

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 078/05/18-1612/2021

«2» марта 2022 г.

Санкт-Петербург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе

в присутствии представителей заинтересованных лиц:

от АО «Курорт Старая Русса» (по доверенности от 16.02.2022 № 03, участвует посредством видеоконференцсвязи), (по доверенности от 16.02.2022 № 04, участвует посредством видеоконференцсвязи),

участвует лично (присоединился к заседанию после перерыва посредством видеоконференцсвязи),

от ООО «Девино Телеком» и ООО «Форсаж» никто явился, извещены о месте и времени рассмотрения дела надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

в Санкт-Петербургское УФАС России поступило заявление (вх. № 32373-ЭП/21 от 15.10.2021) относительно нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. Заявитель сообщил, что 30 сентября 2021 года в 11:24 на его абонентский номер +7**** по сети подвижной

радиотелефонной связи от отправителя «Star.Russa» поступило короткое текстовое сообщение (смс) «скидка 10% на новогодние путевки+банкет бесплатно 8*****».

Под рекламой понимается 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 (пункту 1 статьи 3 Закона¹ о рекламе).

Информация, содержащаяся в смс «скидка 10% на новогодние путевки+банкет бесплатно 8*****», является рекламой. Лица, участвующие в деле, данный факт не оспаривают.

Требования к рекламе, распространяемой по сетям электросвязи,

установлены статьёй 18 Закона о рекламе. Согласно части 1 данной статьи 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

М***** сообщил (вх. № 32373-ЭП/21 от 15.10.2021, вх. № 34681-ЭП/21 от 10.11.2021), что не давал согласия получать рекламу по сетям электросвязи от отправителя «Star.Russa».

В связи с изложенным, определением от 16 декабря 2021 года № 78/36512/21 Санкт-Петербургское УФАС России возбудило производство по делу № 078/05/18-1612/2021 по признакам нарушения ООО «Девино Телеком» части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе». Тем же определением управление назначило рассмотрение дела на 17 января 2022 года.

Определением от 20 января 2022 года № 78/1445/22 комиссия отложила рассмотрение дела № 078/05/18-1612/2021. Тем же определением комиссия назначила рассмотрение дела № 078/05/18-1612/2021 на 28 февраля 2022 года и привлекла к участию в деле М*****, АО «Курорт Старая Русса» (заинтересованные лица) и ООО «Форсаж» (лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе).

28 февраля 2022 года комиссия объявила в заседании перерыв до 2 марта 2022 года. После объявленного перерыва комиссия продолжила рассмотрение дела в том же составе.

Изучив материалы дела, выслушав доводы М**** и АО «Курорт Старая Русса», комиссия установила следующее.

1. Анализ договорных отношений участников дела

1. Между ПАО «МегаФон» и ***** заключён договор об оказании услуг связи от 1 июля 2011 года № 7583. М***** предоставлен

абонентский номер +7***** с указанной даты.

Следовательно, в момент распространения спорной рекламы, то есть 30 сентября 2021 года, рекламораспространители были обязаны иметь согласие М***** на её получение. Согласие какого-либо иного лица не может подменить собой согласие абонента номера.

