ОПРЕДЕЛЕНИЕ

▪ возбуждении дела № 012/05/18-938/2020

по признакам нарушения законодательства о рекламе

«27» ноября 2020 года г. Йошкар-Ола

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, заместитель руководителя – начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России, рассмотрев материалы по факту распространения смс-сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента,

УСТАНОВИЛ:

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление К. (вх. № 185-К от 28.09.2020).

В своем заявлении К. указал, что на его абонентский номер 28.09.2020 в 12 часов 02 минуты поступило смс-сообщение с телефонного номера без предварительного согласия абонента следующего содержания:

«Производственно-строительная компания Лайф www.ooolaif.ru vk.com/ooolaif www.instagram.com/stroitelstvo_domov_laif».

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 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.

В пункте 2 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» установлено, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре.

В соответствии с пунктом 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 внимания к которым направлена реклама.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Согласно Письму ФАС России от 05 апреля 2007 года исх. № 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.

Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределенному кругу лиц.

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.

Согласно Письму ФАС России от 20.06.2018 № АД/45557/18 «Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе» квалификация информации как рекламы либо иного рода информации зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации.

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 персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются услуги, оказываемые производственно-строительной компанией «Лайф», а также сам общество. Указанная реклама имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования и способствовала его продвижению.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий

механизм распространения указанного рекламного смс-сообщения.

ПАО «Мобильные ТелеСистемы» в ответе на запрос Марийского УФАС России № 03-21/191 сообщило, что абонентский номер «ххх» принадлежит К. на основании договора о предоставлении услуг связи МТС от 08.01.2011.

Согласно данным ПАО «Мобильные ТелеСистемы» 28.09.2020 г. в 12 часов 02 минуты по абонентскому номеру К. зафиксировано входящее смс-сообщение с номера «ххх». Указанный номер относится к номерной емкости ПАО «Вымпелком» Республика Марий Эл.

Письмом № ЦР-04/71902 от 16.11.202 (вх. № 10589) ПАО «Вымпелком» сообщило, что абонентский номер выделен Р. на сновании договора на оказание услуг связи «Билайн» № 434499153 от 03.12.2011.

В рамках указанного договора оператор обеспечивает заказчику рассылки возможность приема, обработки, хранения, передачи и доставки смс-сообщений по сети подвижной радиотелефонной связи, которую оператор связи обязан обеспечивать в соответствии с требованиями Федерального закона «О связи» (далее – Закон о связи), Постановления РФ от 09.12.2014 № 1342 «О порядке оказания услуг телефонной связи», а также лицензионными условиями.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

Следовательно, ПАО «Вымпелком» не является рекламораспространителем, а только обеспечивает подключение к сети оператора.

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.

Пункт 21.1 статьи 2 Закона о связи закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Закон о связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Статья 44.1 Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки. Согласно части 1 статьи 44.1 Закона о связи 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.

В соответствии с частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе почтовых отправлений и электронных сообщений, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

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.

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.

Вместе с тем, К. не выражал согласие на получение рассматриваемой рекламной информации.

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.

Марийское УФАС России считает, что поскольку согласие абонента К. на получение им подобных смс-сообщений отсутствует, следовательно, присутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе со стороны рекламораспространителя.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Марийским УФАС России установлено, что смс-сообщение поступило с номера телефона «ххх», принадлежащего Р. Таким образом, Р. является рекламодателем и рекламораспространителем.

Исходя из вышеизложенного, Марийское УФАС России приходит к выводу о наличии в действиях Р. признаков нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламного смс-сообщения на абонентский номер К. без его согласия, что является достаточным для возбуждения дела по признакам нарушения законодательства о рекламе.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе за нарушение статьи 18 данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольными органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе»,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу № 012/05/18-938/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Назначить дело № 012/05/18-938/2020 к рассмотрению на **17 декабря 2020 года в 11 часов 00 минут** в помещении Марийского УФАС России, по адресу: г. Йошкар-Ола, ул. Волкова, д. 164.

3. Признать лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения Р.

4. Р. в срок до 11 декабря 2020 года представить следующие документы и сведения:

1. осуществлялось ли Вами 28.09.2020 в 12 часов 02 минуты на телефонный номер «ххх» распространение рекламной информации посредством смс-сообщения следующего содержания: «Производственно-строительная компания Лайф www.ooolaif.ru vk.com/ooolaif www.instagram.com/stroitelstvo_domov_laif»? Представить подтверждающие документы;
2. на основании каких документов распространялось вышеуказанное смс-сообщение, поступившее 28.09.2020 в 12 часов 02 минуты на телефонный номер «ххх»? Представить подтверждающие документы;
3. изложить позицию о том, кто является рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем вышеуказанной рекламной информации (с учетом положений статьи 3 Закона о рекламе);
4. кто является рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем вышеуказанной рекламной информации с учетом статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе»?

5. носит ли, по Вашему мнению, данная рассылка смс-сообщения рекламный характер?
6. что является объектом рекламирования в информации, распространенной с помощью смс-сообщения?
7. кто является потребителем данной рекламируемой услуги?
8. письменные пояснения, в которых указать, соответствует ли рассматриваемая реклама требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе? Правовую позицию подтвердить документальными доказательствами;
9. подробно описать каким образом происходило распространение вышеуказанной рекламной информации на номер;
10. указать, получено ли согласие абонента с телефонным номером на получение вышеуказанной информации;
11. обращался ли абонент с просьбой о прекращении распространения рекламной информации? Если обращался, представить документальные доказательства;
12. носила ли вышеуказанная реклама, распространённая с помощью смс-сообщения, массовый характер?
13. каким образом формируется база адресатов (абонентов сотовой связи – получателей данных смс-сообщений)? Представить подтверждающие документы;
14. количество пользователей, которым осуществлена рассылка вышеуказанного смс-сообщения. Представить подтверждающие документы;
15. кем определен перечень лиц (абонентов), которым осуществлялась рассылка вышеуказанного смс-сообщения?
16. осуществляется ли рассылка вышеуказанного смс-сообщения на данный момент?
17. копию свидетельства о постановке на учет в налоговом органе;
18. привлекался ли ранее Р. к административной ответственности за нарушение законодательства РФ? Представить подтверждающие сведения и документы;
19. письменные пояснения, в которых указать, соответствует ли рассматриваемая реклама требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе? Правовую позицию подтвердить документальными доказательствами;
20. иные сведения и документы, имеющие отношение к рассматриваемому вопросу.

Все затребованные документы должны быть оформлены в соответствии с требованиями делопроизводства, подписаны должностным лицом и заверены печатью. В случае невозможности представления документов в указанные сроки просим направить их по факсу: 8(8362)56-60-56 либо по электронной почте ***to12@fas.gov.ru****, с последующим направлением по почте.*

В случае отсутствия названных документов представить письменное объяснение причины их отсутствия.

Заместитель руководителя –

начальник отдела