Исх № ВЧ-08/9134 от 20.07.2022

06 июля 2022 г. г. Казань

Комиссия Татарстанского УФАС России по рассмотрению дела о нарушении законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии: <…> –(должностное лицо);
Члены Комиссии: <…> –(должностное лицо);

<…> –(должностное лицо);

рассмотрев дело №016/05/18-883/2022 в отношении ООО «Биоте» (ИНН 7729380346, ОГРН 1027700406194, юридический адрес: 109651, г. Москва, ул. Перерва, дом 19 стр 3, ком 34) по факту распространения рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы, что имеет признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», (далее – Закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление) поступило обращение (физического лица) (вх.№ 5047/ж от 13.04.2022), перенаправленное ФАС России по факту несанкционированной СМС-рассылки на мобильный номер заявителя (<…>) с буквенного номера «Torgmash» 07 апреля 2022 года в 19 часов 10 минут с текстом: «Это случилось! УАЗ ПАТРИОТ в кредит под ЧЕСТНЫЕ 11,7 %. ВЫГОДА до 150 000р. Решайтесь <…>. Сайт http://smsc.ru/?2enda5r», что имеет признаки нарушения Закона «О рекламе».

Факт поступления СМС-сообщения подтверждается скриншотами и детализацией по абонентскому номеру.

СМС-сообщение поступило с буквенного номера «Torgmash».

Скриншот сообщения представлено ниже.

Согласие на получение рекламы по сетям электросвязи заявитель не давал.

Номер телефона Заявителя принадлежит сотовому оператору ООО «Скартел».

В целях установления владельца буквенного номера, с которого было направлено СМС-сообщение рекламного характера Управлением в адрес ООО «Скартел» был направлен запрос.

Исходя из ответа ООО «Скартел» следует, что вышеуказанный буквенный номер принадлежит ООО «Биоте» (ИНН 7729380346, ОГРН 1027700406194, юридический адрес: 109651, г. Москва, ул. Перерва, дом 19 стр 3, ком 34).

Вместе с тем, согласно информации, представленной ООО «Скартел», указанное СМС-сообщение было направлено ООО «СМС Центр» (ИНН 7724805644 ОГРН

1117746756489, юридический адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., 12, офис А35).

Управлением были также направлены запросы в адрес ООО «СМС Центр» и ООО «Биоте».

Исходя из ответа ООО «СМС Центр» (вх. №7020 от 25.05.2022) следует, Общество предоставляет юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям технический доступ к сервису SMSC.RU для самостоятельной передачи сообщений операторам связи с помощью различных протоколов передачи данных (SMPP, SMPT, HTTP, SOAP).

«Сервис SMSC.RU» - совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих Обществу и позволяющих осуществлять маршрутизацию сообщений от заказчика рассылки до операторов связи.

В рамках договора оказания услуг № 448942 от 21.07.2016 г., заключенного между ООО «СМС-Центр» (Исполнитель) и ООО «Биоте» (Заказчик), отправку спорного СМС-сообщения с буквенного номера «Torgmash», через вышеуказанный сервис, осуществляло ООО «Биоте».

В соответствии с пунктом 3.2.1 Договора Заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации.

Согласно пунктом 3.2.2 Заказчик обязательном порядке должен получить от Абонента или адресата согласие на получение Сообщений, выраженного посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение Сообщений.

В силу пункта 6.6 Заказчик гарантирует Исполнителю наличие согласий Абонентов и адресатов, полученных в порядке ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» и ст. 44.1 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи».

Согласно ответу ООО «Биоте» (вх. №7208 от 30.05.2022) согласие абонента с номером <…> ((физическое лицо)) на получение рекламных сообщений от ООО «Биоте» отсутствует. Рекламные сообщения отправляются посредством личного кабинета ООО «СМС-Центр». Фактически заказчиком услуг по распространению рекламы является ООО «Биоте».

При этом, ООО «Биоте» поясняет, что рекламное сообщение заявителю было направлено ошибочно.

Вместе с тем, согласно ответу оператора сотовой связи ООО «Телемир» (вх. №6238 от 11.05.2022) абонентский номер <…>, указанный в рекламе принадлежит ООО «Биоте».

После ввода в адресной строке ссылки на сайт http://smsc.ru/?2enda5r, осуществляется переход на сайт с доменным именем https://torgmash-avto.ru/.

В целях установления администратора доменного имени в адрес регистратора ООО «Регтайм» был направлен запрос.

Согласно ответу ООО «Регтайм» (вх. №6961 от 24.05.2022) администратором доменного имени https://torgmash-avto.ru/ является ООО «Биоте».

В пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы — 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.

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.

Согласно части 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 к которым направлена реклама.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством отправки СМС-сообщения на мобильный телефон 07.04.2022, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- информация распространена в форме СМС рассылки по сети электросвязи, а именно посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно пункту 35 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон «О связи») под электросвязью понимаются 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;

- объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подпункт 2-3 статьи 3 Закона «О рекламе»).

Объектом рекламирования является – услуги по реализации автомобилей.

- информация была адресована неопределённому кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по

поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная заявителем, не обращена к конкретному потребителю, из текста сообщения не следует, что оно было адресовано каким-либо определённым лицам.

Сведения не носят персонализированного характера, представляют интерес для неопределенного круга лиц.

Доведенная до сведения заявителя информация не относится к категории той информации, на которую Закон «О рекламе» не распространяет своё действия в соответствии с частью 2 статьи 3 Закона «О рекламе». В частности, она не является справочно-информационным и аналитическим материалом (обзором внутреннего и внешнего рынков, результатом научных исследований и испытаний), не имеющим в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой.

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 (часть 1 статьи 18 Закона «О рекламе»).

Целями Закона «О рекламе» являются, в том числе реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (статья 1 Закона «О рекламе»).

Абонент согласно пункту 1 статьи 2 Закона «О связи» - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, абонент выступает «пассивной» стороной отношений по передаче информации, он выступает получателем сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. Законом о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата (части 1 статьи 18 Закона «О рекламе»).

При этом законодатель закрепил обязанность рекламораспространителя немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (части 1 статьи 18 Закона «О рекламе»).

В соответствии с постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – постановление Пленума ВАС РФ) согласие абонента может быть выражено в любой форме, однако такая форма согласия должна быть достаточной для идентификации такого согласия и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (см. абзац

четвертый пункта 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленуме ВАС РФ указано, что 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.

Буквальное толкование указанных положений постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, 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.

Документы, подтверждающие в рассматриваемом случае наличие согласия со стороны заявителя на получение спорной рекламы рекламораспространителем не представлены.

На заседание Комиссии представитель ООО «Биоте» не явился, письменных пояснений о причине неявки не представил, извещен надлежащим образом.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона «О рекламе» следует, что за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона «О рекламе» несет ответственность рекламораспространитель.

Статьей 3 Закона «О рекламе» установлено, что рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, то есть ООО «Биоте» (ИНН 7729380346, ОГРН 1027700406194, юридический адрес: 109651, г. Москва, ул. Перерва, дом 19 стр 3, ком 34).

На основании имеющихся материалов и пояснений Комиссия приходит к выводу, что спорное СМС-сообщение распространялась от имени и в интересах ООО «Биоте».

Таким образом, ООО «Биоте» является рекламодателем, рекламораспространителем и рекламопроизводителем.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «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:

Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «Биоте» (ИНН 7729380346, ОГРН 1027700406194, юридический адрес: 109651, г. Москва, ул. Перерва, дом 19 стр 3, ком 34) при помощи несанкционированной СМС-рассылки сообщения рекламного характера с текстом: «Это случилось! УАЗ ПАТРИОТ в кредит под ЧЕСТНЫЕ 11,7 %. ВЫГОДА до 150 000р. Решайтесь <…>. Сайт http://smsc.ru/?2enda5r», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

Рекламораспространителем признать ООО «Биоте» (ИНН 7729380346, ОГРН 1027700406194, юридический адрес: 109651, г. Москва, ул. Перерва, дом 19 стр 3, ком 34).

Выдать предписание ООО «Биоте» о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 20 июля 2022 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии: <…> –(должностное лицо);
Члены Комиссии: <…> –(должностное лицо);

<…> –(должностное лицо);