

РЕШЕНИЕ

по делу № 021/05/18-60/2020

29 июля 2020 г.

г. Чебоксары

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Комиссия) в составе: председатель Комиссии: «...»

члены Комиссии:

«...», рассмотрев дело 021/05/18-60/2020, возбужденное по заявлению гражданина «...» (далее - Заявитель) по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) в отношении ПАО «Вымпел-Коммуникации» (ИНН/КПП 7713076301 /771301001, 127083, г.Москва, ул. Восьмого Марта, д.10, стр. 14), ООО «ИнфоБип» (ИНН/КПП 7703673690/771001001, 115191, г. Москва, ул. Тульская Б., дом 11, эт. 5 пм XIII ком 1), ООО «ДениТехнолоджи» (ОГРН 1096316004674, ИНН 6316145067, г. Москва, шоссе Хорошевское, д. 32 А, под. 9 Э 4ОФ415-1), ООО «Фитнесон» (ОГРН 1175024017486, ИНН 5015014527, Московская область, г. Звенигород, ул. Московская, д. 12, пом. 30), в отсутствие лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения Закона о рекламе: представителя ПАО «Вымпел-Коммуникации» (ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие от 03.07.2020 б/н); представителя ООО «ИнфоБип» (ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие от 04.02.2020 б/н);

представителя ООО «ДениТехнолоджи» (ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие от 16.07.2020 №151);

представителя ООО «Фитнесон» (ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие вх. от 16.07.2020 № 7203-ЭП/20);

Заявителя, надлежащим образом извещенного о дате и времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛ:

27.12.2019 (вх. № 8438-ЭП/19) в Чувашское УФАС России (далее также –

Управление, антимонопольный орган) в установленном порядке ФАС России (исх.№РС-А-19-20191227) посредством электронной почты (delo@fas.gov.ru) поступило заявление гражданина «...» (далее - Заявитель) с обращением о неправомерном смс - сообщении рекламного характера. Согласно заявлению, 27.12.2019 в 17 час. 58 мин. на номер сотового телефона Заявителя (+7 9670879881) поступило смс - сообщение с буквенного идентификатора «fitness on», следующего содержания. «Акция! +45 дней фитнеса в подарок. Только до 31 декабря. 84959467603». Поступление указанного смс-сообщения подтверждается скриншотом с экрана мобильного телефона Заявителя.

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

Таким образом, Чувашским УФАС России, в связи с поступившим обращением, в рамках требований Закона о рекламе, проведены контрольные мероприятия по осуществлению запроса ПАО «ВымпелКом», являющегося сотовым оператором связи Заявителя.

Из ответа ПАО «ВымпелКом» установлено следующее. Абонентский номер сотовой связи («...») предоставлен в пользование «...» (Заявитель) на основании Договора об оказании услуг связи от 05.03.2012 № S4 3 7 0 4.

Согласно данным автоматизированной системы общества, направление рассматриваемого смс - сообщения 27.12.2019 в 17 час. 58 мин. с буквенного идентификатора «fitness on» осуществлено ООО «ИнфоБип», в рамках договора об оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2015 № 557898157, заключенного между ПАО «Вымпел-Коммуникации» и ООО «ИнфоБип».

При этом, ПАО «ВымпелКом», предоставляя ООО «ИнфоБип» техническое обеспечение, не осуществляло рассылку и, в конкретном случае, не является рекламораспространителем.

ПАО «ВымпелКом», оказывая абонентам услуги, в том числе, по передаче смс - сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, осуществляет передачу получателю информации, сформированной отправителем, имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи, в соответствии с требованиями действующего законодательства.

Указанные обстоятельства, по мнению ПАО «ВымпелКом», свидетельствует о том, что согласие Заявителя на получение рассматриваемого смс - сообщения от отправителя с буквенного идентификатора «fitness on», должно быть получено от ООО «ИнфоБип» или его клиентов.

