

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 21-05/14-2017 Р

03 ноября 2017 года г. Петропавловск-Камчатский

Резолютивная часть решения оглашена 23 октября 2017 года

В полном объеме решение изготовлено 03 ноября 2017 года

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

Председателя Комиссии: руководителя управления Светловой И.А.;

членов Комиссии:

- главного специалиста–эксперта отдела правового обеспечения и рекламы Иванковой Н.А.;

- ведущего специалиста – эксперта общего отдела Кудлаева А.А.,

рассмотрев дело № 21-05/14-2017Р, возбужденное в отношении обществом с ограниченной ответственностью «...» (юридический адрес ОГРН), (далее – ООО «...») части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие заявителя;

в отсутствие ООО «...», лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе;

в отсутствие ООО «...», лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю поступило заявление гражданина.

Заявитель сообщает, что 10.04.2017 в 17 часов 54 минуты на его мобильный номер "..." поступило смс сообщение с рекламой следующего содержания: «21,22 апреля акция НОД! Самые низкие цены в году на клубные карты и доп.услуги клуба. Енисейская 35.ТЦ Клен. Бронь. по тел "...". К заявлению приложен скриншот смс сообщения.

Заявитель своего согласия на получение рекламы не давал. Оператором сотовой связи у заявителя является ПАО «Мегафон».

В соответствии со скриншотом смс сообщения рекламного характера установлено, что смс сообщение было направлено от отправителя «...» через смс центр "...".

Камчатским УФАС России был направлен запрос в ПАО «Мегафон» о предоставлении информации, а именно необходимо было представить информацию об отправителе «...»; договоры заключенные ПАО «Мегафон» с отправителем «...» на распространение рекламных смс сообщений; информацию о телефонном номере

ПАО «Мегафон» сообщило, что отправка указанного в запросе смс сообщения осуществлена АО «...» действующего как абонент ПАО «Мегафон» в соответствии с дополнительным соглашением.

Камчатское УФАС России направило запрос в адрес АО «...» о предоставлении согласия абонента с телефонным номером "..." на получение смс сообщения рекламного характера направленного 10.04.2017 в 17 часов 54 минуты (подтверждающие документы).

АО «...» сообщило о том, что рассылка сообщения осуществлялась обществом с ограниченной ответственностью «...» (далее – ООО «...») в рамках договора № "..." (далее – договор), в соответствии с которым ООО «...» обязуется получить согласие абонентов среди которых предполагается осуществить распространение рекламно – информационных материалов и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов у которых такое согласие было получено (п. 3.9. и п. 4.8. Договора).

В соответствии с пунктом 3.1 договора в рамках оказания услуги АО «...» (исполнитель) обязуется предоставить ООО «...» (заказчику) доступ к Интерфейсу для размещения рекламно – информационных материалов Заказчика среди абонентов.

«Интерфейс» - программные средства оператора, используемые для управления услугой.

АО «...» направило также в адрес Камчатского УФАС России документ в качестве подтверждения согласия абонента на получение смс сообщения с рекламой полученный ООО «...», а именно клубный контракт № "..." от 21.04.2017.

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю установлено, что смс сообщение с рекламой было направлено 10.04.2017, таким образом, клубный контракт № "..." от 21.04.2017 не может служить документом подтверждающий согласие абонента на получение смс сообщения с рекламой.

Определением о возбуждении дела №21-05/14-2017Р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 23.08.2017 возбуждено дело №21-05/14-2017Р.

Согласно указанному определению ООО «...» необходимо представить письменные пояснения по существу рассматриваемого дела.

11.09.2017 года в адрес Камчатского УФАС поступили пояснения ООО «...», сообщающие следующее.

ООО «...» оказывает посреднические технические услуги передачи текстов сообщений и требований к аудитории сообщений на технические мощности оператора мобильной связи или их партнеров, но не формирует сообщения, не определяет их содержание и адресатов. Указанное в запросе сообщение поступило на оборудование от ООО «...» (ОГРН) на основании заключенного с указанного компанией Договора № "...". По указанному договору ООО «...» оказывает Клиенту техническую услугу предоставления доступа к программному приложению, обеспечивающего формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений Клиентам. В соответствии с Договором, формирование и отправка смс-сообщений осуществляется Клиентом самостоятельно, без согласования с ООО «...» текстов и адресов направленных сообщений. При этом ООО «...» не имеет технической возможности каким-либо образом формировать, дополнять, обрабатывать поступающие от Клиента смс-сообщения. Программное обеспечение ООО «...» лишь осуществляет передачу теста смс-сообщения и номера адресата сообщения на оборудование оператора связи; указанная передача происходит в автоматическом режиме без какого - либо вмешательства со стороны ООО «...». При этом в соответствии с Договором, Клиент

обязуется не использовать услуги ООО «...» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой получатель предварительно отказался. В связи с тем, что ООО «...» не обладает достоверными сведениями о факте получения ООО «...» согласия абонента с телефонным номером "...", которому ООО «...» направляло информацию посредством смс-сообщения, а также в соответствии с п.5.1 Договора, в случае нарушения ООО «...» гарантий по получению согласия от получателей, ООО «...» приостановило оказание услуг по договору путем соответствующей настройки программных решений, опровка смс - сообщений на телефонный номер "...." прекращена.

