

РЕШЕНИЕ

по делу № 31-Р-2018

10 декабря 2018 г.
Чебоксары

г.

Резолютивная часть решения оглашена 27 ноября 2018 года.

Решение в полном объеме изготовлено 10 декабря 2018 года.

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

К о м и с с и и :

«...» рассмотрев дело № 31-Р-2018, возбужденное в отношении ООО «Т2 МОБАЙЛ» (ИНН 7743895280, 108811, г. Москва, километр Киевское шоссе 22-й (пос. Московский), домовладение 6 строение 1, этаж 5 комната 33), ООО «ФОРИС» (ИНН 7451367727, г. Челябинск, ул. Троицкая, д.11, оф.57) по части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в связи с неправомерным направлением СМС - сообщения рекламного характера, без предварительного согласия абонента,

в присутствии представителя ООО «Т2 МОБАЙЛ» - «...» (доверенность от 07.08.2018 № 157);

в отсутствие ООО «ФОРИС» и Заявителя, надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В Чувашское УФАС России 30.08.2018 (вх. № 04-21/5354) поступило обращение гражданина «...» (далее - Заявитель) с заявлением о получении им смс- сообщения рекламного характера, без его предварительного согласия. Заявителем сообщается, что 28.08.2018 в 13 час. 01 мин. на выделенный оператором связи ООО "Т2 МОБАЙЛ" номер его мобильного телефона «...» поступило нежелательное СМС - сообщение с номера «...», следующего содержания: «Евгений в Восточном Банке кредит до 955000 dengaeat.ru»,

но согласия на получение данного смс - сообщения им не давалось.

Поступление указанного смс - сообщения подтверждено скриншотом с экрана мобильного телефона.

Из информации, представленной ООО "Т2 МОБАЙЛ", следует, что 28.08.2018 в 13:01 на номер абонента «...» поступило входящее смс-сообщение от абонента «...».

Абонентский номер «...» выделен ООО "Т2 МОБАЙЛ" Заявителю на основании договора об оказании услуг связи. Условиями договора об оказании услуг связи предусмотрено, в том числе, следующее.

«Настоящим Абонент подтверждает свое согласие на использование сведений об Абоненте для оказания справочных и иных информационных услуг Оператором или третьими лицами.

Если не согласен - .

Настоящим Абонент подтверждает свое согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи. Если не согласен -

Настоящим абонент подтверждает, что ознакомлен со всеми условиями Договора"».

ООО "Т2 МОБАЙЛ" указывает, что графа для отметок "Если не согласен " абонентом (Заявителем) не заполнена.

Данное обстоятельство, по мнению общества, свидетельствует о том, что Заявитель, при заключении договора на оказании услуг связи при использовании абонентского номера «...», согласился на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи, т.к. данное подтверждается отсутствием знака в графе вышеуказанного договора, предназначенного для выражения несогласия на получения рекламы и собственноручной подписью абонента на договоре.

Таким образом, ООО «Т2 Мобайл» не считает себя нарушившим требования Закона о рекламе, при наличии предварительного согласия абонента на получение рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Кроме того, указанное смс - сообщение сформировано и направлено самостоятельно абонентом выделенного номера +79089370979. Абонентский номер «...» предоставлен ООО «ФОРИС» (адрес местонахождения: г. Челябинск, ул. Троицкая, д.11, оф. 57) на основании контракта на предоставление услуг связи от 29.09.2014 № 32632583, заключенного между ООО "Т2 МОБАЙЛ" и ООО «ФОРИС».

Соответственно, предварительное согласие абонента (Заявителя) на получение рекламы от третьих лиц должно быть выражено непосредственно третьему лицу, направившему данное рекламное сообщение - владельцу номера «...». С целью получения пояснений по факту выявленных обстоятельств осуществлен запрос ООО «ФОРИС» по адресу, указанному в контракте на предоставление услуг связи и в выписке из ЕГРЮЛ о местонахождении данного общества: г. Челябинск, ул. Троицкая, д.11, оф. 57. Запрашиваемая информация не представлена, т.к. ООО «ФОРИС» не получает корреспонденцию по вышеуказанному адресу.

Оценив в совокупности и взаимосвязи имеющиеся в материалах дела доказательства, применив нормы материального и процессуального права, Комиссия приходит к следующим выводам.

Под рекламой, определенной пунктом 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс - сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц в соответствии с Законом о рекламе понимаются лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не

факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В тексте рекламы присутствует имя лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Однако обращение к Заявителю, в данном случае, не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации.

Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

При этом, 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 признается 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 (упоминание имени абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Таким образом, рассматриваемая информация (сообщение) не является персональным предложением Заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Указанное согласуется с правовой позицией ФАС России, выраженной в письме от 27.06.2016 № АД/43482/16 " Об отнесении к рекламе информации с личным обращением".

