

ООО «Т»

адрес:

ООО «Р»

адрес:

ООО "К"

адрес:

гр. И

адрес электронной почты:

## РЕШЕНИЕ

по делу № 04-04-02/05-17

26 апреля 2017 года г. Кызыл

*Резолютивная часть решения объявлен 20 апреля 2017 года*

*Решение изготовлено в полном объеме 26 апреля 2017 года*

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва (далее - Тывинское УФАС России) по рассмотрению дела № 04-04-02/05-17 по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

Хаджиев Ф.А. - руководитель Тывинского УФАС России,

Члены Комиссии:

Салчак – старший специалист 2 разряда отдела антимонопольного контроля и рекламы Тывинского УФАС России,

Орус-оол – специалист – эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Тывинского УФАС России,

в отсутствии надлежащим образом извещенных заявителя – гражданина И (далее – гр. И) (отчет об отправке электронного письма от 14.04.2017 года), законного представителя общества с ограниченной ответственностью «Т» (отчет об отправке электронного письма от 14.04.2017 года, отчет о доставке телеграммы от 17.04.2017 года вх. № 1514), общества с ограниченной ответственностью «Р» (отчет об отправке электронного письма от 14.04.2017 года, отчет о доставке телеграммы от 17.04.2017 года вх. № 1494), общества с ограниченной ответственностью «К» (отчет об отправке электронного письма от 14.04.2017 года, отчет о доставке телеграммы от 17.04.2017 года вх. № 1513),

рассмотрев дело № 04-04-02/05-17, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «Т» (далее – ООО «Т») (ИНН ..., ОГРН ..., юридический адрес: ...), общества с ограниченной ответственностью «Р» (далее – ООО «Р») (ОГРН ....., ИНН ....., юридический адрес: .....), общества с ограниченной ответственностью «К» (далее – ООО «К») (ОГРН ....., ИНН ....., юридический адрес: .....) по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

#### УСТАНОВИЛА:

В адрес Тывинского УФАС России 23.12.2016 года (вх. № 5176) поступило обращение гр. И о распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента, направленное с ФАС России.

22.12.2016 года в 10:43 гр. И на свой абонентский номер <...> -9... получил смс-сообщение с рекламой, отправленной с абонентского номера с индивидуальной подписью **SushiShop** следующего содержания:

*«А у нас еще больше! КГ роллов за 629 рублей – новый «Новогодний» набор».*

Вышеуказанная реклама была распространена по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

По данному факту определением Тывинского УФАС России от 21.02.2017 года в отношении ООО «Т» возбуждено дело № 04-04-02/05-17 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исследовав материалы дела № 04-04-02/05-17, Комиссией Тывинского УФАС России установлены следующие обстоятельства.

Согласно 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.

Объект рекламирования - 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, п.3 указанной статьи.

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Текст указанного смс-сообщения, в силу пунктов 1-3 статьи 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку адресован неопределенному кругу лиц и направлен на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В рассматриваемом деле № 04-04-02/05-17 объектом рекламирования выступают товары, а именно «Новогодний набор» - килограмм роллов за 629 рублей.

Согласно части 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.

Согласно пунктам 1 и 35 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 года № 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 излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме,

проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации абонентский номер <...> -9... принадлежит номерной емкости оператора сотовой связи – ПАО «М».

Согласно информации ПАО «М» от 02.02.17 года (вх. № 393) абонентский номер <...> -9... выделен в пользование гр. И. с ПАО «М».

Факт получения вышеуказанного смс-сообщения гр. И. установлен, в соответствии с детализацией оказанных услуг по абонентскому номеру 8-9... за 22.12.2016 года представленной ПАО «М» в адрес Тывинского УФАС России от 02.02.17 года (вх. № 393).

Согласно информации ПАО «М» от 02.02.17 года (вх. № 393) абонентский номер с индивидуальной подписью **SushiShop** выделен в пользование Обществу с ограниченной ответственностью «Т» (далее – ООО «Т»), в рамках оказания услуг, в соответствии с договором об оказании услуг связи № ... от .... года (далее – договор), согласно условиям которого ПАО «М» (Оператор) предоставляет ООО «Т» (Абонент) услуги связи и/или иные сопряженные с ними услуги, оказываемые Оператором непосредственно и/или с привлечением третьих лиц, а Абонент принимает и оплачивает заказанные услуги (пункт 1.1 договора).

Согласно подпункту 3.3.3 Дополнительного соглашения к договору Абонент принял на себя следующие обязательства: до начала оказания услуг Абонента обязан получить от Пользователя предварительное согласие на их получение путем регистрации Пользователя в информационных системах Абонента. До начала оказания услуг Абонент обязался обеспечить наличие согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (пункт 22.1 Закона о связи), при необходимости получить иные согласия от Пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации (пункт 3.3.12 Дополнительного соглашения к договору).

Абонент имеет право привлекать третьи лица для оказания Услуг Абонента и обработки исходящих смс-сообщений, посредством предоставления им доступа только к своему оборудованию. При этом Абонент несет ответственность за их работу, как за свою собственную и оплачивает из собственных средств (пункт 3.4.1 Дополнительного соглашения к договору).

Согласно информации ООО «Т», изложенной в письме, поступившем в Тывинское УФАС России от 13.03.2017 года (вх. № 869) следует, что рекламодателем смс-сообщения на номер <...> -9... абонента И. с текстом «А у нас еще больше! КГ роллов за 629 рублей

– *новый «Новогодний» набор*» является Общество с ограниченной ответственностью «Р» (далее – ООО «Р»).

Распространение ООО «Рапporto» рассматриваемого смс-сообщения с рекламой осуществлялось на основании договора № ... от ... года (далее – Договор).

Согласно подпункту 2.1 Договора ООО «Т» (Агрегатор) за обусловленную плату предоставляет ООО «Р» (Заказчик) доступ к системе, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов различных смс-рассылок, управление ими и самостоятельно определяет желаемое имя отправителя, текст, предполагаемого к отправке текстового сообщения, и осуществляет выбор абонента-получателя в электронной форме с помощью имеющегося у него программного интерфейса.

В соответствии с пунктом 3.3.2 Договора ООО «Р» обязалось в обязательном порядке получить предварительное согласие от Абонента в форме, соответствующей требованиям законодательства РФ, на номер телефона которого будет производиться отправка смс-сообщений, а также любым доступным способом довести до его сведения информацию о способе отказаться от дальнейшего получения смс-сообщений.

По факту возбужденного дела № 04-04-02/05-17 ООО «Т» направило запрос ООО «Р» о предоставлении документов, подтверждающих получение от абонента с телефонным номером +7 9... предварительного согласия на получение вышеуказанной рассылки. В ответ на запрос ООО «Р» сообщило, что рассылка рассматриваемого смс-сообщения была осуществлена партнером обществом с ограниченной ответственностью «К».

В свою очередь, ООО «Т» утверждает, что ООО «Р» направило в адрес ООО «К» запрос о предоставлении согласия на получение смс-сообщения абонента с телефонным номером +7 9.... По данным предоставленным ООО «К» абонент с телефонным номером +7 9... воспользовался услугами терминала оплаты мобильной связи 14.05.2012 года в 12:34, оплатив сумму 100 рублей. На основании оферты абоненты оплачивающие услуги мобильной связи в терминалах оплаты дают свое согласие на получение смс-сообщения информационного (рекламного) характера.

В подтверждение своих доводов ООО «К» направило копию выписки из программы приема платежей, согласно которой, следует, что 14.05.2012 года в 12:34, код точки 176, +79..., принято 100 и зачислено 98.5, что свою очередь не содержит информации, по которой можно было бы определить одобряющее волеизъявление абонента на получение смс-сообщения с рекламой.

Документов, свидетельствующих о волеизъявлении гр. И. на получение им смс-сообщений с рекламой ООО «Т» в адрес Тывинского УФАС России не представлено.

Согласно информации ООО «Р», изложенной в письме, поступившем в Тывинское УФАС России от 12.04.2017 года (вх. № 1423) следует, что рекламодателем смс-сообщения на номер <...> -9 абонента И. с текстом «А у нас еще больше! КГ роллов за 629 рублей – новый «Новогодний» набор» является Общество с ограниченной ответственностью «К».

Распространение ООО «К» рассматриваемого смс-сообщения с рекламой осуществлялось на основании договора № ...от ... года (далее – Договор).

Согласно подпункту 2.1 Договора ООО «Р» (Агрегатор) за обусловленную плату предоставляет ООО «К» (Заказчик) доступ к системе, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов различных смс-рассылок, управление ими и пр.

В соответствии с пунктом 3.3.2 Договора ООО «К» обязалось в обязательном порядке получить предварительное письменное согласие от Абонента на номер телефона которого будет производиться отправка смс-сообщений, а также любым доступным способом довести до его сведения информацию о способе отказаться от дальнейшего получения смс-сообщения.

По факту возбужденного дела № 04-04-02/05-17 ООО «Р» направило в адрес ООО «К» запрос о предоставлении согласия на получение смс-сообщения абонента с телефонным номером +7 9.... По данным предоставленным ООО «К» абонент с телефонным номером +7 9... воспользовался услугами терминала оплаты мобильной связи 14.05.2012 года в 12:34, оплатив сумму 100 рублей. На основании оферты абоненты оплачивающие услуги мобильной связи в терминалах оплаты дают свое согласие на получение смс-сообщения информационного (рекламного) характера.

В подтверждение своих доводов ООО «К» направило копию выписки из программы приема платежей, согласно которой, следует, что 14.05.2012 года в 12:34, код точки 176, +79, принято 100 и зачислено 98.5, что свою очередь не содержит информации, по которой можно было бы определить одобряющее волеизъявление абонента на получение смс-сообщения с рекламой.

Документов, свидетельствующих о волеизъявлении гр. И. на получение им смс-сообщений с рекламой ООО «Р» в адрес Тывинского УФАС России не представлено.

На основании представленных документов, Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/05-17 определением

от 12.04.2017 года привлекла к участию в рассмотрении настоящего дела ООО «К» в качестве соответчика и запросила согласие гр. И., по которому однозначно можно было бы идентифицировать его волеизъявление на получение рекламы.

Однако, ООО «К» в материалы дела № 04-04-02/04-17 согласие гр. И А.И. не представило, в связи с чем, Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению настоящего дела приходит к выводу об отсутствии согласия гр. И. у ООО «К».

Комиссия Тывинского УФАС России, в целях всестороннего и объективного рассмотрения настоящего дела, изучив выписку из программы приема платежей, свидетельствующую, по мнению лиц, участвующих в рассмотрении настоящего дела, о том, что абоненты оплачивающие услуги мобильной связи в терминалах оплаты дают свое согласие на получение смс-сообщения информационного (рекламного) характера в силу оферты, пришла к следующему выводу.

В соответствии с [частью 1 статьи 44.1](#) Закона о связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с [пунктом 15](#) Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08 октября 2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя либо рекламораспространителя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю или рекламораспространителю, во-вторых, должно быть выражено явно. Согласно предоставленной выписке из программы приема

платежей, следует, что 14.05.2012 года в 12:34, код точки 176, на номер/счет +79..., принято 100 и зачислено 98.5.

При этом, в данной выписке отсутствует информация о лице, произведшем оплату мобильной связи, о наличии подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя либо рекламораспространителя.

Следовательно, документального свидетельства, по которому возможно было однозначно идентифицировать гр. И., где он выражает свое согласие на получение смс-сообщений с рекламой на свой абонентский номер в адрес Тывинского УФАС России не представлено.

Таким образом, в нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе ООО «Т», ООО «Р», ООО «К», 22.12.2016 года в 10:43 с абонентского номера с индивидуальной подписью **SushiShop** осуществили рассылку смс-сообщения с рекламой следующего содержания: *«А у нас еще больше! КГ роллов за 629 рублей – новый «Новогодний» набор»* на абонентский номер гр. И. без предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Законом о рекламе определены понятия «реklamодатель», «реklamораспространитель» и «реklamопроизводитель». В соответствии с пунктами 5 - 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с [частью 2 статьи 44.1](#) Закона о связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма закрепляет положение, согласно которому лица, участвующие в непосредственном доведении sms-сообщений до конечных получателей, совместными последовательными действиями обеспечивают направление сообщения в сеть электросвязи, в конечном итоге доводя сообщение до оператора подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Материалами дела № 04-04-02/05-17 подтверждается, что распространение оспариваемой рекламы осуществлено посредством последовательных действий ООО «Т», ООО «Р», ООО «К» на основании заключенных между ними гражданско-правовых договоров.

На основании изложенного, Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/05-17 всесторонне, полно и объективно исследовав, и оценив имеющиеся в деле доказательства, приходит к выводу, что рекламодателем рассматриваемой рекламы являются ООО «Т», ООО «Р», ООО «К».

Кроме того, исходя из положений договоров, 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 договоров и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке смс-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

В силу части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 указанного закона, несет рекламодатель.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рекламы гр. И. на его абонентский номер без его предварительного согласия на получение рекламы в материалы дела № 04-04-02/05-17 не представлено, в связи с чем Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению настоящего дела приходит к выводу о необходимости выдачи рекламодателем предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь [частью 1](#) статьи 18, 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, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 года № 508, Комиссия Тывинского УФАС

России,

РЕШИЛА:

1. Признать Общество с ограниченной ответственностью «Т», Общество с ограниченной ответственностью «Р», Общество с ограниченной ответственностью «К» нарушившими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе», выразившееся в распространении рекламы следующего содержания: *«А у нас еще больше! КГ роллов за 629 рублей – новый «Новогодний» набор»* по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.
2. Выдать Обществу с ограниченной ответственностью «Т», Обществу с ограниченной ответственностью «Р», Обществу с ограниченной ответственностью «К» предписания о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тывинского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении виновных лиц.

Председатель Комиссии Ф.А. Хаджиев

Члены Комиссии

Салчак

Орус-оол

Согласно статьи 37 Закона о рекламе решение может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.