Таким образом, с целью получения доказательств, подтверждающих наличие предварительного согласия Заявителя на получение смс - сообщения, ПАО «Вымпел-Коммуникации» направлен запрос ООО «ИнфоБип».

Из представленного ответа ООО «ИнфоБип» установлено следующее.

Рассылка смс - сообщения осуществлялась в рамках договора

оказания услуг от 01.09.2018 № 01092018-747, заключенного ООО «ИнфоБип» с ООО «Дени Технолоджи», в соответствии с которым ООО «ИнфоБип» (Исполнитель) обязуется оказывать Заказчику (ООО «Дени Технолоджи») услуги по предоставлению Заказчику доступа к системе для организации и технологического обеспечения передачи, приема и обработки телематических электронных сообщений, содержащих информационные и /или рекламные материалы, формируемые либо отправляемые Заказчиком.

При этом, требованиями пункта 3.2.3 договора ООО «Дени Технолоджи» обязуется представить подтверждение наличия согласия абонентов на получение сообщений Заказчика для ООО «ИнфоБип», в связи с чем, ответственность за содержание и направление смс - сообщений, в силу указанного пункта договора, возлагается на ООО «Дени Технолоджи».

В результате запроса ООО «ИнфоБип» от ООО «Дени Технолоджи» представлено согласие Заявителя на получение смс – сообщений.

Указанное согласие представлено наличием анкеты о согласии на получение информации по каналам связи и обработку персональных данных, составленной гражданином по имени Петр с номером телефона «...») от компании, именуемой сетью фитнес – клубов FITNESSON (ООО «ФИНТЕСОН» 143180, г.Звенигород, Московская область, ул. Московская, д.12, пом.303 zvenigorod@fitness-on.ru)

При этом, на указанную анкету в материалы дела представлено пояснение Заявителя, из которого следует, что он не заполнял данной анкеты и не предоставлял согласия на получение информации по каналам связи и на обработку персональных данных ООО «ФИНТЕСОН».

По факту наличия анкеты и отказа от ее заполнения Заявителем, от ООО «ФИНТЕСОН» затребованы пояснения обстоятельств ее получения.

Из представленных пояснений ООО «ФИНТЕСОН», установлено следующее.

Рекламная акция, ставшая предметом рассмотрения настоящего дела, являлась ООО «ФИНТЕСОН» разовой и была прекращена в результате поступившей информации от антимонопольного органа.

В то же время, общество указало, что сведения о конкретном лице, явившимся инициатором направления смс – сообщения Заявителю, отсутствуют, поскольку на момент рассмотрения дела, в связи со сложившейся эпидемиологической ситуацией, деятельность клуба «ФИНТЕСОН» была приостановлена и ряд сотрудников компании отказались от продолжения своей деятельности в обществе.

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

Как следует из материалов дела, на номер мобильного телефона Заявителя («...») 27.12.2019 в 17 час. 58 мин. поступило смс - сообщение с буквенного идентификатора «fitness on», следующего содержания. «Акция! +45 дней фитнеса в подарок. Только до 31 декабря.

84959467603».

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 рассматриваемом случае, осуществлено посредством последовательных действий ПАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «ИнфоБип», ООО «Дени Технолоджи», ООО «ФИНТЕСОН», на основании заключенных между ними гражданско-правовых договоров, и их действия явились неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщения рекламного характера, без получения на то предварительного согласия Заявителя.

Наряду с этим, Комиссией установлено, что направление рассматриваемого смс – сообщения осуществлялось ПАО «Вымпел-Коммуникации» в рамках договора об оказании услуг связи, в соответствии с которым ПАО «Вымпел-Коммуникации» лишь обеспечило заказчику рассылки (ООО «ИнфоБип») 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» (далее - Закон 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, ПАО «Вымпел-Коммуникации» не вправе было знакомиться с текстом сообщения, отправляемых третьими лицами, включая заказчиков рассылки, разграничивать поступившие на его 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).

Нарушение указанных конституционных прав является уголовно наказуемым деянием (статья 138 УК РФ).

