

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 058/05/18-43/2020

февраля 2020 года

г. Пенза, ул. Урицкого, 127

Резолютивная часть решения объявлена 28 февраля 2020 года.

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

рассмотрев дело № 058/05/18-43/2020, возбужденное в отношении индивидуального предпринимателя, по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

Пензенское УФАС поступило обращение абонента ООО «Т2 Мобайл», направленное Федеральной антимонопольной службой (от 11.07.2019 вх. № 02-э) по вопросу распространения рекламы, приходящей на номер телефона посредством смс-сообщения. Заявитель согласия на получение смс-сообщений рекламного характера на свой абонентский номер оператору связи иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению смс-рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Пензенским УФАС России определением от 29.01.2020 по факту распространения смс-сообщения рекламного характера возбуждено дело № 058/05/18-43/2020 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе» в отношении ИП. Рассмотрение дела назначено на 28.02.2020.

При рассмотрении дела 28.02.2020 ИП не явился. В материалах дела имеются доказательства надлежащего извещения ИП о месте и времени рассмотрения дела № 058/05/18-43/2020.

В учете вышеизложенного Комиссия Пензенского УФАС России находит возможным рассмотреть дело в отсутствие ИП.

В результате рассмотрения Заявления по существу и изучения дополнительно представленных доказательств установлено следующее.

На абонентский номер заявителя +7 в сети оператора услуг связи ООО «Т2 Мобайл» поступило смс-сообщение следующего содержания:

«Оставка запчастей для грузовиков за 0 рублей. 8...». Дата и время поступления сообщения: 11.07.2019 в 11:35. Рекламное сообщение было отправлено от

авителя, имеющего буквенное обозначение «АУТОТРАГА» и отправлено через центр +79043490004.

ответствии со статьёй 3 ФЗ «О рекламе» рекламой является информация, пространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. При этом под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» в целях настоящего Федерального закона используются следующие основные понятия: товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Неопределённым кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной зоны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Таким образом, под рекламой понимается определённая адресованная и персонализированная информация, направленная на продвижение определённого объекта рекламирования, даже если она направляется по определённым адресному списку.

Сутью одновременного информирования большого количества людей реклама призвана ознакомить потребителей с товарами, услугами, реализуемыми на рынке, сформировать к ним положительное отношение потребителей, позитивно выделить определённые организации, товары и услуги из всего существующего ассортимента.

Информация с содержанием: «Доставка запчастей для грузовиков за 0 рублей», размещённая посредством использования телефонной связи, подпадает под определение рекламы, а именно: адресована неопределённому кругу лиц и направлена на привлечение внимания потребителей рекламы к товару (услуге), способствует его продвижению на рынке.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, радиотелефонной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признаётся распространённой 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.

В этом необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или

есатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или эфон поступило соответствующее рекламное сообщение.

асие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его нтификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от четного рекламораспространителя.

оном № 272-ФЗ от 21.07.2014 в статью 2 Федерального закона «О связи» здено понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под орой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых бщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в эделенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием эрации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также бщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом модействии с иностранными операторами связи.

ольку Федеральный закон «О связи» не содержит исключений из информации, орая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие сылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного актера.

этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с льзованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану эрации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (с льзованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые зматически.

тья 44.1 Федерального закона «О связи» устанавливает порядок цествления рассылки.

тветственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений ламного характера с «коротких» и «буквенных» номеров, а также змотических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 едерального закона «О связи».

асно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети вижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии чения предварительного согласия абонента, выраженного посредством эршения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и оляющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. сылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, л заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или затор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки нициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что эе согласие было получено.

ответствии с частью 2 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка эти подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки

цествляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной иотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом занного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором ии.

зде рассмотрения дела установлено, что телефонный номер <...> выделен ненту У... на основании договора о предоставлении услуг связи с ООО «Т2 айл».

амные сообщения поступило от отправителя, имеющего буквенное значение «АУТОТУАГА» и отправлено через смс-центр +79043490004.

зенским УФАС России в адрес ООО «Т2 Мобайл» направлен запрос (исх. от 8.2019 № 2953-3) о предоставлении сведений относительно абонента эфонного номера, с которого отправлено вышеупомянутое рекламное бщение.

асно информации, представленной ООО «Т2 Мобайл» (оператор), смс-сылка была осуществлена ООО «СМС-Центр» (ОГРН 1117746756489, ИНН 1805644) на основании заключенного договора № от 01.06.2015.

о информации, представленной ООО «СМС-Центр», смс-рассылка была цествлена ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (ИНН 4345404971) в рамках заключенного звора № от 05.10.2015.

асно информации, представленной ООО «ДЭНИ КОЛЛ», смс-рассылка была цествлена ООО «Севентех» (ранее – ООО «Дени Технолоджи»; ИНН 5145067) в рамках партнерского договора № от 13.08.2018.

информации, представленной ООО «Севентех», смс-рассылка была цествлялась ООО «СЗК «Инфосвязь» (ИНН 7811404769) в рамках исполнения звора № от 22.08.2018.

асно информации, представленной ООО «СЗК «Инфосвязь», смс-сообщение о распространено индивидуальным предпринимателем на основании чюченного Договора оказания услуг № от 04.02.2019 (далее – Договор, по рому ООО «СЗК «Инфосвязь» является Исполнителем, а ИП – Заказчиком.

асно п. 2 Договора, Исполнитель предоставляет Заказчику доступ к тформе Stream Telecom, позволяющий Заказчику самостоятельно выбирать ем, содержание (состав) и виды Услуг, которыми он пользуется по настоящему звору. Услуги оказываются в соответствии с Правилами предоставления Услуг ложение 1 к настоящему Договору).

им образом, имея доступ к Платформе Stream Telecom (программно-зратный комплекс Исполнителя для реализации Услуг, предусмотренных звором), Заказчик может, в том числе, создавать текст СМС-сообщения (п.1.4. звора) и присваивать СМС-сообщению «Адрес отправителя» при отправке его лобильный Терминал Абонента (п.1.11.).

информации, представленной ООО «СЗК «Инфосвязь», Исполнитель не

доставляет Заказчику базу номеров Абонентов для рассылки каких бы то ни было сообщений, не создает текст СМС-сообщений и не определяет их содержание.

Согласно п. 6.4. Договора, ответственность за содержание SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений и присваиваемый Адрес отправителя несет сам Заказчик. В рамках настоящего Договора Исполнитель не является рекламодателем, а обеспечивает отправку SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений, а также HLR-запросов через форму Stream Telecom в их неизменном содержании и объеме.

Таким образом, Исполнитель обеспечивает техническую возможность для осуществления Заказчиком рассылок SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений.

Согласно п. 6.7. Договора, Заказчик также ознакомлен с п.6.7. Договора, где сказано «В связи с тем, что Исполнитель не является создателем (составителем) и распространителем SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений, начиная с момента подготовки текста SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений, его активирования и заканчивая отправкой SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений абонентам, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений и их содержание в полном объеме несет Заказчик».

Согласно п. 6.11. Договора установлено для Заказчика: «Подписывая настоящий Договор, Заказчик безусловно соглашается с тем, что не Исполнитель, а именно Заказчик является единственным составителем, инициатором и отправителем сообщений SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений, отправляемых в рамках настоящего Договора, т.е. именно он является рекламодателем и автором/распространителем указанных сообщений в смысле ст. 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 действующего законодательства, допущенных в результате отправки (рассылки) и доставки SMS-сообщений, отправляемых Заказчиком в рамках настоящего Договора, надлежащим ответственным лицом (в случае нарушения законодательства о рекламе) является Заказчик».

Согласно п. 3.2.1 Договора регламентирована обязанность заказчика соблюдать требования законодательства РФ при исполнении настоящего Договора в отношении использования Услуг, в том числе Федеральный Закон «О рекламе» от 3.2006 №38-ФЗ РФ, а также нормы международного права.

Согласно п. 3.2.3. Договора устанавливает обязанность Заказчика в обязательном порядке получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений, согласие на получение таких SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений, по форме, которая может быть предъявлена оператору связи в случае необходимости в качестве безоговорочного

зательства добровольности получения SMS/E-mail/Viber/VK/OK-сообщений нентом.

им образом, рекламодателем смс-сообщения являются индивидуальный предприниматель.

Согласно части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия данного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Им образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при наличии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором оказания услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламодатель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Согласно позиции Пленума ВАС РФ, изложенной в пункте 15 постановления от 02.02.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», под абонентом или адресатом, упомянутым в части 1 статьи 18 Закона о рекламе, надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Ввиду того, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям связи, согласие абонента может быть выражено в любой форме, точной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Ввиду отсутствия того, что в процессе смс-рассылки с рассматриваемой рекламой было получено согласие Абонента У. мобильного телефона +7 на получение смс-сообщений, ИП не представлены.

Следовательно, материалами дела № 058/05/18-43/2020, возбужденного по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, подтверждается тот факт, что рассматриваемая реклама была отправлена получателю на его абонентский номер <...> без его предварительного согласия на получение рекламы.

Им образом, реклама: «Доставка запчастей для грузовиков за 0 рублей. 8...» распространялась посредством использования подвижной радиотелефонной связи с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии со статьей 38 названного закона несет рекламодатель (часть 7 статьи 18 ФЗ «О рекламе»).

Согласно с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в

ой форме и с использованием любых средств.

ым образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

Согласно материалам по делу доказательства и установленные обстоятельства свидетельствуют о том, что нарушение законодательства о рекламе в данном случае содержится в действиях лица, распространившего рассматриваемую рекламу, т.е. ее рекламодателя – ИП

Рекламодатель обязан соблюдать требования статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

С учетом вышеизложенного, Комиссия считает действия ИП по распространению телефонный номер Заявителя по сетям электросвязи рекламы без его предварительного согласия, нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Недопустимая реклама не допускается.

Согласно с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ 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 нарушение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2.2020 ИП представил в Пензенское УФАС России письменные пояснения, из которых следует, что распространение смс-сообщений абоненту ООО «Т2 Мобайл» прекращено.

Согласно с частью 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе» нарушение рекламодателями, производителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ 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 нарушение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

ссылаясь на часть 2 пункта 1 статьи 33, часть 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 17.08.2006 № 508, от 11.07.2019

РЕШИЛА:

Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Доставка газет для грузовиков за 0 рублей. 8...», распространенную 11.07.2019 в 11:35 по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Пензенского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.