В соответствии с разъяснениями ФАС России 05.12.2014 №АК/49919/14 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, в случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с «коротких» и «буквенных» номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламодателем.

Идентификатор «Ofinal» не соответствует российской системе и плану нумерации, таким образом, ООО «Смарт Центр», являясь оператором связи абонента, которому предназначена рассылка, также является рекламодателем.

На заседании Комиссии представитель ООО «Смарт Центр», пояснила, что данное сообщение не является рекламой, в связи с чем, общество действовало добросовестно.

Однако, данные доводы опровергаются обстоятельствами и материалами дела.

Также на заседании Комиссии представитель ПАО «МТС», поддержал ранее направленные доводы, пояснил, что общество не является рекламодателем.

Резюмируя изложенное, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемой смс-рекламы является ООО «Смарт Центр».

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 рассматриваемая смс-реклама является

ненадлежащей.

При решении вопроса о возможности выдачи предписания, Комиссия исходит из того, что документы, подтверждающие устранение нарушения законодательства о рекламе в материалах дела, отсутствуют.

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 10 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.

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 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия.

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей смс-рекламу: **«Заявка предварительно одобрена! Получите до 30 000 рублей на 7 дней без процентов по телефону 88006009531 и ссылке www.otlnal.ru/wlzPk»**, поступившую в 16:55 часов 18.03.2022г. от отправителя Otlnal, на мобильный номер +7912590,,,,, без предварительного согласия абонента С. на получение рекламы, а также без указания наименования лица, оказывающего финансовые услуги или осуществляющего данную деятельность, что противоречит ч. 1 ст. 18, ч. 1 ст. 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»;

2. Выдать ООО «Смарт Центр» (ИНН 1435252703, ОГРН 1121435004481, Республика Саха (Якутия), г. Якутск, ул. Халтурина, д. 4/2 Г, офис 8) предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства, а именно – прекратить распространение смс-рекламы: **«Заявка предварительно одобрена! Получите до 30 000 рублей на 7 дней без процентов по телефону 88006009531 и ссылке www.otlnal.ru/wlzPk»** по сетям электросвязи без наличия предварительного согласия абонента (+7912590,,,,,) на получение рекламы, а также без указания наименования лица, оказывающего финансовые услуги или осуществляющего данную деятельность.

3. Передать материалы дела уполномоченному лицу УФАС по РА для возбуждения административного производства, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ в отношении ООО «Смарт Центр», виновного в нарушении рекламного законодательства.

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