Абонентский номер сотовой связи («...») предоставлен в пользование Заявителю ПАО «Вымпел - Коммуникации» на основании договора об оказании услуг связи от 05.03.2012 № S43704.

Таким образом, в указанных правоотношениях ПАО «Вымпел - Коммуникации» выступает в роли оператора связи, предоставляющего физическому лицу телефонный номер для дальнейшего использования.

В регистрационной форме абонентского договора получение рекламы, в данном случае, не конкретизировано, при этом, необходимо понимать, что заключая договор на оказание услуг связи, абонент выражает свое согласие /несогласие на получение смс – рекламы именно от оператора 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, 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.

В связи с изложенным, Комиссия пришла к следующим выводам. Оператор связи, с учетом положений части 1 статьи 44.1 Закона о связи не может быть признан рекламораспространителем по части 1 статьи 18 Закона о рекламе, если направление смс – сообщения рекламного характера осуществляется по инициативе заказчика формирования смс – сообщения на основании договора о с в я з и .

Оператор связи может быть признан рекламораспространителем, с учетом положений вышеуказанных законодательных норм, только в случае осуществления рассылки смс – сообщений рекламного характера по инициативе самого оператора связи.

Поскольку ПАО «Вымпел - Коммуникации» не определяло самостоятельно конечного абонента (получателя рекламы) и не располагало сведениями о содержании смс – сообщения, а лишь выполнило техническую функцию для заказчика (ООО «Инфобип») в передачи смс – сообщения (закрытого пакета информации), следовательно, у ПАО «Вымпел - Коммуникации» отсутствовала правовая обязанность получать согласие Заявителя на направление рассматриваемого смс – сообщения.

Общество лишь предоставило услуги связи и телефонный номер Заявителю (техническую возможность), в том числе, для получения смс – сообщений.

В этой связи признать ПАО «Вымпел - Коммуникации» рекламораспространителем смс – сообщения, противоречащего части 1 статьи 18 Закона о рекламе, безосновательно.

При этом, действия по непосредственному доведению смс – сообщения до Заявителя

осуществлены, в том числе, ООО «ИнфоБип» и ООО «Дени Технолодж» в рамках заключенного между ними договора оказания услуг связи от 01.09.2018 № 01092018-747.

Условия оказания услуг связи, которые указаны в данном договоре, предусматривают обязанность ООО «Дени Технолоджи» возмездно распространения смс – рекламы третьим лицам от партнеров ООО «Дени Технолоджи» от которых получено предварительное письменное согласие на получение таких сообщений.

В результате запроса ООО «ИнфоБип» от ООО «Дени Технолоджи» представлено согласие Заявителя на получение смс – сообщений от своего контрагента – ООО «ФИТНЕСОН».

Из пояснений ООО «ИнфоБип» и ООО «Дени Технолоджи» следует, что общества не являлись лицами, сформировавшими содержание рассматриваемого смс – сообщения, и его направление осуществлялось не по инициативе указанных обществ, которые также лишь обеспечили направление сообщения в сеть электросвязи, в рамках действующего законодательства, оказав услуги связи ООО

« Ф И Т Н Е С О Н » .

Таким образом, учитывая конкретные обстоятельства дела, исходя из положений Закона о рекламе, Закона о связи и анализа совокупности существующих договоров между всеми лицами, участвующими в распространении рекламы, в том числе, роли оператора связи, за которым закреплен номер <...> с которого было направлено рассматриваемое смс – сообщение, непосредственного рекламодателя (явившегося и первым распространителем), Комиссия пришла к следующему.

Оказывая услуги по передачи смс – сообщения в рамках договора, ООО «ДениТехнолоджи», ООО «ИнфоБип» осуществляли передачу получателю информации, сформированную отправителем – ООО «ФИТНЕСОН», имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи по передачи текстового сообщения в рамках договорных обязательств.

Как операторы связи, ООО «ИнфоБип», ООО «Дени Технолоджи», не располагали сведениями о том, какая именно информация включена отправителем ООО «ФИТНЕСОН» в сообщение и будет передана получателю и обязаны были обеспечить соблюдение тайны связи.

