

<...>

<...>

<...>

<...>

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 067/05/18-13/2020

«26» марта 2020 г. г. Смоленск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Смоленской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

заместитель
председателя
Комиссии: <...> – заместитель руководителя Смоленского УФАС России,
члены Комиссии: <...> – начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы Смоленского УФАС России,
<...> – заместитель начальника отдела антимонопольного контроля и рекламы Смоленского УФАС России,

рассмотрев дело № 067/05/18-13/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту поступления 21.11.2019 в 18:36 на абонентский номер <...> от отправителя под именем <...>» SMS-сообщения с рекламой без согласия на то абонента, что указывает на признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

представители лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - общества с ограниченной ответственностью <...>), а также заявителя (либо сам заявитель), <...> и <...> на рассмотрение дела не явились, извещены о месте и времени рассмотрения дела надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В Смоленское УФАС России поступило обращение физического лица, в котором указано, что 21.11.2019 в 18:36 на абонентский номер <...> через SMS-центр <...> от отправителя под именем <...> поступило SMS-сообщение с рекламой следующего содержания:

«BLACK FRIDAY! Корпоративная выгода до 50%! Бронь <...>».

В обращении указано, что абонент не давал отправителю SMS-сообщения разрешения на получение данной рекламы, что свидетельствует о наличии признаков нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Заявитель просит прекратить рассылку SMS-сообщений на абонентский номер телефона <...> без его согласия и привлечь к ответственности лиц, виновных в нарушении законодательства о рекламе.

Согласно статье 3 Закона о рекламе реклама - информация, распространяемая

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, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

В письме ФАС России от 27.06.2016 № АД/43482/16 указано, что в случае направления посредством СМС - сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение в сообщении (упоминание имени и отчества абонента), представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Таким образом, указанная в тексте SMS-сообщения информация: *«BLACK FRIDAY! Корпоративная выгода до 50%! Бронь <...>*, является рекламой, поскольку целевым назначением ее распространения является привлечение внимания, формирование и поддержание интереса неопределённого круга лиц (потребителей рекламы) к «BLACK FRIDAY!» - «чёрной пятнице», и способствует продвижению товаров и услуг, реализуемых в «чёрную пятницу», на рынке.

В соответствии с частью 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 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, направление SMS-сообщения с рекламой от отправителя под именем «X-Fit» на номер телефона абонента <...> без его на то согласия, является нарушением части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей.

Ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, согласно части 7 статьи 38 данного Закона, несёт рекламодатель. Согласно статье 3 Закона о рекламе «рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Смоленским УФАС России 23.01.2020 в отношении <...> вынесено Определение о возбуждении дела № 067/05/18-13/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в котором рассмотрение дела назначено на 20.02.2020. Заинтересованным лицом по делу признано

общество с ограниченной ответственностью «Физкультурно-оздоровительный комплекс <...> (сокращённое наименование <...>).

Определением Смоленского УФАС России от 20.02.2020 о продлении срока рассмотрения дела № 067/05/18-13/2020 срок рассмотрения дела был продлён до 22.04.2020, дела назначено к рассмотрению на 26.03.2020.

Комиссией Смоленского УФАС России в ходе рассмотрения дела установлено следующее.

Согласно выписке из российского плана нумерации, размещаемой на сайте Федерального агентства связи, номер SMS-центра <...> входит в состав ресурса нумерации, выделенного ООО <...> (регион – республика Крым, г. Севастополь); номер телефона <...>, указанный в тексте SMS-сообщения, входит в состав ресурса нумерации, выделенного <...>.

<...> в письме от 20.12.2019 факт прохождения указанного SMS-сообщения Заявителю на номер <...> через SMS-центр <...> от отправителя под именем <...> подтверждает и сообщает, что пересылка указанного сообщения осуществлена в рамках действующего договора № 11-06 оказания услуг по рассылке SMS-сообщений от 11.06.2019 (далее - Договор), заключенного между <...> (Исполнитель) и <...> (Заказчик). В соответствии с пунктом 2.1. указанного договора Исполнитель обязан оказывать Заказчику услуги по осуществлению рассылки SMS-сообщений абонентам. На основании пункта 2.3. договора в целях оказания услуг Исполнителем Заказчику предоставляется доступ к Комплексу Исполнителя (совокупность аппаратно-программных средств Исполнителя, обеспечивающих преобразование телематических электронных сообщений Заказчика в SMS-сообщения и отправку их на абонентские устройства абонентов).

