

## РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 062/05/18-612/2019

Резолютивная часть оглашена «03» марта 2020

В полном объеме изготовлено «10» марта 2020

Комиссия Рязанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе (далее Комиссия):

Председатель Комиссии –<...>,

при участии представителя ООО «Капитал62-Строитель жилья» - <...> (доверенность от 27.02.2020), в отсутствие представителя заявителя, извещенного надлежащим образом,

рассмотрев дело № 062/05/18-612/2019 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее ФЗ – «О рекламе») по факту распространения на телефонный номер <...> смс-сообщений рекламного характера без предварительного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России 05.11.2019 (вх. №5272) поступило заявление <...> о распространении 22.10.2019 на его телефонный номер <...> -<...> смс-сообщений рекламного характера с признаками нарушения статьи 18 Закона о рекламе.

Из заявления <...> следует, что согласия на получение подобной информации он не выражал.

К своему заявлению <...> приложил скриншот полученных рекламных сообщений, из которых следует, что смс-сообщения:

- *«Смарт дом Юность – почти все кладовки распроданы, успеи купить свою по выгодной цене! «Капитал – строитель жилья»!, тел. <...>»* поступило 22.10.2019 в 12:56 от SMS\_INFO;

*«Смарт дом на Славянском проспекте – почти все кладовки проданы, купи свою по выгодной цене! «Капитал»* поступило 22.10.2019 в 15:00 от SMS\_INFO.

В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации телефонный номер <...> -<...> принадлежит оператору ПАО «Мобильные ТелеСистемы» (Рязанская область).

Для установления рекламораспространителя Рязанским УФАС России 11.11.2019 (исх. №5694) направлен запрос в ПАО «МТС».

В адрес Рязанского УФАС России 06.12.2019 (вх. №5830) поступил ответ ПАО «МТС», согласно которому установлено следующее.

Абонентский номер <...> -<...> выделен заявителю.

Также представлена детализация оказанных услуг связи на абонентский номер <...> <...> за 22.10.2019, согласно которой 22.10.2019 в 12:56 и 15:00 направлены смс-сообщения от SMS\_INFO.

Указанные смс-сообщения были отправлены абонентом ООО «Рускем» (ИНН 7811442926, 192012, Приморский, Санкт-Петербург, пр. Обуховской обороны, 271 стр. А, 1002) на основании Дополнительного соглашения №1 к Договору об оказании услуг связи №177702847045 от 13.09.2016.

Согласно п.3.3.3 Дополнительного соглашения к договору Абонент (ООО «Рускем») до начала оказания услуги рассылки обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями смс-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах заказчика рассылки.

Согласно п.3.3.12 Дополнительного соглашения к договору Абонент (ООО «Рускем») до начала оказания услуги рассылки принимает на себя обязательство обеспечить наличие согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством.

На основании вышеизложенного возбуждено дело № 062/05/18-612/2019 о нарушении ФЗ «О рекламе». Лицом, которое могло распространить данную рекламу, первоначально было идентифицировано как ООО «Рускем» (ИНН 7811442926, 192012, Приморский, Санкт-Петербург, пр. Обуховской обороны, 271 стр. А, 1002).

Указанные смс-сообщения были отправлены абонентом ООО «Рускем» на основании Дополнительного соглашения №1 к Договору об оказании услуг связи №177702847045 от 13.09.2016.

Согласно п.3.3.3 Дополнительного соглашения к договору Абонент (ООО «Рускем») до начала оказания услуги рассылки обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями смс-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах заказчика рассылки.

Согласно п.3.3.12 Дополнительного соглашения к договору Абонент (ООО «Рускем») до начала оказания услуги рассылки принимает на себя обязательство обеспечить наличие согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством.

Определением о возбуждении дела №062/05/18-612/2019 от 26.12.2019 г. по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе у ООО «Рускем» запрошены документы и сведения, необходимые для рассмотрения дела, в том числе, мотивированное объяснение по факту предъявленного нарушения.

20.01.2020 в адрес управления поступили письменные пояснения ООО «Рускем», согласно которым пояснило следующее.

ООО «Рускем» не является рекламодателем указанных смс-сообщений, поскольку оказывает услуги информационно-технического характера

ООО «СЗК «Инфосвязь» по договору оказания услуг №2516-2/16 от 19.09.2016.

Согласно п.2.2.1 данного договора заказчик (ООО «СЗК «Инфосвязь») обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении настоящего договора в отношении использования Услуг, в том числе Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 №38-ФЗ.

В соответствии п.2.2.3 Договора в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка sms/mms/голосовых, согласие на получение таких sms/mms/голосовых сообщений, по форме, которая может быть предъявлена оператору связи в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности получения sms/mms/голосовых – сообщений абонентом.

На основании изложенного 23.01.2020 Комиссия установила необходимость замены ненадлежащего лица – ООО «Рускем», надлежащим – ООО «СЗК «Инфосвязь».

Определением об отложении рассмотрения дела №062/05/18-612/2019 от 23.01.2020 (исх. №178) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «СЗК «Инфосвязь» привлечено к рассмотрению дела при замене ненадлежащего лица ООО «Рускем» надлежащим рекламодателем ООО «СЗК «Инфосвязь» и запрошены документы и сведения, необходимые для рассмотрения дела, в том числе, мотивированное объяснение по факту предъявленного нарушения.

11.02.2020 в адрес управления поступили письменные пояснения ООО «СЗК «Инфосвязь», согласно которым пояснило следующее.

ООО «СЗК «Инфосвязь» не является рекламодателем указанных смс-сообщений, поскольку предоставляет доступ к программно-аппаратному комплексу, позволяющий заказчику (ООО «Капитал62-Строитель Жилья») самостоятельно выбирать объем, содержание и виды услуг, которыми он пользуется по настоящему договору оказания услуг №10131/19-АКВ от 19.09.2019.

Согласно п.3.2.1 данного договора заказчик (ООО «Капитал62-Строитель Жилья») обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении настоящего договора в отношении использования Услуг, в том числе Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 №38-ФЗ.

В соответствии п.3.2.3 Договора в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка сообщений, согласие на получение таких сообщений, по форме, которая может быть предъявлена оператору связи в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности получения сообщений абонентом.

В силу п.6.7 указанного договора всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение сообщений и их содержание в полном объеме несет заказчик.

Подписывая настоящий договор, заказчик безусловно соглашается с тем, что не исполнитель, а именно заказчик является единственным составителем, инициатором и отправителем всех сообщений, отправляемых в рамках настоящего

договора, т.е именно он является рекламодателем и рекламораспространителем указанных сообщений в смысле ст.18 Закона о рекламе (п. 6.11 договора).

На основании изложенного 18.02.2020 Комиссия установила необходимость замены ненадлежащего лица – ООО «СЗК «Инфосвязь», надлежащим – ООО «Капитал62-Строитель Жилья» (ИНН 6234145644).

Определением об отложении рассмотрения дела №062/05/18-612/2019 от 18.02.2020 (исх. №604) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «Капитал62-Строитель Жилья» привлечено к рассмотрению дела при замене ненадлежащего лица ООО «СЗК «Инфосвязь» надлежащим рекламораспространителем ООО «Капитал62-Строитель Жилья» и запрошены документы и сведения, необходимые для рассмотрения дела, в том числе, мотивированное объяснение по факту предъявленного нарушения.

02.03.2020 в адрес управления поступили письменные ООО «Капитал62-Строитель Жилья», согласно которым менеджер общества «Капитал62-Строитель Жилья» ошибочно включила номер заявителя в список граждан, давших согласие на смс информирование, в связи с чем произошла отправка смс-сообщений на телефонный номер заявителя.

Кроме того, представлены договоры на оказание рекламных услуг от 01.10.2019 и 18.10.2019, согласно которым ООО «Капитал62-Строитель Жилья» обязуется оказать услуги по рекламе: распространение информации о товарах Заказчика.

Комиссия управления, рассмотрев представленные документы, заявления и материалы дела, выслушав представителя лица, участвующих в деле, приводит к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе»: реклама - это 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 N 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.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством телефонной 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 строительной компании.

В силу части 1 статьи 18 ФЗ «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.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи», абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями, но не отправителями сообщений.

Инициатором направления смс-сообщений с предложением услуг строительной компании на номер Заявителя без его предварительного согласия является ООО «Капитал62-Строитель Жилья», что подтверждается материалами дела, сведений, опровергающих данный факт, материалы дела не содержат.

Иных документов о получении согласия абонента номера 8-<...> на

распространение ему рекламы посредством использования телефонной сети (в данном случае направление смс-сообщений) ООО «Капитал62-Строитель Жилья» не представлено, антимонопольным органом не получено.

В связи с тем, что Заявитель утверждает, что не давал согласия на распространение рекламы путем направления смс-сообщений от отправителя ООО «Капитал62-Строитель Жилья», в Рязанском УФАС России сведения и документы о получении отправителем согласия абонента 8-<...> на распространение ему рекламы по сетям электросвязи отсутствуют, распространение указанной рекламы противоречит части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Документов, материалов, указывающих, что ООО «Капитал62-Строитель Жилья» приняты достаточные меры по соблюдению требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при направлении смс-сообщений рекламного характера на номер абонента 8-<...>, Рязанским УФАС России при рассмотрении дела не получено, ООО «Капитал62-Строитель Жилья» не представлено.

Пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Таким образом, распространение 22.10.2019 на его телефонный номер <...> -<...> смс-сообщений рекламного характера от ООО «Капитал62-Строитель Жилья» с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащим.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 ФЗ «О рекламе».

В дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действий на основании которых рассматриваемая реклама распространялась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны,

исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Рязанского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Капитал62-Строитель Жилья» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Рязанского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространяемую ООО «Капитал62-Строитель жилья» на абонентский номер <...> -<...> <...> без предварительного согласия абонента, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «Капитал62-Строитель жилья» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Рязанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении рекламораспространителя вышеуказанной рекламы – ООО «Капитал62-Строитель жилья».

Решение может быть обжаловано в арбитражном суде в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>