РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 050/05/18-90/2024

Резолютивная часть решения оглашена «23» апреля 2024 г.

В полном объеме решение изготовлено «24» апреля 2024 г.

«24» апреля 2024 г. г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области по рассмотрению дел о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии:

<...> – заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области (далее – Управление).

Члены Комиссии:

<...> – начальник отдела контроля за рекламной деятельностью и недобросовестной конкуренцией Управления;

<...> – заместитель начальника отдела контроля за рекламной деятельностью и недобросовестной конкуренцией Управления,

рассмотрев дело № 050/05/18-90/2024, возбужденное по факту направления на принадлежащий заявителю абонентский номер <...>:

– 25.05.2023 в 16:43 с абонентского номера с буквенным идентификатором «Ohana-fit» входящего СМС-сообщения следующего содержания: «*Последний sale весны! Карта на год с подарками! До 29.05! 8499444161*3»;

– 30.05.2023 в 18:38 с абонентского номера с буквенным идентификатором «Ohana-fit» входящего СМС-сообщения следующего содержания: «*Два года фитнеса по цене полугода! Успейте! Осталось 2 дня 84994441613*» с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

В Управление поступило обращение <...> от 19.06.2023 № <...> по факту направления на принадлежащий заявителю абонентский номер <...>:

– 25.05.2023 в 16:43 с абонентского номера с буквенным идентификатором «Ohana-

fit» входящего СМС-сообщения следующего содержания: «*Последний sale весны! Карта на год с подарками! До 29.05! 84994441613*»;

– 30.05.2023 в 18:38 с абонентского номера с буквенным идентификатором «Ohana-fit» входящего СМС-сообщения следующего содержания: «*Два года фитнеса по цене полугода! Успейте! Осталось 2 дня 84994441613*»
без предусмотренного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы (далее – Обращение).

В ходе рассмотрения Обращения, а также настоящего дела Управлением установлено, что абонентский номер с буквенным идентификатором «Ohana-fit» использовался для отправки указанных СМС-сообщений Обществом с ограниченной ответственностью «Охана-Волковский» (место нахождения: 108813, г. Москва, вн.тер.г. поселение Московский, ул. Хабарова, д. 2; ИНН: 7751158918; ОГРН: 1197746187870; дата регистрации в качестве юридического лица: 14.03.2019, далее – ООО «Охана-Волковский», Общество) на основании договора оказания услуг от 14.07.2020 № 20/07-04-Н, заключенному с ООО «СмартТелеком».

Как следует из правовой позиции Общества, направленной в адрес ООО «СмартТелеком» , согласие абонента, использующего абонентский номер +79261747383, было получено ООО «Охана-Волковский» при заключении контракта от 20.05.2023 с физическим лицом, указавшим данный номер в качестве контактного.

Рассмотрев материалы дела и выслушав доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия установила следующее.

В соответствии с пунктом 1 статьи 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.

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. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о неком лице или лицах, для которых реклама создана
и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно пункту 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 силу пункта 3 статьи 3 Закона о рекламе товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная

информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Рассматриваемые входящие СМС-сообщения, поступившие 25.05.2023 в 16:43 и 30.05.2023 в 18:38 на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> с абонентского номера с буквенным идентификатором «Ohana-fit», являются рекламой, поскольку отвечают всем признакам рекламы согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, а именно: являются информацией «*Последний sale весны! Карта на год с подарками! До 29.05! 84994441613*» и «*Два года фитнеса по цене полугода! Успейте! Осталось 2 дня 84994441613*», распространенной по сетям электросвязи, адресованной неопределенному кругу лиц и направленной на привлечение внимания к услугам фитнес-клуба.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) 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 излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

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

Таким образом, Законом о рекламе установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

Согласно пункту 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.10.2012 № 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.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – 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.

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 рекламораспространителя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю либо рекламораспространителю, во-вторых – должно быть выражено явно.

В соответствии со сведениями, представленными ПАО «МегаФон», абонентский номер <...> выделен <...> на основании договора оказания услуг связи от 21.05.2012 № CSN-29773634.

Факт поступления 25.05.2023 в 16:43 и 30.05.2023 в 18:38 на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> входящих СМС-сообщений с абонентского номера с буквенным идентификатором «Ohana-fit» подтверждается ПАО «МегаФон».

Согласно письму ПАО «МегаФон» от 05.10.2023 № 38087-ЭП/23 рассматриваемые СМС-сообщения были направлены ООО «Севентех» на основании заключенного с ПАО «МегаФон» договора от 18.10.2018 № ДМИ-ДНТХНЛДЖ-18102018 (с учетом соглашения от 01.05.2021 о передаче прав и обязанностей по договору) по базе абонентов ООО «Севентех».