Кроме того, доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица - Заявителя, в материалы дела не представлено.

Принимая во внимание вышеизложенное, направленное смс - сообщение «Евгений в Восточном Банке кредит до 955000 dengast.ru», Комиссией признается рекламой, поскольку все квалифицирующие признаки рекламы в данном сообщении присутствуют.

[Статьей 3](#) Закона о рекламе определено, что рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо ([пункт 5](#)), рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с

использованием любых средств ([пункт 7](#)).

[Частью 1 статьи 18](#) Закона о рекламе предусмотрено, что 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.

Согласно [пункту 1 статьи 2](#) Закона о связи абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Комиссией установлено, что абонентский номер «...» выделен ООО «Т2 Мобайл» ООО «ФОРИС» на основании контракта на предоставление услуг связи от 29.09.2014 № 32632583.

В соответствии с [пунктом 15](#) постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 N 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 рекламодателя либо рекламодателя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю, и выражено явно.

В материалы дела ООО «ФОРИС» доказательств получения предварительного согласия конкретного абонента Егорова, на получение рассматриваемой смс-рекламы не представлено.

Доводы ООО "Т2 МОБАЙЛ" о том, что обществом на получение рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи получено согласие абонента и о том, что обязанность по доставке любого смс-сообщения предусмотрена действующим законодательством, а также о том, что у оператора отсутствует возможность отказать контрагенту в доставке смс-сообщения до адресата, признаются несостоятельными.

[Частью 2 статьи 44.1](#) Закона о связи предусмотрено, что рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту для которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Исходя из правового смысла указанной нормы, рассылка рассматривается не только как функция оператора связи по доставке сообщения, но и как предоставление оператором правовой и технической возможности оценить содержание смс-сообщения, проверить наличие у заказчика рассылки согласия абонента на получение рекламы. В связи с чем, оператор связи выступает в качестве рекламодателем.

Доказательств того, что фактическая рассылка сообщений осуществлялась иным способом, а не при помощи оборудования ООО "Т2 МОБАЙЛ", ООО «ФОРИС», которые обладали возможностью контроля за содержанием передаваемых сообщений, в материалы дела не представлено.

Требования о соблюдении положений [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе в равной степени распространяются на всех лиц, отвечающих понятию "рекламодателем", без каких-либо исключений.

Ответственность за нарушение [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе возложена на рекламодателя рекламы.

Согласно [пункту 22.1 статьи 2](#) Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - 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.

Рассылкой является отправка разным адресатам сообщения одинакового содержания (реклама, газета, приглашение).

Рассылкой по сети подвижной радиотелефонной связи является массовая отправка одинаковых коротких текстовых сообщений (SMS) с целью распространения какой-либо информации (адресная электронная рассылка по целевой аудитории с целью доведения определенной информации).

Следовательно, к рассылкам по сети подвижной радиотелефонной связи не может быть отнесена передача абонентам индивидуальных сообщений, содержащих цифровые, буквенные или буквенно-цифровые сочетания (коды, пароли), а также иные адресные сообщения, содержащие различную информацию.

В соответствии с [пунктами 1, 2 статьи 44](#) Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услуг связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи, утверждаемым Правительством Российской Федерации.

Таким образом, на сообщения рекламного характера, рассылка которых осуществляется вне договора на оказание услуг связи, не распространяется режим тайны связи, предусмотренный [Конституцией](#) Российской Федерации и [статьей 63](#) Закона о связи.

Рекламораспространителями, рассматриваемого смс-сообщения выступили ООО "Т2 МОБАЙЛ" и ООО «ФОРИС», распространившие 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, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В связи с тем, что в рамках рассмотрения дела установлено, что на момент рассмотрения дела номер сотовой связи ООО «ФОРИС» заблокирован, Комиссия пришла к выводу об отсутствии необходимости выдачи ООО «ФОРИС» и ООО «Т 2 МОБАЙЛ» предписания о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе по рассматриваемому факту.

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 «ФОРИС» и ООО «Т2 МОБАЙЛ» нарушившими требования, определенные частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившиеся в распространении 28.08.2018 в 13 час. 01 мин. на номер мобильного телефона Заявителя («...») смс - сообщения рекламного характера без предварительного на то согласия абонента (Заявителя).

2. Предписание о прекращении нарушения Закона о рекламе ООО «ФОРИС» и ООО «Т 2 МОБАЙЛ» не выдавать 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 «ФОРИС» и ООО «Т2 МОБАЙЛ».

Председатель
«...»

Комиссии

Члены
«...»

Комиссии

Решение в соответствии со статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации может быть обжаловано в арбитражный суд.