

РЕШЕНИЕ

по делу № 03-02/40-2018

11.02.2019 г. Петрозаводск

Резолютивная часть решения объявлена 01.02.2019.

Решение изготовлено в полном объеме 11.02.2019.

Комиссия Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Бабкин К.Е. – заместитель руководителя управления Карельского УФАС России, председатель Комиссии;

Грущак Г.А. – начальник отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

Сальникова Е.С. – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

рассмотрев дело № 03-02/40-2018, возбужденное в отношении «...» («...») по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе», Закон) по факту распространения 20.06.2018 в 10:06 посредством SMS-сообщения на абонентский номер «...»«...» без его предварительного согласия, в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела «...»,«...»

УСТАНОВИЛА:

В адрес Карельского УФАС России поступило заявление физического лица от 04.09.2018 (вх. от 06.09.2018 № 4196) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщения на мобильный номер абонента «...»«...» без его предварительного согласия.

Из приложенных к заявлению документов следует, что SMS-сообщение рекламного характера поступило от: «...»; дата и время: 20.06.2018, 10:06; текст: «20-21.06 ТД Карелия! Распродажа! Текстильная ярмарка! Сафия г. Иваново F8».

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламодателям и рекламораспространителям вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы им дано не было.

Заявление представлено в соответствии с требованиями пунктов 3.6-3.9 Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (утв. Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12).

Карельским УФАС России в адрес ООО «Т2 Мобайл» г. Москва (Теле2) был направлен запрос от 10.09.2018 № 03-01/187/3527 о предоставлении информации.

Согласно информации, представленной с письмом от 25.09.2018 № Исх/2000.14/7418-18 (вх. от 01.10.2018 № 4597) ООО «Т2 Мобайл» г. Москва (Теле2), рассылка SMS-сообщения, поступившего на абонентский номер «...» 20.06.2018 в 10:06, произведена с номера абонента «...», принадлежащего ПАО «Ростелеком» (http://www.rossvyaz.ru/activity/num_redurs/registerNum/ Выписка из реестра Российской системы и плана нумерации на сайте Федерального агентства связи; <http://www.zniis.ru/bdprn/check> База данных перенесенных абонентских номеров ФГУП «ЦНИИС»).

ПАО «Ростелеком» в ответ на запрос от 05.10.2018 № 03-01/187/3944 (исх. от 15.10.2018 № 04/05/14594-18) сообщило, что рассылка SMS-сообщения произведена с номера абонента «...», выделенного ООО «Прометей» (договор об оказании услуг подвижной связи от 29.11.2017 № 6787926/596002049257; детализация начислений по услугам подвижной радиотелефонной связи стандарта GSM 900/1800 за период с 20.06.2018 по 20.06.2018 (выписка) абонент тел. «...»).

Из пояснений ООО «Прометей», предоставленных с письмом от 30.10.2018 (получены по электронной почте 30.10.2018) в ответ на запрос от 24.10.2018 № 03-01/187/4240, следует, что общество 07.12.2014 заключило договор № 2712/2014 с «...», где общество (Исполнитель) оказывает за плату услуги доступа к Системе для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, обеспечивающего формирование, отправку и подтверждение об отправке SMS/Viber/Whatsapp сообщений в течение определенного периода (пункт 1.1 договора).

Заказчик в лице «...» самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров абонентов для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора (пункт 1.2 договора).

Из вышеуказанного следует, что на основании договора от 07.12.2014 № 2712/2014 отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована «...».

Учитывая, что «...» совершая действия по передаче SMS-сообщения, определял его получателей, можно констатировать, что «...» является рекламораспространителем (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

Таким образом, действия «...» по распространению 20.06.2018 в 10:06 на телефонный номер «...» без его предварительного согласия рекламы совершены с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 Закона.

С учетом вышеизложенного по результатам расследования определением от 06.11.2018 «О возбуждении дела № 03-02/40-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее – определение) возбуждено настоящее дело в отношении «...», назначено к рассмотрению на 11 часов 00 минут 04.12.2018.

В соответствии с определением «...» в срок до 26.11.2018 надлежало представить: согласие абонента «...» на данную SMS-рассылку; договоры на распространение вышеуказанной рекламы (SMS-рассылки) с приложением счетов, платежных поручений, актов выполненных работ; письменное объяснение о том, каким

образом осуществлялась вышеуказанная рассылка; представить информацию о цепочке лиц, при участии которых осуществлена отправка указанного SMS-сообщения; информацию о договорах, заключенных между данными лицами, на основании которых осуществлена отправка этого SMS-сообщения; представить всю имеющуюся информацию о лицах, состоявших в указанной цепочке, в том числе информацию о имеющихся контактах каждого лица (почтовый адрес (в случае, если с данным лицом ведется переписка по почте), адрес электронной почты, по которой ведется переписка с данным лицом, телефоны должностных лиц указанного общества, с которыми поддерживается (поддерживалась) связь); иные документы и сведения, имеющие значение для дела, при наличии возражений – нормативное и документальное их обоснование.

«...» пояснения, запрашиваемые определением, не представил.

В адрес Карельского УФАС России не поступили сведения об уведомлении «...» и «...» о дате, времени и месте рассмотрения дела, в связи с чем в целях соблюдения прав и интересов указанных лиц, Комиссия определила рассмотрение дела № 03-02/40-2018 отложить.

Оценив имеющиеся в материалах дела документы и сведения, руководствуясь пунктами 27, 32 и 34 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508 (далее – Правила), Комиссия определила продлить рассмотрение дела № 03-02/40-2018 и отложить рассмотрение дела до 11 часов 00 минут 25.12.2018.

Согласно определению от 04.12.2018 «О продлении срока и об отложении рассмотрения дела № 03-02/40-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее – определение от 04.12.2018) у «...» повторно запрошены необходимые документы и сведения.

«...» запрашиваемые сведения представлены не были. Подтверждение получения «...», «...» определения от 04.12.2018 назначенного к рассмотрению 11 часов 00 минут 25.12.2018 в материалах дела отсутствует, в связи с чем определением комиссии Карельского УФАС России по рассмотрению дела № 03-02/40-2018 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе от 25.12.2018 рассмотрение настоящего дела откладывалось. Указанным определением дело назначено к рассмотрению на 01.02.2019 в 11 часов 30 минут.

25.01.2019 заявителем получено вышеуказанное определение.

«...» на дату рассмотрения настоящего дела запрашиваемая информация не предоставлена. Определение «...» не получено.

В соответствии с частью 1 статьи 165.1 Гражданского Кодекса Российской Федерации заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него,

не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

Кроме того, в соответствии с абзацем 2 пункта 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» лицо, в отношении которого ведется производство по делу, считается извещенным о времени и месте судебного рассмотрения и в случае, когда из указанного им места жительства (регистрации) поступило сообщение об отсутствии адресата по указанному адресу, о том, что лицо фактически не проживает по этому адресу либо отказалось от получения почтового отправления, а также в случае возвращения почтового отправления с отметкой об истечении срока хранения, если были соблюдены положения Особых условий приема, вручения, хранения и возврата почтовых отправлений разряда «Судебное», утвержденных Приказом ФГУП «Почта России» от 31.08.2005 № 343.

С учетом систематического неполучения «...» корреспонденции по адресу регистрации (возвращенные конверты в материалах дела), следует считать указанное лицо, надлежащим образом уведомлено о дате, времени и месте рассмотрения настоящего дела.

Следовательно, антимонопольным органом предприняты достаточные меры для извещения «...» о рассмотрении настоящего дела по факту распространения рекламы посредством SMS-сообщения на мобильный номер абонента «...» «...» без его предварительного согласия, и получения от него необходимой информации.

Рассмотрев в назначенные дату и время материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

В силу статьи 1 ФЗ «О рекламе» целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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 - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно разъяснениям ФАС России от 05.04.2007 № АЦ/4624 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 некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Из пункта 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» следует, что 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым ФЗ «О рекламе».

Информация, распространенная на выделенный «...» телефонный номер «...», полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», так как распространяется посредством подвижной радиотелефонной связи, адресована неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицирована и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае является проводимая в ТД Карелия распродажа текстиля.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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.

Частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» предусмотрено, что ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламораспространитель.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителей.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал, что согласно части 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 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. Ввиду того, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, 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 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.

Рекламодателем, согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Материалами дела подтверждается, что SMS-сообщение рекламного характера на телефонный номер «...», выделенный Заявителю было распространено «...», следовательно ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства несет «...». Из вышеуказанного следует, что отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована «...».

Учитывая, что «...», совершая действия по передаче SMS-сообщения, определял его получателей, можно констатировать, что «...» является рекламодателем (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

При таких обстоятельствах, действия «...» по распространению рекламы 20.06.2018 в 10 часов 06 минут на телефонный номер «...», без его предварительного согласия совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 36, 37-42, 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508
Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «20-21.06 ТД Карелия! Распродажа! Текстильная ярмарка! Сафия г. Иваново F8», распространенную 20.06.2018 в 10 часов 06 минут на телефонный номер «...» посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента; действия «...» нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» «...» не выдавать в связи с разовым характером распространения указанной рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Карельского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.