В соответствии с письмом ООО «Севентех» от 23.11.2023 № 45588/23 направление данных СМС-сообщений было осуществлено через технические и программные средства по заказу ООО «СЗК «Инфосвязь» в рамках исполнения договора от 22.08.2018 № А220834.

В силу пункта 3.1.3 договора от 22.08.2018 № А220834 заказчик (ООО «СЗК «Инфосвязь») обязуется самостоятельно определять объект (предмет) рассылки, а также содержание СМС-сообщения, получателя, время рассылки.

Согласно правовой позиции ООО «СЗК «Инфосвязь» от 07.12.2023 № 47418-ЭП/23 рассматриваемые СМС-сообщения были составлены и отправлены ООО «Квазар Лимитед» на основании договора предоставления доступа к платформе Stream Telecom от 29.12.2022 № 14067/22-ОМНИ-IT (далее – Договор от 29.12.2022).

В силу пункта 2.1 Договора от 29.12.2022 исполнитель (ООО «СЗК «Инфосвязь») предоставляет заказчику (ООО «Квазар Лимитед») доступ к Платформе Stream Telecom, позволяющий заказчику самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды Сервисов Платформы, которые он может использовать по указанному договору, а заказчик оплачивает стоимость доступа к Платформе.

В соответствии с пунктом 1.4 Договора от 29.12.2022 Сервисы Платформы – совокупность функциональных возможностей Платформы, предоставляемых исполнителем при использовании заказчиком доступа к Платформе: Сервис «Обработка сообщений»; Сервис «HLR-запрос»; Сервис «FlashCall»; Сервис «WA Simple»; Сервис «Target» и другие.

Согласно письму ООО «Квазар Лимитед» от 09.01.2024 № 31-ЭП/24 рассматриваемая рассылка осуществлена ООО «СмартТелеком» на основании договора оказания услуг от 01.08.2022 № 20220801-А.

В силу пункта 2.1 договора оказания услуг от 01.08.2022 № 20220801-А исполнитель (ООО «Квазар Лимитед») берет на себя обязательства по оказанию заказчику (ООО «СмартТелеком») услуг по предоставлению доступа к личному кабинету на QAZAR Platform для самостоятельной передачи абонентам сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы заказчика.

В свою очередь, ООО «СмартТелеком» на основании пунктов 2.1 и 2.2 договора оказания услуг от 14.07.2020 № 20/07-04-Н, заключенного с ООО «Охана-Волковский», предоставило Обществу доступ к системе исполнителя для рассылки сообщений.

В соответствии с пунктом 2.3 договора оказания услуг от 14.07.2020 № 20/07-04-Н всю ответственность за соответствие текста сообщений требованиям действующего законодательства и требованиям операторов, а также за наличие согласия абонентов в полном объеме несет заказчик (ООО «Охана-Волковский»).

Обществом в материалы дела представлена копия контракта от 20.05.2023 NEW № 41832 (далее – Контракт), заключенного с физическим лицом, указавшим абонентский номер +79261747383 в качестве контактного.

Согласно пункту 5.2 Контракта член клуба дает согласие клубу на получение по сетям электросвязи (СМС-рассылка и электронная почта) рекламы услуг клуба (новинки, акции, бонусы, скидки и т. п.).

Вместе с тем лицо, с которым заключен Контракт, не является абонентом, которому выделен абонентский номер <...>. Доказательства, подтверждающие прохождение указанным лицом процедуры подтверждения номера телефона <...> при заключении Контракта, Обществом в Управление не представлены.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу об отсутствии у ООО «Охана-Волковский» согласия <...> на получение им рекламы на даты направления рассматриваемых СМС-сообщений, что свидетельствует о распространении рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании изложенного Комиссией установлен факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении указанной рекламы.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Из материалов настоящего дела следует, что рекламораспространителем спорной рекламы является ООО «Охана-Волковский».

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее – Правила), 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.

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.

В ходе рассмотрения настоящего дела документы и сведения, подтверждающие прекращение распространения рекламы с нарушением требований Закона о рекламе, в Управление не представлены.

Учитывая изложенное, усматривается наличие оснований для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-48 Правил, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать рассматриваемую рекламу ненадлежащей, не соответствующей требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Выдать ООО «Охана-Волковский» обязательное для исполнения предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области для рассмотрения вопроса о необходимости возбуждения дела по признакам нарушения статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии:
<...>

Члены Комиссии: <...>

<...>