Заклучение договорных обязательств по совершению каких – либо рекламных кампаний на рассылку рекламных смс – сообщений указанными обществами с ООО «ФИТНЕСОН» материалами дела не установлено.

Таким образом, оснований для признания ООО «ИнфоБип», ООО «Дени Технолоджи» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе не имеется.

Материалами дела установлено, что инициатором направления рассматриваемого смс - сообщения явилось ООО «ФИТНЕСОН», 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 «ФИТНЕСОН». Согласно информации ООО "ФИТНЕСОН" следует, что в связи с тем, что направление рассматриваемого смс - сообщения послужило предметом реагирования антимонопольного органа, обществом были приняты меры по предупреждению нарушения Закона о рекламе путем прекращения направления смс - сообщений на сотовый номер телефона Заявителя.

При этом, в материалы дела ООО "ФИТНЕСОН" представлена анкета, датированная 16.04.2016, заполненная и подписанная физическим лицом по имени Петр, указавшим согласие на получение информации об услугах компании ООО "ФИТНЕСОН" в виде смс - сообщений.

Кроме того, в представленной анкете усматривается номер сотовой связи «...», выделенный, согласно материалам дела, ПАО "Вымпел - Коммуникации" Заявителю на основании заключенного договора о связи, который, в свою очередь, представил возражения с отказом от заполнения и подписания данной анкеты.

Представленное согласие на получение информации от общества, в том числе, в виде смс – сообщений, не могут быть приняты Комиссией во внимание по следующим основаниям.

Буквальное толкование положений Закона о рекламе позволяет сделать вывод о том, что согласие абонента на получение рекламы должно быть выражено явно, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Представленная анкета, с содержанием имени «Петр», номера сотовой связи Заявителя, не свидетельствует о заполнении ее Заявителем и о его волеизъявлении на получение рекламы.

Согласие должно быть оформлено таким образом, чтобы можно было однозначно установить и достоверно подтвердить волеизъявление абонента на получение рекламной информации.

Указанное согласуется с правовой позицией, изложенной в пункте 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", согласно которой, 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 рекламодателя.

В силу 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 признаётся осуществлённой 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 данной нормой закона согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Из представленной в дело анкеты, Комиссия не установила волеизъявления Заявителя на получение рекламы от ООО «ФИТНЕСОН», поскольку информация, указанная в анкете, не идентифицируется с Заявителем, как это предписано законом.

В этой связи представленное согласие, не позволяющее однозначно идентифицировать Заявителя, не может рассматриваться как надлежащее.

Доказательства согласия Заявителя на получение рассматриваемого смс – сообщения в материалы дела ООО «ФИТНЕСОН» не представлены.

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

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

Согласно статье 3 Закона о рекламе, рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Соответственно, исходя из норм Закона о связи (статья 44.1) лицом, обязанным получить предварительное согласие абонента на получение рекламного смс – сообщения, а по терминологии Закона о рекламе, рекламодателем является ООО «ФИТНЕСОН».

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 данного смс - сообщения, Комиссия пришла к выводу об отсутствии необходимости выдачи ООО «ФИТНЕСОН» предписания о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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 ПАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «ДениТехнолоджи», ООО «ИнфоБип» ненадлежащими лицами, в действиях которых содержатся признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Прекратить производство по делу в отношении ПАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «ДениТехнолоджи», ООО «ИнфоБип».

3. Признать ООО «ФИТНЕСОН» нарушившим требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в связи с распространением 27.12.2019 в 17 час. 58 мин. на номер сотового телефона Заявителя («...») смс - сообщения с буквенного идентификатора «fitness on» следующего содержания «Акция! +45 дней фитнеса в подарок. Только до 31 декабря. 84959467603».

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

5. 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 «ФИТНЕСОН».

Председатель

Комиссии

«...»

Члены Комиссии:

«...»

Решение в полном объеме изготовлено 05.02.2019. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.