Согласно пункту 2.2. указанного договора определение содержания, редактирование и формирование текста SMS-сообщений, определение является ли информация в SMS-сообщении рекламой, набор абонентского номера, которому предназначена рассылка SMS-сообщений и указание адреса отправителя осуществляются Заказчиком самостоятельно без участия Исполнителя. Условиями договора (пункт 3.2.3.1.) предусмотрено, что Заказчик обязан не использовать услуги для организации СПАМа (рассылка абонентам SMS-сообщений рекламного и/или иного содержания, которая осуществлена без предварительного согласия (разрешения) абонентов, которым она адресована, или заведомо вводящая абонентов в заблуждение относительно характера этих SMS-сообщений или их отправителя).

В соответствии с пунктами 5.5. и 5.6. договора Заказчик несёт полную ответственность за соответствие его действий (бездействий) законодательству РФ, в том числе Закону о рекламе, за содержание, достоверность, полноту и законность информации в SMS-сообщении и адрес отправителя, а также законность распространения SMS-сообщений.

На оснований пояснений <...> от 19.12.2019 исх. № И-154/19 и <...>, который были предоставлены ими в <...>, инициатором пересылки SMS-сообщения, указанного в жалобе абонента, было <...> на основании договора № БТ 027/19 от 01.04.2019, заключенного с <...>.

Согласно письменным пояснениям <...> от 03.02.2020 в ответ на Определение о возбуждении дела № 067/05/18-13/2020 от 23.01.2020, в рамках проведенной <...> информативной проверки было установлено, что указанное в Определении SMS-сообщение было распространено <...> на основании договора оказания услуг № 8581/18-АК8 от 15.06.2018, заключенного <...> (Исполнитель) с <...> (Заказчик). Согласно части 2 указанного договора Исполнитель предоставляет Заказчику доступ к платформе Stream Telekom, позволяющей Заказчику самостоятельно выбирать объём, содержание и виды услуг, в т.ч. создавать текст SMS-сообщений и присваивать «адрес отправителя» при отправке его на мобильный терминал абонента. При этом Исполнитель не предоставляет Заказчику базу номеров для рассылки каких бы то ни было сообщений. Согласно пункту 6.4. Договора ответственность за содержание SMS/E-mail/Viber/-сообщений и присваиваемый адрес отправителя несёт сам Заказчик; Исполнитель не является рекламодателем, а обеспечивает отправку SMS/E-mail/Viber-сообщений, а также HLR-запросов через Платформу Stream Telecom в их неизменном содержании и объеме, в связи с этим ответственность за включение в SMS/E-mail/Viber-сообщения, а также HLR-запросов сведений и данных, противоречащих действующему законодательству Российской Федерации возлагается на Заказчика.

На основании пункта 6.7. Договора, в связи с тем, что Исполнитель не является создателем (изготовителем) и распространителем SMS-сообщений, начиная с момента подготовки текста SMS-сообщения, его редактирования и заканчивая отправкой SMS-сообщений абонентам, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение SMS-сообщений и их содержание в полном объёме несет Заказчик. Пунктом 6.11 Договора установлено, что подписывая настоящий Договор, Заказчик безусловно соглашается с тем, что не Исполнитель, а именно Заказчик является единственным составителем, инициатором и отправителем всех SMS-сообщений, отправляемых в рамках настоящего Договора, т.е. именно он является рекламодателем и рекламораспространителем указанных сообщений в смысле статьи 18 Закона о рекламе, именно Заказчик определяет их конечных получателей (абонентов), а Исполнитель создает техническую возможность для отправки (распространения), доставки SMS посредством определенной совокупности технического оборудования и программного обеспечения. Заказчик признает, что в случае возбуждения любого рода дел в отношении Исполнителя в связи с нарушением норм действующего законодательства, допущенных в результате отправки (рассылки) и доставки SMS-сообщений, отправляемых Заказчиком в рамках данного Договора, надлежащим ответственным лицом (в случае нарушения законодательства о рекламе) является Заказчик. Пунктом 3.2.1 Договора регламентирована обязанность Заказчика соблюдать требования законодательства РФ при исполнении Договора в отношении использования Услуг, в том числе Закон о рекламе. Пунктом 3.2.3 Договора установлена обязанность Заказчика в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка SMS/E-mail/Viber-сообщений, согласие на получение таких SMS/E-mail/Viber-сообщений по форме, которая может быть предъявлена оператору связи в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности получения SMS/E-mail/Viber-сообщений абонентом. В соответствии с пунктом 6.5 Договора при поступлении Исполнителю информации о нарушении Заказчиком пунктов 3.2.1 и 3.2.3 Договора, Исполнитель немедленно приостанавливает предоставление Услуги и проводит проверку обоснованности полученной информации. Исполнитель с целью проверки

обоснованности информации по факту поступления на абонентский номер <...> заявителя рекламного SMS-сообщения без предусмотренного частью 1 статьи 18 закона о рекламе согласия абонента на получение рекламы, обратился к Заказчику с запросом о предоставлении информации об отправленном SMS-сообщении и наличии согласия абонента. Заказчик (<...>) в ответ на запрос Исполнителя предоставил письмо, в котором пояснил, что рассылка производилась его клиентом <...> по договору № БТ 027/19 от 01.04.2019.

Учитывая, что в рамках указанного договора <...> не инициирует самостоятельно рассылку сообщений, не составляет и не редактирует тексты сообщений и/или списки получателей (абонентов), а значит, не является ни рекламодателем, ни рекламодателем (или рекламопроизводителем) вышеуказанного SMS-сообщения, следовательно, не является субъектом административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3. КоАП РФ, общество просит прекратить производство по делу № 067/05/18-13/2020 в отношении <...>.

Согласно письму <...> от 05.03.2020 в ответ на Определение о продлении срока рассмотрения дела № 067/05/18-13/2020, SMS-сообщение с рекламой на абонентский номер <...> от отправителя под именем <...> было отправлено контрагентом <...> по Договору о предоставлении услуг № БТ-027/19 от 01.04.2019, заключенного с <...>. Согласно условиям Договора <...> обязуется обеспечить получение от абонентов, которым планируется отправка сообщений, согласие на получение таких сообщений, а также по первому требованию и в кратчайшие сроки предоставлять <...> подтверждение наличия согласий абонентов на получение СМС-сообщений (пункты 3.2.3 и 3.2.5 Договора). На основании пункта 6.6 Договора, ответственность за наличие согласия абонента и/или адресата на получение сообщений, несёт <...>. Согласно письму <...>, представленному в ответ на запрос <...>, инициированное им рассылка SMS-сообщения была отправлена ошибочно, абонентский номер <...> исключен из базы рассылок. <...> также были проведены мероприятия по блокировке сообщений на абонентский номер <...>.

На основании вышеизложенного, на момент распространения 21.11.2019 SMS-сообщения с рекламой: «**BLACK FRIDAY!** Корпоративная выгода до 50%! Бронь <...>» на абонентский номер <...> отправителем под именем <...>, у <...> согласия абонента указанного телефонного номера на получение SMS-сообщения с указанной рекламой отсутствовало, что является нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно материалам дела, виновным в распространении ненадлежащей рекламы является <...>. Таким образом, лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, является <...>.

Распространение ненадлежащей рекламы в данном случае осуществлялось посредством последовательных действий <...> и <...> на основании заключенных между ними гражданско-правовых договоров. Учитывая, что действия указанных лиц являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи SMS-сообщений конечным потребителям, рекламодателем, способными пресечь распространение ненадлежащей рекламы, являются <...> и <...>.

<...> в Смоленское УФАС России представлено письменное подтверждение того, что обществом проведены мероприятия по блокировке сообщений на абонентский номер <...>.

<...> письменное подтверждение о прекращении распространения рекламы на телефонный номер <...> без согласия на то абонента, в Смоленское УФАС России не представлено.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «*BLACK FRIDAY! Корпоративная выгода до 50%! Бронь <...>*», распространяемую путём осуществления 22.11.2019 рассылки SMS-сообщения через SMS-центр <...> от отправителя под именем <...> на абонентский номер <...> без предварительного согласия на то абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать обществу с ограниченной ответственностью <...> предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Смоленского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении <...>.

Решение изготовлено в полном объеме «8» апреля 2020 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Заместитель

<...>

председателя Комиссии:

<...>

Члены Комиссии:

<...>