Определением от 21.09.2017 дело № 21-05/14-2017Р было отложено на 23.10.2017, к участию в рассмотрении дела в качестве лица в действиях, которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе было привлечено: ООО «...» (ОГРН...).

05.10.2017 ООО «...» направило ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя.

ООО «...» не направило в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю письменных пояснений по существу рассматриваемого дела.

Изучив имеющиеся в деле материалы, Комиссия антимонопольного органа пришла к следующим выводам.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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», 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 излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный 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 применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, 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 этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи, с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалах дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщения, в котором содержится информация об условиях акции

на клубные карты и доп.услуги клуба, указан номер телефона и дата завершения акции, Комиссия приходит к выводу, что спорная

информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона 89265906046, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 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 рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие 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.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Исходя из материалов дела № 21-05/14-2017Р, указанная реклама распространялась на основании заключенного договора Договора № "... " предоставления услуг от 01 октября 2010 года ООО "... " (юридический адрес ОГРН) (исполнитель) заключили договор с ООО «...» (заказчик) (ИНН), (далее – договор).

В соответствии с пунктом 1.1 договора предметом договора - является предоставление заказчику доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS – сообщений.

- пункта 1.2 договора услуги предоставляются в соответствии с установленными исполнителем Правилами предоставления услуг (Приложение № 2 к настоящему договору) и оплачиваются согласно Действующими тарифами Пункт 1.3 Тарифы и Правила предоставления услуг являются неотъемлемой частью настоящего договора.

В соответствии с пунктом 3 Правил предоставления услуг (Приложение № 2 к Договору № "..." от 01 октября 2010 года) Исполнитель предоставляют заказчику услуги доступа к программному приложению обеспечивающему формирование и доставку sms- сообщений. Передача информации (текст SMS – сообщения, телефон и др. информация) происходит от заказчика к исполнителю через сеть Интернет (транспортный протокол передачи согласовывается с заказчиком дополнительно; возможные протоколы: SMPP, SMTP (электронная почта), HTTP, HTTPS (SSL) , IPSEC, XML).

В соответствии с пунктом 11 Правил предоставления услуг (Приложение № 2 к Договору № "..." от 01 октября 2010 года) Исполнитель обязуется предпринять все необходимые действия для доставки SMS – сообщения Заказчика до Абонента.

Согласно пункта 12 Правил предоставления услуг (Приложение № 2 к Договору № "..." от 01 октября 2010 года) Заказчик обязуется не использовать услугу для передачи или приема материалов грубого, оскорбительного, унижительного или угрожающего характера в нарушение авторских и других прав или материалов, противоречащих действующему российскому или международному законодательству.

Согласно пункта 13 Правил предоставления услуг (Приложение № 2 к Договору № "..." от 01 октября 2010 года) Заказчик обязуется не использовать услугу для распространения ненужной получателю, незапрошенной информации вида СПАМ: в частности, являются недопустимыми следующие действия: Рассылка информации получателям, высказавшим ранее явное нежелание получать эту информацию.

В соответствии с пунктом 14 Правил предоставления услуг (Приложение № 2 к Договору № "...." от 01 октября 2010 года) в случае нарушения п.12., п.13 Правил предоставления услуг Исполнитель вправе приостановить предоставление Услуг и расторгнуть Договор о предоставлении услуг в одностороннем порядке в соответствии с п.6.3 Договора.

Таким образом, исходя из анализа положений договора и Правил предоставления услуг (Приложение № 2 к Договору № "..." от 01 октября 2010 года) представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «...» к ООО «...» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

- «.....», «....» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.
- того, исходя из положений договора, Правил предоставления услуг (Приложение № 2 к Договору № "..." от 01 октября 2010 года) следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение. В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договора и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке смс-сообщений неопределенному кругу лиц. Обратного ООО «.....», ООО «...» не доказано, в связи, с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к

рекламораспространителям. Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

В этой связи, заключив вышеупомянутый договор ООО «...», ООО «...» приняли на себя все обязательства по указанному договору в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение.

- основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «...», ООО «...» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе. Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Таким образом, распространение 10.04.2017 в 17 часов 54 минуты от отправителя «...» рекламы на номер телефона "... " с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим. В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламораспространители. Лицами, участвующими в деле, осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению смс-рассылок. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков. Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договора, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации. Таким образом, лица, участвующие в настоящем деле, в рамках рассмотрения данного дела признаются рекламораспространителями, а равно несут

ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

ООО «...» в письменных пояснениях от 11.09.2017 года сообщило, что отправка смс – сообщений на телефонный номер "... " прекращена.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении вышеуказанной рекламы ООО «...», ООО «...» не представлено.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, 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 Закона о рекламе.

- 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 Камчатского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «...», ООО «...» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь [частью 1 статьи 36](#) Федерального закона от 13.03.2006 года № 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 (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 года № 508), Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «...» (ОГРН), ООО «...» (ОГРН) нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер "... " рекламы «21,22 апреля акция НОД! Самые низкие цены в

году на клубные карты и доп.услуги клуба. Енисейская 35.ТЦ Клен. Бронь. по тел ...» , поступившей 10.04.2017 в 17 часов 54 минуты от отправителя «...», без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ООО «...», ООО «...» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Камчатского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии