

РЕШЕНИЕ

по делу № 012/05/18-847/2023

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«14» декабря 2023 года г. Йошкар-Ола

Резолютивная часть решения объявлена: «06» декабря 2023 года

Полный текст решения изготовлен: «14» декабря 2023 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя - начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> ,

член Комиссии – главный государственный инспектор отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...>;

член Комиссии – ведущий специалист – эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> ,

рассмотрев дело № 012/05/18-847/2023 по факту распространения смс-сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента в отсутствие лиц, привлеченных к участию в деле,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление <...> (вх. № 5355-ЭП/23 от 24.07.2023).

В своем заявлении <...> указал, что на его абонентский номер (<...>) 15.07.2023 в 10 часов 37 минут было направлено смс -сообщение с буквенного идентификатора EksFinanse, без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Вам доступны кредиты от 0 %, получить <https://fin-za.ru/bybf>».

Определением от 21.09.2023 по факту распространения указанной рекламы Марийским УФАС России возбуждено дело № 012/05/18-847/2023 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

Определением от 20.10.2023 по делу № 012/05/18-847/2023 рассмотрение дела отложено на 03.11.2023 в связи с привлечением к участию в деле ИП Н., а также необходимостью получения документов и пояснений от индивидуального предпринимателя.

Письмом (рег.ном. 8865/23 от 04.12.2023) ИП Н. пояснил, что им осуществлялась рассылка сообщений абонентам с буквенного идентификатора EksFinanse через личный кабинет MEDIARIK Platform. Сбор согласий происходит через сайт <http://fin-ok.ru/ru>, пользователи могут оставить свои персональные данные только после ознакомления с текстом условий обработки персональных данных путем проставления отметки в чек-боксе «Я принимаю условия обработки персональных данных», т.е. выражение согласия на обработку персональных данных обязательно.

Макеты рассматриваемой смс-рекламы разрабатывались, утверждались и были изготовлены ИП Н., база рассылки сформирована из лиц, оформивших заявку с согласием.

Также предприниматель указал, что не признает признаков нарушения законодательства о рекламе, в связи с настоящим разбирательством данные заявителя удалены из базы рассылки.

Комиссия Марийского УФАС России, исследовав материалы дела, пришла к выводу о нарушении законодательства о рекламе при размещении рассматриваемой рекламы ввиду следующего.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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.

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.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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 Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объектам рекламирования – финансовые услуги и сайт <https://fin-za.online>, формирование или поддержание интереса к ним и их 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 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. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий

механизм распространения указанного рекламного смс-сообщения.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, абонентский номер заявителя принадлежит ПАО «ВымпелКом».

Письмом от 07.08.2023 исх. б/н ПАО «ВымпелКом» указало, что распространение данной рекламы осуществлялось ООО «СМС-центр» на основании договора № 572561248 от 22.09.2015 и дополнительного соглашения № 3 от 01.12.2018.

Согласно условиям дополнительного соглашения № 3 в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» оператор (ПАО «ВымпелКом») предоставляет абоненту (ООО «СМС-центр») услуги доступа к программно-аппаратному комплексу оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц. При пользовании услугами абонент самостоятельно без участия оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера пользователей.

В письменных пояснениях ООО «СМС-центр» от 11.08.2023 исх. № 08/11-2К сообщило, что рассматриваемое смс-сообщение с буквенного идентификатора EksFinanse было передано заказчиком рассылки ООО «Медиарик» в рамках заключенного между обществами договора оказания услуг № 512620 от 01.10.2020.

В соответствии с данным договором ООО «СМС-центр» предоставляет технический доступ к сервису SMSC.RU для самостоятельной передачи сообщений операторам связи с помощью различных протоколов передачи данных.

Также, ООО «СМС-центр» представило копию согласия от лица <...> на обработку персональных данных, оставленное при оформлении заявки на оформление денежных средств.

Из представленных письменных пояснений ООО «Медиарик» следует, что между обществом и ИП Н. заключен договор оказания услуг №73.1_MP_22 от 01.05.2022, согласно пункту 2.1 которого ООО «Медиарик» оказывает услуги ИП Н. путем предоставления доступа к личному кабинету пользователя на MEDIARIK Platform, что позволяет ИП Н. самостоятельно отправлять смс-сообщения. ООО «Медиарик» приложен скриншот из личного кабинета ИП Н., свидетельствующий об отправке рассматриваемого смс-сообщения.

ИП Н. подтвердил, что рассматриваемое смс-сообщение направлялось через MEDIARIK Platform, представил скриншоты механизма заполнения заявки на подбор кредитных предложений, лог-файла заявки на подбор кредита, текст согласия на обработку персональных данных.

В письменных пояснениях <...> указал, что согласие на получение рекламы не оставлял, за оказанием услуг по выдаче кредита не обращался, кроме того подпись в представленном согласии не совпадает с подписью заявителя.

Таким образом, в ходе рассмотрения дела в Марийское УФАС России не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение поступило абоненту <...> с его предварительного согласия, надлежащим образом полученного отправителями.

На основании данных обстоятельств Комиссия Марийского УФАС России считает,

что распространители рекламы не представили доказательства, свидетельствующие о наличии согласия абонента <...> на получение ей подобных смс-сообщений, а, значит, нарушение законодательства о рекламе со стороны рекламораспространителей установлено.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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 Законом о рекламе.

Также, в соответствии с Письмом ФАС России № АК/13563/16 от 03.03.2016, согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

На основании изложенного, рассматриваемая реклама распространялась без предварительного согласия абонента на ее получение.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламораспространитель.

Таким образом, антимонопольным органом в настоящее время установлено, что рекламораспространителями вышеуказанной рекламы являются ООО «СМС-центр», ООО «Медиарик», ИП Н.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Вместе с тем, на момент вынесения решения в материалы дела не представлены

документальные доказательства, отражающие факт устранения нарушения законодательства о рекламе.

На основании указанного, Комиссия Марийского УФАС России считает, что в данном случае имеются основания для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ООО «СМС-центр», ООО «Медиарик», ИП Н.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктом 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Вам доступны кредиты от 0 %, получить <https://fin-za.ru/bybf>», поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644, ОГРН 1117746756489), ООО «Медиарик» (ИНН 7804488430, ОГРН 1127847349618), ИП Новикову С.С. (ИНН: 602719718930, ОГРНИП: 320784700279107) предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дел об административном правонарушении в соответствии со статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии