

## РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ Р-60/2017

### по факту нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

14 мая 2018 года

г. Курган

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Зам. председателя комиссии: Беловой А.В. - зам. руководителя Курганского УФАС России – начальник отдела;

Члены комиссии: Ефремовой Е.А. – государственный инспектор,

Кошелева Н.Г. – государственный инспектор,

рассмотрев дело № Р- 60/2017 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы следующего содержания: «-40% на запчасти Opel. Подробнее [www.opel.ru](http://www.opel.ru) <<http://www.opel.ru>>» поступившее 29.08.2017 года на номер мобильного телефона +7\*\*\*\* от абонента Opel Russia,

в отсутствии:

заявителя – извещен надлежащим образом;

лица, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе (ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие лица от 10.05.2018 № 0106 (вх. № 2443 от 10.5.2018),

УСТАНОВИЛА:

30 августа 2017 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее- Курганское УФАС России) через Федеральную антимонопольную службу России поступило заявление Б. А. А., содержащее в себе жалобу на получение нежелательного SMS-сообщения от абонента Opel Russia следующего содержания: «-40% на запчасти Opel. Подробности [www.opel.ru](http://www.opel.ru) <<http://www.opel.ru>>, направленную через СМС-центр +7\*\*\* от абонента Opel Russia, разосланную 29 августа 2017 года в 11:06 смс-сообщением на номер мобильного телефона в г. Санкт-Петербург +7\*\*\*\*».

Из заявления Б. А.А. следует, что договорных отношений с Opel Russia не имеет, согласия на получения смс- рассылок не давал.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

С целью установления рекламодателя, рекламораспространителя указанной нежелательной рекламы Курганским УФАС России был сделан ряд запросов.

Так, ООО «Теле2» ответом от 13.09.2017 (вх. № 5896 от 22.09.2017) сообщает, что в рассылке абоненту +7\*\*\*\*\* от 29.08.2017 года в 11:06 участвовало ООО «СМС Трафик» (ИНН 7705642257), которое согласно договора № 255/SMS-BULK обязуется инициировать смс- рассылки с соответствующим сервисом только в отношении тех абонентов Исполнителей, которые выразили «СМС Трафик» или его клиентам свое согласие на получение такого сервиса, путем совершения действий, однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление.

Ответом на запрос Курганского УФАС России от 02.10.2017 № 04-09/4676-8 ООО «СМС Трафик» (вх.6343 от 10.10.2017) сообщило, что спорная нежелательная реклама от абонента Opel Russia, была отправлена 29.08.2017 в 11:06 через клиентский доступ, предоставленный по договору с ООО «Телеком- Экспресс».

В соответствии с договором № 117/13 от 04.04.2013 года заключенным между ООО «СМС Трафик» и ООО «Телеком- Экспресс», исполнитель по заданию заказчика оказывает последнему услуги доступа к системе, обеспечивающей обработку, отправку сообщений и организацию их взаимодействия между заказчиком и абонентом.

Согласно пункта 3.2.2 Договора ООО «Телеком- Экспресс» обязуется самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от абонента, на абонентское устройство которого планируется отправка смс- сообщений, согласие на получение таких смс- сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление абонента на получение смс- сообщений, для предоставления его исполнителю в рамках оказания услуг.

В антимонопольный орган не представлено согласие Б. А.А. на получение рекламной информации от абонента Opel Russia.

На основании вышеизложенного, в соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Следовательно, рекламораспространителем спорной рекламы Opel Russia является ООО «Телеком- Экспресс» (ИНН 7707602651, адрес: 127273, г. Москва, ул. Отрадная, 2б, стр. 7).

24 октября 2017 года в адрес Курганского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «Телеком- Экспресс» по нарушению части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Общество указало, что согласие клиентов (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию о продукции Opel заполняется в электронном виде на портале заказчика – MyOpel. Б. А.А. предоставил свое

согласие- разрешение на использование персональных данных в маркетинговых целях выбрав способ по средствам смс 25.12.2016 года. Однако Обществом не предоставлено письменного подтверждения согласия на получение информации рекламного характера от Б. А.А.

В соответствии с пунктом 20 Постановления Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе», при наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган принимает решение о возбуждении дела.

Определением от 26.10.2017 года в отношении ООО «Телеком – Экспресс» было возбуждено дело № Р-60/2017 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Письмом от 16 ноября 2017 года № 0672 (вх. № 7124 от 20.11.2017) ООО «Телеком Экспресс» представило скрин выписки из базы данных с сайта MyOpel, подтверждающий, по мнению ООО «Телеком- Экспресс», наличия согласия Б. А.А. на получение рекламной информации по средствам рассылки SMS.

Проведенный анализ представленных документов показал, что Б. А. выражено согласие на получение рекламных и иных сообщений от Общества по средствам телефонного звонка, а не по средствам SMS.

С целью установления наличия, либо отсутствия надлежащего согласия на получение рекламной информации от Б. А. А. Курганским УФАС России определением от 22.12.2017 года рассмотрение дела № Р-60/2017 было приостановлено, до получения информации от рекламодателя спорной, нежелательной рекламы, поступившей Б. А.А. 29.08.2017 года.

Так, запросом информации от 11.12.2017 года и 08.02.2018 года Курганским УФАС России запрашивалась информация у ООО «Дженерал Моторз Авто» о наличии письменного согласия Б. А. А. (аб. № +7\*\*\*\*\*) на получение рекламной информации, оформленного на форуме MyOpel.

Письмом от 27.02.2018 (вх.№ 1074 от 05.03.2018) ООО «Джи Эм Авто» сообщило о наличии в базе данных клиента Н. Ю. (владельца автомобиля Opel Mokka. VIN кузова W0L\*\*\*\*\*), представившей абонентский номер +79\*\*\*\* в качестве контактного. Указанная выше гражданка зарегистрировалась на сайт <http://myopelservice.com/RU> 25.12.2016 года и предоставила свое разрешение на использование персональных данных в маркетинговых целях, а так же выразила свое согласие на дальнейшее получение информации о предоставляемых услугах и продуктах, выбрав способ предоставления информации посредством SMS.

13 апреля 2018 года Курганским УФАС России вынесено определение о возобновлении рассмотрения дела № Р-60/2017 по признакам нарушения рекламного законодательства Российской Федерации.

**Комиссия Курганского УФАС России рассмотрела представленные сторонами по делу доказательства, и пришла к следующим выводам:**

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, реклама - 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.

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.

Из существа SMS- сообщений ООО «Телеком – Экспресс» следует, что Общество преследует цель по привлечению новых клиентов к оказываемым услугам. Следовательно, короткие текстовые сообщения ООО «Телеком – Экспресс» носят рекламный характер.

Не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации реклама признается ненадлежащей (пункт 4 статьи 3 Закона о рекламе).

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

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ 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.

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, а не на антимонопольный орган и лицо, получившее рекламное сообщение.

Согласно договора об оказании услуг от 08.02.2016, заключенного между Б. А. А. и ООО «Санкт- Петербург Телеком» абонентский номер <...> \*\*\*\*\* закреплен за заявителем – Б. А.А.

Между тем, как следует из текста рассматриваемого заявления Б. А.А., согласия на получение рекламного сообщения не выражал.

Факт направления нежелательной рекламы ни одной стороной дела № Р- 60/2017 не опровергается, следовательно, антимонопольный орган считает, что ООО «Телеком – Экспресс» не доказал соблюдение требований [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе ООО «Телеком – Экспресс» признается рекламодателем спорной рекламы.

В соответствии с пунктом 7 статьи 38 Закона о рекламе, рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь [п. 2 ч. 1 ст. 33](#), [ч. 1 ст. 36](#) Закона о рекламе и в соответствии с [п. п. 36 - 42](#) Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу «-40% на запчасти Opel. Подробности [www.opel.ru](http://www.opel.ru) <http://www.opel.ru>», направленную через СМС-центр +7\*\*\* от абонента Opel Russia, разосланную 29 августа 2017 года в 11:06 смс-сообщением на номер мобильного телефона в г. Санкт-Петербург +7\*\*\*\*, поскольку указанная реклама не соответствует требованиям, установленным частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»;
2. Выдать ООО «Телеком- Экспресс» предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства Российской Федерации;
3. Передать материалы дела № Р-60/2017 уполномоченному должностному лицу Курганского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в отношении ООО «Телеком – Экспресс», предусмотренном частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

*Решение изготовлено в полном объеме 14 мая 2018 года, резолютивная часть решения объявлена 11 мая 2018 года.*

*Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.*