

РЕШЕНИЕ

по делу № 021/05/18-1269/2020

03 декабря 2020 г. г. Чебоксары

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: "..."

члены Комиссии:

"..."

рассмотрев дело 021/05/18-1269/2020, возбужденное по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) в отношении общества с ограниченной ответственностью

«МигКредит» (ИНН/КПП 7715825027/771501001, 127018, г. Москва, Сущевский Вал, д.5, стр.3),

в отсутствие лиц, участвующих в деле:

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона о рекламе

- представителя ООО «МигКредит», надлежащим образом извещенного о дате и времени рассмотрения дела,

- Заявителя - гражданина "...", надлежащим образом извещенного о дате и времени рассмотрения дела,

"..."

ООО "МигКредит"

127018, г. Москва, Сущевский вал, д.5, стр.3

УСТАНОВИЛА:

10.09.2020 (вх.№ 9290-ЭП/20) в Чувашское УФАС России в установленном порядке ФАС России (исх. № РС-9093005583-А-1-20200908) посредством электронной почты (delo @ fas . gov . ru) поступило обращение гражданина "... (далее - Заявитель) с обращением о неправомерном поступлении на номер его сотового телефона смс — сообщения рекламного характера.

Из обстоятельств, изложенных в заявлении, установлено следующее.

08.09.2020 в 15 час. 41 мин. на номер сотового телефона Заявителя ("...") поступило следующее смс - сообщение: «Получите до 95 000 руб. под 0,27% /день МИГом на вашу карту. Подробнее: MigCredit.ru/al2.»

Указанное смс - сообщение было направлено с буквенного номера Mig-Credit, что подтверждается скриншотом с экрана мобильного телефона Заявителя.

При этом, Заявитель указывает, что не давал согласия на направление ему данного смс - сообщения.

Установлено, что абонентский номер сотовой связи ("...")

предоставлен в пользование Заявителю на основании Договора об оказании услуг связи Билайн.

Вместе с тем, ПАО «ВымпелКом», являющегося оператором сотовой связи Заявителя, подтверждено получение 08.09.2020 в 15:41 номером "..."

указанного смс – сообщения от буквенного идентификатора MigCredit.

Указанный буквенный номер зарегистрирован на ООО «ИнфоБип» (ИНН 7703673690, юр. адрес: 125009, г. Москва, ул. Тверская, д. 14/1, стр. 1, пом. 1, ком. 4) в соответствии с договором об оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2015 № 557898157, заключенному между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ИнфоБип».

При этом, ПАО «ВымпелКом», предоставляя ООО «ИнфоБип» техниче-

ское обеспечение, не осуществляло рассылку и, в конкретном случае, не является рекламораспространителем.

В рамках действующего договора Оператор (ПАО «ВымпелКом») предоставляет Абоненту (ООО «ИнфоБип») услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами Абонента и/или Абонентом (п. 1.1 Дополнительного соглашения от 13.12.2018 к Договору), это означает, что абонент самостоятельно пользуется данной услугой посредством технической возможности, которую обеспечивает ему оператор связи.

Согласно п. 1.3 Дополнительного соглашения от 13.12.2018 к Договору, при пользовании Услугами Абонент самостоятельно, без участия Оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку на абонентские телефонные номера своих клиентов.

В соответствии с п. 4.2 Дополнительного соглашения от 13.12.2018 к Договору, Абонент осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

Таким образом, подтверждение согласия Заявителя на получение рекламных смс – сообщений должно быть получено от Абонента (ООО «ИнфоБип»). Из представленного ответа ООО «ИнфоБип» установлено следующее.

ООО «ИнфоБип» не является инициатором формирования текста рассматриваемого смс – сообщения и выбора абонентов на его получение, поскольку, в данном случае, ООО «ИнфоБип» предоставило техническую возможность направления смс – сообщения ООО «МигКредит» (ИНН/КПП 7715825027/771501001, 127018, г. Москва, Сущевский Вал, д.5, стр.3) в рамках заключенного договора оказания услуг от 02.10.2013 № 02102013-173.

В соответствии с условиями заключенного Договора (пункты 1.5, 2.1 Договора) ООО «ИнфоБип» приняло на себя обязанность оказывать ООО «МигКредит» комплекс услуг по использованию системы ООО «ИнфоБип» для целей передачи, приема и обработки сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы, формируемые и отправляемые в отношении клиентов ООО «МигКредит».

При этом, согласно условиям Договора вся ответственность за наличие предварительного согласия получателя сообщения на получение любого рода сообщений возлагается на ООО «МигКредит» (пункт 8 Приложения №1 к Договору, пункты 5,6 Договора).

Пунктом 7 Приложения №1 к Договору определено, что ООО «МигКредит» обязуется использовать услуги ООО «ИнфоБип» в соответствии с нормами законодательства Российской Федерации о рекламе и только для передачи информации абонентам, от которых получено согласие на получение таких сообщений.

В этой связи, из полученной информации ООО «МигКредит», установлено следующее.

ООО «МигКредит» признает вменяемое обществу правонарушение Закона о рекламе, поскольку, направляя рассматриваемое смс – сообщение, не имело, требуемого законодательством, предварительного согласия Заявителя на направление смс – рекламы.

Направление неправомерного смс – сообщения Заявителю явилось следствием невнимательности сотрудника ООО «МигКредит», который допустил

ошибку в наборе цифр при указании номера телефона для направления смс – сообщения, в результате чего, сообщение было направлено на номер связи ("...") ошибочно.

В последующем, в том числе, в связи с тем, что информация явилась предметом реагирования антимонопольного органа, номер телефона ("...") был удален из рассылки и направление на него каких - либо сообщений исключено.

Оценив обстоятельства, имеющие значение для дела, исследовав в совокупности и взаимосвязи, представленные в материалы дела доказательства, Комиссия пришла к следующим выводам.

Под рекламой, определенной частью 1 статьи 3 Закона о рекламе, 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.

Объектом рекламирования, по смыслу Закона о рекламе (пункт 2 статьи 3), может выступать 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.

Информация, поступившая на номер сотового телефона Заявителя, определяется как реклама, поскольку обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы, применительно к пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, и, таким образом, на нее распространяются все ограничения Закона о рекламе.

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе определено, что распространение рекламы посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи допускаются только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом реклама признается распространенной 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.

Таким образом, рекламодатель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. Из жалобы следует, что согласия на получение смс – сообщения Заявитель не давал.

Требования о соблюдении положений части 1 статьи 18 Закона о рекламе в равной степени распространяются на всех лиц, отвечающих понятию рекламодатель.

При этом, признание конкретного лица рекламодателем осуществляется в каждом конкретном случае, исходя из всех обстоятельств размещения рекламы, с учетом непосредственных действий, осуществляющих таким лицом при распространении рекламы.

Материалами дела установлено, что распространение рекламы, в рассмат-

риваемом случае, осуществлено посредством последовательных действий ПАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «ИнфоБип», ООО «МигКредит» на основании заключенных между ними гражданско-правовых договоров, и их действия явились неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщения рекламного характера.

Наряду с этим, Комиссией установлено, что при направлении рассматриваемого смс – сообщения ПАО «Вымпел-Коммуникации» и ООО «ИнфоБип» лишь обеспечили заказчику рассылки возможность приема, обработки, хранения, передачи и доставки смс – сообщения по сети подвижной радиотелефонной связи, которую оператор связи обязан обеспечивать в соответствии с требованиями Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», Постановления Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342 «О порядке оказания услуг телефонной связи», а также лицензионными условиями.

При осуществлении направления смс – сообщения по инициативе заказчика рассылки, оператор связи не определяет содержание смс – сообщений и их получателей, в связи с чем, общества не вправе были знакомиться с текстом сообщения, отправляемых третьими лицами, включая заказчиков рассылки, разграничивать поступившие на их сеть связи смс – сообщения в зависимости от характера их содержания, производить такие действия как прочтение, систематизация, моделировать смс - сообщения и т.п., ввиду того, что оператор связи ни является отправителем данного сообщения и подобная деятельность явилась бы прямым нарушением тайны связи (статья 23 Конституции РФ, статья 63 Закона о связи).

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

Таким образом, в данном случае, ФАС России к рекламораспространителю относит не оператора связи, а лицо, инициировавшее осуществление рассылки. Судебная практика подтверждает указанную позицию (постановление Верховного суда Российской Федерации от 30.03.2015 по делу № 305-АД15-1441, постановление 12 ААС от 25.05.2015 по делу № А06-978/2014, постановление Федерального арбитражного суда Северо – западного округа от 29.04.2014 по делу № А66-3211/2013, определение ВАС Российской Федерации от 24.07.2014 по делу № ВАС-9069/14 и др.).

В данном случае, оператор связи, участвуя в правоотношениях по направлению смс – сообщения, не инициировал направление такого сообщения, а в силу закона, как указано выше, был обязан принять поступившее на его сеть связи смс – сообщение и передать, доставить его конечному абоненту/пользователю. По смыслу части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в совокупности с частью 1 статьи 44.1 Закона о связи, рекламораспространителем, который обязан получить предварительное согласие абонента на получение рекламы в виде смс – сообщений, является лицо, по инициативе которого осуществляется формирование и направление смс – сообщения.

Материалами дела установлено, что инициатором направления рассматриваемого смс - сообщения явилось ООО «МигКредит», которое в свою очередь определило получателей смс - сообщения (абонентов) и, следовательно, обязанность предоставить согласие абонентов на получение рассматриваемого смс - сообщения относится исключительно к сфере ответственности ООО «МигКре-

ДИТ».

Согласно представленным в материалы дела пояснениям ООО «МигКредит» следует, что общество не отрицает неправомерного направления смс – сообщения Заявителю, которому, в свою очередь, послужила невнимательность в работе сотрудника общества.

При этом, в связи с тем, что направление рассматриваемого смс – сообщения явилось предметом реагирования антимонопольного органа, обществом были приняты меры по исключению впредь направления каких — либо сообщений Заявителю путем удаления из базы данных номера его телефона.

Закон о рекламе устанавливает однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

При этом, действующее законодательство не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

В то же время согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 2012 г. N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе")).

Обязанность доказывания факта наличия согласия на получение рекламы по сетям электросвязи Закон о рекламе возлагает на рекламодателя. Согласно статье 3 Закона о рекламе, рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе возложена на распространителя рекламы.

В данном случае, рекламодателем неправомерного смс - сообщения, без получения на то предварительного согласия Заявителя, выступило ООО «МигКредит», которое не представило подтверждения волеизъявления (согласия) Заявителя на получение смс - рекламы.

Таким образом, ООО «МигКредит» сформировало и направило смс-сообщение рекламного характера в нарушение требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе, вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В связи с установлением на момент рассмотрения дела прекращения распространения неправомерного смс - сообщения, Комиссия пришла к выводу об отсутствии необходимости выдачи ООО «МигКредит» предписания о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения Закона о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «МигКредит» (ИНН/КПП 7715825027/771501001,

127018, г. Москва, Сущевский Вал, д.5, стр.3) нарушившим требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в связи с распространением 08.09.2020 в 15 час. 41 мин. на номер сотового телефона Заявителя ("...") смс – сообщения рекламного характера: «Получите до 95 000 руб. под 0, 27% /день МИГом на вашу карту. Подробнее: MigCredit.ru/al2.»

2. Не выдавать ООО «МигКредит» предписание о прекращении нарушения Закона о рекламе в связи с прекращением распространения рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «МигКредит».

Решение в полном объеме изготовлено 03.12.2020. Решение может быть обжаловано в

арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального

кодекса Российской Федерации

Председатель Комиссии "..."

Члены Комиссии: "..."