

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю, рассмотрев протокол об административном правонарушении от 03 октября 2019 года и материалы дела № 027/04/14.3-561/2019, возбужденного в отношении АО «Винлаб» (ИНН 2508070347, КПП 250801001, дата государственной регистрации в качестве юридического лица: 18.10.2005г. Инспекция ФНС по Ленинскому району г. Владивостока, место нахождения: 692903, Приморский край, г. Находка, ул. Гагарина, д. 10, офис 253), в связи с распространением рекламы с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе»,

в присутствии представителя АО «Винлаб» (по доверенности),

УСТАНОВИЛА:

На рассмотрении Хабаровского УФАС России находится заявление гр. (вх. 4/9215 от 06.08.2019) о нарушении рекламного законодательства при распространении на номер <...> SMS-сообщения рекламного характера: *«Распродажа 05-10 марта! Подробнее www.cick.ru/FGL Ваш Винлаб 18+»* без согласия абонента.

SMS-сообщение поступило 5 марта 2019 года в 17:12 от отправителя Winelab.

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама - 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.

В соответствии с частью 1 статьи 18 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.

Распространение рекламы посредством телефонной связи без согласия абонента нарушает требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» и, в силу пункта 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе», такая реклама является ненадлежащей.

В ответ на обращение заявителя с претензией на неправомерную рассылку смс-сообщения, АО «Винлаб» письмом от 03.04.2019 сообщило, что смс-уведомление направлено на телефонный номер <...> в связи с произошедшим техническим сбоем. В настоящее время данный телефон удален из базы рассылки.

Из информации, представленной ПАО «МТС» (вх. № 4/10853э от 05.09.2019),

рассылку осуществило ООО «Мобиконт» в рамках договора от 12.12.2017. Согласно дополнительному соглашению № 3 к указанному договору номер <...> который использует ООО «Мобиконт» для отправки SMS-сообщений, является «Winelab».

По сообщению ООО «Мобиконт» (вх. № 4/10853э от 05.09.2019) услуга по организации SMS-рассылки в рамках договора от 12.12.2017 предоставлена ООО «ОСК».

ООО «ОСК» письмом от 11.09.2019 (вх. № 4/11110) сообщило, что Общество оказывает технические услуги обеспечения функционирования программного обеспечения лицам, осуществляющим рассылку sms-сообщений, не обладающих соответствующим оборудованием и программным обеспечением. SMS-сообщение от отправителя «Winelab» поступило от ПАО «Вымпел-Коммуникации» на основании договора от 01.11.2013.

Согласно сведениям, представленным ПАО «Вымпел-Коммуникации» по запросу Хабаровского УФАС России (вх. № 4/11563 от 19.09.2019, № 4/12147 от 03.10.2019), между последним и АО «Винлаб» заключен договор об оказании услуг связи от 01.12.2015. ПАО «Вымпел - Коммуникации» (Оператор) предоставляет АО «Винлаб» (Абонент) техническую возможность предоставления доступа к сети связи, а именно: услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений (закрытого пакета информации) определенному кругу лиц. В соответствии с пунктом 3.1 раздела 3 указанного договора Оператор предоставляет Абоненту в пользование на период оказания услуг телефонные номера и уникальные коды идентификации на весь срок действия договора. Оператор обеспечивает возможность приема, передачи, хранения, доставки сообщений, которые являются техническими действиями сертифицированного оборудования Оператора связи по преобразованию текста, состоящего из алфавитно-цифровых символов в сигнал (в определенной кодировке), передачу по сети электросвязи и обратного сигнала электросвязи с исходный текст. Также в рамках договора Оператор предоставляет Абоненту услуги связи, позволяющие последнему передавать и (или) принимать голосовую и (или) неголосовую информацию. При пользовании услугами Абонент самостоятельно посредством технической возможности определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку текстовых сообщений на абонентские номера своих клиентов. Кроме того, Оператор не может принимать участие в процессе передачи по сетям электросвязи сообщений, передаваемых с одного номера на другой, в силу охраняемой законом тайны связи (пункт 1 статьи 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), пункт 4 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 09.04.2014 № 1342).

АО «Винлаб» представлены письменные пояснения (вх. № 4/9891 от 21.08.2019, № 4/101392 от 27.08.2019, № 4/11606э от 23.09.2019), согласно которым содержание SMS-сообщения определено компанией «Винлаб». Отправка сообщения осуществлена ПАО «Вымпел-Коммуникации» в рамках заключенного договора от 02.06.2016 с предоставлением доступа в личный кабинет (указан пароль и логин) при наличии согласия абонента телефонного номера +7999 793 04 88 о получении

SMS-рассылок и согласия на обработку его персональных данных. При обработке анкеты у АО «Винлаб» не было оснований полагать, что номер телефона, указанный клиентом компании «Винлаб», на момент рассылки сообщения принадлежит иному лицу. АО «Винлаб» не имеет возможности отслеживать смену собственника сим-карты при ее изменении. Таким образом, АО «Винлаб» предприняты все необходимые меры по соблюдению рекламного законодательства Российской Федерации, в связи с чем отсутствует событие административного правонарушения.

С доводами, изложенными в пояснениях АО «Винлаб», Хабаровское УФАС России не согласно по следующим основаниям.

Особенности распространения рекламы в виде смс- рассылок по сетям электросвязи регламентированы статьи 44.1 Закона о связи.

Пунктом 1 указанной статьи Закона о связи установлено, что 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.

Данная норма закона уточняет и разграничивает обязанность по доказыванию наличия согласия в зависимости того по чьей инициативе осуществляется рассылка. В частности, в случае осуществления рассылки по инициативе заказчика рассылки обязанность получить согласие и доказать факт его наличия возлагается на заказчика рассылки, а в случае осуществления рассылки по инициативе оператора связи – на оператора связи.

Законодательство о связи в качестве основного критерия, по которому можно определить лицо, обязанное получить согласие абонента на распространение рекламной рассылки по сети электросвязи, устанавливает такой критерий как по чьей инициативе осуществляется рассылка.

АО «Винлаб» письмом от 23.09.2019 (вх. № 4/11606э) подтвердило, что содержание смс-сообщения *«Распродажа 05-10 марта! Подробнее www.click.ru/FGL Ваш Винлаб 18+»* определено компанией «Винлаб».

Определением Хабаровского УФАС России от 08.11.2019 у АО «Винлаб» истребованы сведения, необходимые для разрешения дела об административном правонарушении, а именно: договор об оказании услуг связи «Билайн» № 581934463 и дополнительное к нему соглашение на оказание услуги «Корпоративные СМС-сервисы», заключенные между ПАО «Вымпел-Коммуникации» и АО «Винлаб».

Правовой анализ представленных в антимонопольный орган документов показал, что рассылка рекламного сообщения осуществлялась в интересах АО «Винлаб»

посредством технических и программных средств ПАО «Вымпел-Коммуникации», а именно: выгрузкой из программы АО «Винлаб» и загрузкой файла посредством личного кабинета.

В материалы дела АО «Винлаб» представило копию анкеты, из которой усматривается, что согласие абонента телефонного номера +7999 793 04 88 на получение SMS-сообщения выразил гр* Ч., однако, владельцем указанного номера телефона является иное лицо, которое утверждает, что не давал согласие на SMS-рассылку рекламного характера.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

В силу статьи 2 ФЗ «О связи» абонент – это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Согласно договору об оказании услуг связи подвижной связи МТС от 14.01.2019 абонентом телефонного номера +7999 793 04 88 является гр*. И (заявитель).

Из анализа норм Федерального закона «О связи», Федерального закона «О рекламе» следует, что заказчик смс-рассылки должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, давшего согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

Документов и материалов, указывающих, что АО «Винлаб» приняты достаточные меры по соблюдению требований части 1 статьи 44.1 ФЗ «О связи», части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при направлении смс-сообщения с рекламой на номер абонента телефонного номера +7999 793 04 88, антимонопольным органом при рассмотрении дела не получено, АО «Винлаб» не представлено

Таким образом, с учетом того, что абоненты имеют возможность смены телефонных номеров, а также при условии, что нормы законодательства Российской Федерации предполагают направление рекламы посредством использования сетей электросвязи только с предварительного согласия абонента АО «Винлаб» могло принять все возможные меры при установлении принадлежности телефонного номера конкретному лицу, а также по получению предварительного согласия абонента на распространение рекламы.

Такие меры АО «Винлаб» не приняты, в связи с чем допущено нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», а именно: заявителю (абоненту телефонного номера +7999 793 04 88) поступило смс-сообщение с рекламой без его предварительного согласия.

Кроме того, в ходе проведения административного расследования, учитывая специфику рекламируемого заведения, имеющего по профилю своей деятельности широкий ассортимент спиртных напитков, установлено, что в данном случае по своему содержанию рекламная информация однозначно призвана продвинуть на рынке алкогольную продукцию рекламодателя, привлечь потребителя к ней на льготных условиях.

В соответствии с п. 16 Информационного письма ВАС от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара.

В соответствии с требованиями части 4 статьи 2 ФЗ «О рекламе» специальные требования и ограничения, установленные настоящим Федеральным законом в отношении рекламы отдельных видов товаров, распространяются также на рекламу средств индивидуализации таких товаров, их изготовителей или **продавцов**, за исключением случая, если реклама средств индивидуализации отдельного товара, его изготовителя или продавца явно не относится к товару, в отношении рекламы которого настоящим Федеральным законом установлены специальные требования и ограничения.

Реклама привлекает неопределенный круг лиц к условиям приобретения товара на льготных условиях, формирует интерес как к продавцу товара, так и к реализуемой им алкогольной продукции путем акций (распродажа), что способствует увеличению объема продаж.

В рекламе не указано, что рекламируемые условия приобретения товара (а именно, распродажа) направлены исключительно на безалкогольную продукцию (иной товар, реализуемый продавцом) следовательно, информация распространяется на все группы товаров, в том числе и в отношении алкогольных напитков.

Учитывая, что магазинами «Винлаб» реализуются алкогольные напитки, включая напитки с содержанием этилового спирта пять и более процентов объема готовой продукции, информация «*Распродажа 05-10 марта! Подробнее www.cick.ru/FGL Ваш Винлаб 18+*» ассоциируется именно с алкогольной продукцией и в традиционном понимании формирует интерес потребителей к спиртному.

Для потребителя данное предложение однозначно и непосредственно свидетельствует о возможности приобретения в данном месте алкогольной продукции, в том числе с содержанием этилового спирта пять и более процентов объема готовой продукции, по более выгодной цене, вне зависимости от того есть ли в рекламе наименование или изображение такой продукции.

Таким образом, распространенная реклама является рекламой продавца алкогольной продукции, следовательно, с учетом положений части 4 статьи 2 ФЗ «О рекламе» данная реклама должна соответствовать требованиям статьи 21 ФЗ «О рекламе».

Согласно части 2.1. статьи 21 ФЗ «О рекламе» реклама алкогольной продукции с

содержанием этилового спирта пять и более процентов объема готовой продукции разрешается только в стационарных торговых объектах, в которых осуществляется розничная продажа алкогольной продукции, в том числе в дегустационных залах таких торговых объектов.

Распространение рекламной информации вне зоны стационарного торгового объекта нарушает требования части 2.1 статьи 21 ФЗ «О рекламе».

На основании части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18, части 2.1 статьи 21 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Установлено, что рекламораспространителем является АО «Винлаб».

На основании части 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламораспространителем законодательства о рекламе (ненадлежащая реклама) влечет наложение административного штрафа.

Руководствуясь статьей 33 Федерального закона «О рекламе», статьями 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Признать АО «Винлаб» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3. КоАП РФ.

2. Применить к АО «Винлаб» меру ответственности в виде административного штрафа за ненадлежащую рекламу в размере 100 000 (сто тысяч) рублей.

Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Сумма штрафа, уплаченная за нарушение законодательства о рекламе, зачисляется в бюджет:

получатель УФК по Хабаровскому краю (Хабаровское УФАС России), р/с 40101810300000010001, Отделение Хабаровск. г. Хабаровск, БИК 040813001, ИНН 2721023142, КПП 272101001, код 161 1 16 01141 01 0003 140, ОКТМО 08701000, УИН 161005 00000000313248

1. В отсутствие документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа в течение шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении

линистративного штрафа в законную силу, должностное лицо, вынесшее постановление, передает соответствующие материалы судебному приставу - исполнителю для взыскания административного штрафа в порядке, предусмотренном Федеральным законодательством. Кроме того, должностное лицо, вынесшее постановление, принимает решение о привлечении лица, не уплатившего административный штраф, к административной ответственности в соответствии с частью 1 статьи 20.25 КоАП РФ.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.