

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 21-05/08-2018 Р

31 мая 2018 года г. Петропавловск-Камчатский

Резолютивная часть решения оглашена 18 мая 2018 года

В полном объеме решение изготовлено 31 мая 2018 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.;

- главного специалиста–эксперта отдела правового обеспечения и рекламы Муравкиной Ю.А.;

рассмотрев дело № 21-05/08-2018Р, возбужденное в отношении ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (109443, г. Москва, ул. Юных Ленинцев, д. 83, корпус 4, офис 41, ОГРН 1107746769162) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе),

- в отсутствие заявителя;

- в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по

Камчатскому краю поступило заявление гражданина (вх. № 69 от 10.01.2018 года).

На телефонный номер "" заявителю 28 декабря 2017 года в 13 часов 00 минут поступило рекламное смс сообщение следующего содержания: «Сытный Новый Год: 4 пиццы+4ролла+5закусок +2л. морса =2999р!3332222.ru».

Заявитель своего согласия на получение рекламы не давал, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе») согласно представленного заявителем скриншота смс сообщение было отправлено от отправителя «PizzaMafia» через смс – центр 89168960390. Оператором сотовой связи заявителя является ПАО «МТС».

Камчатское УФАС России направило запрос в ПАО «МТС» (исх. № 270/05 от 23.01.2018 года).

ПАО «МТС» направило ответ на запрос (вх. № 540 от 09.02.2018 года) в котором сообщило, что смс сообщение с буквенным идентификатором PizzaMafia поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через СМС центр ПАО «МТС» на абонентский номер "" от компании ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» в рамках договора № D170354659 от 01.12.2017 года.

В соответствии с пунктом 3.2.17 агентского договора № D170354659 от 01 декабря 2017 года агент (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») обязан получить от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений - рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи (п.22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»). В случае направления пользователям рекламных сообщений также обеспечить получение от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласия от пользователей на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи. Согласие пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно п.22.1 ст. 2 ФЗ «О связи».

Рекламное смс сообщение следующего содержания: «Сытный Новый Год: 4 пиццы+4ролла+5закусок +2л. морса =2999р!3332222.ru» было направлено ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» на телефонный номер "" заявителю 28 декабря 2017 года в 13 часов 00 минут без предварительного согласия абонента.

Управлением Федеральной антимонопольной службой по Камчатскому краю было возбуждено дело № 21-05/08-2018Р в отношении ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

- от 12 марта 2018 года, рассмотрение дела № 21-05/08-2018Р было назначено на 09 апреля 2018 года на 11 часов 00 минут.

09 апреля 2018 года лица участвующие в деле на заседание Комиссии не явились.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» направило в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю письменные пояснения по существу рассматриваемого дела.

В письменных пояснениях ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» сообщило следующее.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» не является рекламораспространителем по факту отправки на номер "" смс сообщения следующего содержания «Сытный Новый Год: 4 пиццы+4ролла+5закусок +2л. морса =2999р!3332222.ru».

Рекламораспространителем указанного смс сообщения является ИП Пахтеев Георгий Алексеевич (ОГРНИП 311784731900277).

- «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет ИП Пахтееву Георгию Алексеевичу техническую возможность отправки смс сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора № ДТ - К/025865 от 01.08.2016 года.

К участию в рассмотрении дела № 21-05/08-2018Р в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе был привлечен Индивидуальный предприниматель Пахтеев Георгий Алексеевич (ОГРНИП 311784731900277).

В ходе рассмотрения дела ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставило

согласие абонента на получение рекламы посредством смс сообщения.

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.

Информация указанная в тексте сообщения направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона 89117677786, 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 рекламодателя. 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 рекламодателя.

Исходя из материалов дела № 21-05/08-2018Р, указанная реклама распространялась на основании договора № ДТ - К/025865 от 01.08.2016 года.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет ИП Пахтееву Георгию Алексеевичу техническую возможность отправки смс сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора № ДТ - К/025865 от 01.08.2016 года 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.

- «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ИП Пахтеевым Георгием Алексеевичем в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю установила, что предоставленное ООО «ДЕВИНО

ТЕЛЕКОМ» согласие абонента на получение рекламы посредством смс сообщений представлено в форме недостаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

- 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.
- ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ИП Пахтеевым Георгием Алексеевичем не доказано, в связи, с чем не представляется возможным говорить о том, что на общество, индивидуального предпринимателя не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

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, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ИП Пахтеев Георгий Алексеевич приняли на себя все обязательства 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 «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ИП Пахтеева Георгия Алексеевича рекламодателями 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 на телефонный номер "" заявителя 28 декабря 2017 года в 13 часов 00 минут рекламного смс сообщения следующего содержания: «Сытный Новый Год: 4 пиццы+4ролла+5закуска +2л. морса =2999р!3332222.ru» без предварительного согласия с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

- соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатель и рекламодатель. 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 договор, 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 рекламодателями, а равно несут ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» в письменных пояснениях сообщило, что отправка смс – сообщений на телефонный номер "" прекращена.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения вышеуказанной рекламы ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ИП Пахтеевым Георгием Алексеевичем 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 «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ИП Пахтееву Георгию Алексеевичу предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации

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 «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (109443, г. Москва, ул. Юных Ленинцев, д. 83, корпус 4, офис 41, ОГРН 1107746769162), ИП Пахтеева Георгия Алексеевича (ОГРНИП 311784731900277) нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер "" рекламы следующего содержания: «Сытный Новый Год: 4 пиццы+4ролла+5закусок +2л. морса =2999р!3332222.ru», поступившей 28 декабря 2017 года в 13 часов 00 минут от отправителя «PizzaMafia» через смс – центр 89168960390, без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (109443, г. Москва, ул. Юных Ленинцев, д. 83, корпус 4, офис 41, ОГРН 1107746769162), ИП Пахтееву Георгию Алексеевичу (ОГРНИП 311784731900277) 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.