1. Между АО «МегаЛабс» (исполнитель) и ООО «Девино Телеком» (заказчик) заключён договор от 1 сентября 2018 года № ДМИ-ДВНО-01092018. Согласно пункту 2.1 договора исполнитель обязуется оказывать за вознаграждение услуги по направлению абонентам ПАО «МегаФон» рекламы, а заказчик обязуется их оплачивать. Также ООО «Девино Телеком» гарантирует наличие надлежащим образом оформленного согласия абонента ПАО «МегаФон», если рассылка происходит по базе заказчика.
2. По договору оказания услуг от 1 мая 2020 года № ДТ-К/028346, заключённому между ООО «Девино Телеком» (исполнитель) и ООО «Форсаж» (заказчик), исполнитель берёт на себя обязательства по оказанию ряда услуг заказчику, в том числе услуг по корректной передаче смс-трафика от платформы заказчика до платформ операторов связи и услуг по предоставлению заказчику доступа к личному кабинету на DEVINO Platform для самостоятельной передачи абонентам электронных сообщений, содержащих информационные и (или) рекламные материалы заказчика (пункт 2.1). При этом заказчик принял на себя обязательство не использовать подключение к DEVINO Platform для рассылки спам-сообщений.
3. С учётом изложенного, ООО «Девино Телеком» и ООО «Форсаж» являются рекламораспространителями спорной рекламы. Они были обязаны получить предварительное согласие граждан на её получение. Возможность передачи своей публичной обязанности по соблюдению законодательства о рекламе не соответствует действующему законодательству и противоречит принципу добросовестности в гражданском обороте (пункты 1 и 2 статьи 10 Гражданского кодекса России).

Статья 44¹ Федерального закона от 7 июля 2003 № 126-ФЗ «О связи» регламентирует рассылку коротких текстовых сообщений по сетям подвижной радиотелефонной связи. В силу части 1 указанной статьи рассылка признается

осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки
в случае осуществления рассылки по его инициативе не докажет, что такое согласие было получено.

В этой связи комиссия отклоняет доводы ООО «Девино Телеком» (вх. № 707-ЭП/22 от 13.01.2022) о том, что оно не является рекламодателем спорной рекламы и не должно было получать предварительное согласие граждан перед рассылкой им коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи.

2. Выводы об отсутствии согласия на получение рекламы по сетям электросвязи

В материалы дела представлена копия договора на обслуживание от 19 июня 2016 года между ЗАО (ныне — АО) «Курорт Старая Русса» и М*****.

Согласно пункту 9 указанного договора заказчик не возражает получать SMS-сообщения и письма по электронной почте с информацией о проводимых акциях и скидках.

Согласно пункту 1 статьи 428 Гражданского Кодекса Российской Федерации договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

С учётом изложенного, договор на обслуживание от 16 июня 2016 года является договором присоединения. Следовательно, И***** не могла при его заключении требовать изменения положений договора.

В этой связи наличие в договоре положения о безальтернативном согласии на получение рекламы по сетям электросвязи не является надлежащей формой получения согласия. Потребитель не может заключить договор и при этом не получать рекламу по сетям электросвязи.

Кроме того, в настоящее время АО «Курорт Старая Русса» изменило форму своего договора на обслуживание. Пункт 9 формы предусматривает возможность выбора потребителя, желает ли он получать от АО «Курорт Старая Русса» рекламу по сетям

электросвязи.

Согласно пункту 10 договора заказчик даёт своё согласие АО «Курорт Старая Русса» на обработку, в том числе автоматизированную, своих персональных данных в соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных» в целях оказания услуг и исполнения иных обязательств АО «Курорт Старая Русса». Согласие предоставляется с момента подписания договора и действительно в течение пяти лет.

Какого-либо иного срока, который бы касался рассылки рекламы по сетям электросвязи, в договоре нет. С учётом изложенного, комиссия считает, что этот срок составляет также пять лет.

После истечения данного срока АО «Курорт Старая Русса» должно прекратить хранить данные потребителя, так как хранение является формой обработки персональных данных. Следовательно, у него не будет документального согласия потребителя на получение рекламы по сетям электросвязи после истечения срока согласия на обработку персональных данных.

Договор с И***** был заключён 19 июня 2016 года. Таким образом, срок обработки персональных данных и рассылки рекламы по сетям электросвязи истёк 19 июня 2021 года.

Е***** получил спорное смс 30 сентября 2021 года. В любом случае он получил рекламу после срока, который АО «Курорт Старая Русса» определило для себя как предельно возможный срок для распространения рекламы по сетям электросвязи.

С учётом изложенного, в материалах дела нет согласия Е**** на получение рекламы сетям электросвязи. Следовательно, реклама «скидка 10% на новогодние путевки+банкет бесплатно 8****» распространена по сетям электросвязи без предварительного согласия её получателя.

3. Анализ доводов сторон

1. В материалы дела представлен акт о результатах служебного расследования от 17 февраля 2022 года (вх. № 5778-ЭП/22 от 02.03.2022). По результатам расследования АО «Курорт Старая Русса» не выявило нарушений законодательства о рекламе.

Комиссия отклоняет данное доказательство. АО «Курорт Старая

Русса» не вправе подменять собой антимонопольный орган и предрешать его выводы. Кроме того, проведённое служебное расследование не выявило каких-либо новых фактов, которым комиссия ещё не дала оценку в настоящем решении.

Также в материалах есть пояснения АО «Курорт Старая Русса» (вх. № 4648-ЭП/22 от 18.02.2022). Общество считает, что его действия соответствуют требованиям Закона о рекламе.

Комиссия отклоняет заявленные в пояснениях доводы. Их оценка дана ранее в настоящем решении.

1. Как следует из пояснений (вх. № 5105-ЭП/22 от 24.02.2022), . Номер +7****указан как контактный для связи с ближайшим родственником на случай непредвиденных ситуаций. Е.*** подчеркнул, что никто не давал согласия на получение рекламы по сетям электросвязи с 2016 года до настоящего времени.

Кроме того, Е.**** в 2020 году обращался в рекламный отдел АО «Курорт Старая Русса» и просил прекратить рассылку коротких текстовых сообщений на его абонентский номер. Вместе с тем рассылка на его абонентский номер не прекратилась.

2 марта 2022 года на заседании комиссии Е***** пояснил, что договоре с И**** не указано каких-либо сроков, которые бы определяли срок согласия на получение рекламы по сетям электросвязи. Указал на постоянный характер рассылки рекламы от АО «Курорт Старая Русса» на свой абонентский номер.

Е***** настаивал, что абонентский номер +7*****указан лишь в качестве контактного номера. АО «Курорт Старая Русса» не проверило принадлежность номера конкретному лицу.

Комиссия считает возможным согласиться с доводами Е***** Данные доводы указывают на то, что он не давал своего согласия на получения от АО «Курорт Старая Русса» рекламы на свой абонентский номер.

4. Основания для выдачи предписаний о прекращении нарушения законодательства 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.

На основании пункта 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, 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, 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.

Таким образом, антимонопольный орган вправе выдать предписание не только лицу, в действиях которого установит нарушение законодательства о рекламе, но и иным лицам, которые могут прекратить выявленное нарушение.

Выдавая лицу обязательное к исполнению предписание, антимонопольный орган не констатирует в его действиях нарушение законодательства о рекламе. Предписание само по себе является мерой публичной ответственности, а лишь свидетельствует о том, что у лица есть средства для прекращения выявленного нарушения.

С учётом изложенного, комиссия считает необходимым выдать ООО «Форсаж», ООО «Девино Телеком» и АО «Курорт Старая Русса» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе. Выбранный Санкт-Петербургским УФАС России способ защиты общественных отношений основан на положениях Закона о рекламе и направлен на защиту прав потребителей.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36

Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу «скидка 10% на новогодние путевки+банкет бесплатно 8****», распространённую по сетям подвижной радиотелефонной связи от отправителя «Star.Russa», в том числе 30 сентября 2021 года в 11:24 на абонентский номер +7*****без согласия получателя рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Признать в действиях ООО «Девино Телеком» ОГРН 1107746769162, ИНН 7715829230, КПП 772101001) нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
3. Признать в действиях ООО «Форсаж» ОГРН 1133668015546, ИНН 3666184451, КПП 366201001) нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
4. Выдать ООО «Девино Телеком» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
5. Выдать ООО «Форсаж» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
6. Выдать АО «Курорт Старая Русса» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
7. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Санкт-Петербургского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «15» марта 2022 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198

Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

