

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 013/05/18-299/2019

26 июля 2019 года

г. Саранск, проспект Ленина, 14

Комиссия Мордовского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии <...> – временно исполняющий обязанности руководителя Управления,

члены Комиссии: <...> – начальник отдела контроля органов власти и соблюдения антимонопольного законодательства, <...> – главный государственный инспектор отдела контроля органов власти и соблюдения антимонопольного законодательства,

рассмотрев 26 июля 2019 года дело № 013/05/18-299/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбужденное по электронному обращению гр. Д. (г.Москва) <...> (вх.№2168 от 08.05.2019), поступившему из Федеральной антимонопольной службы, относительно доставленного 07.05.2019 в 17:36 на его абонентский номер <...> (оператор связи Yota) от имени avto-start sms-сообщения рекламного характера «С Днем Победы! Выгода на сервис до 45% весь май! (назови код «Победа 15» при записи). Авто-Старт 15 км МКАД, тел.:<...>» без предварительного согласия абонента на получение такой sms-рассылки, что содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»,

УСТАНОВИЛА:

Лица, участвующие в деле, надлежащим образом уведомлены о времени и месте рассмотрения настоящего дела, однако на заседание Комиссии Мордовского УФАС России их представители не явились и от них не поступало ходатайств об отложении рассмотрения дела в связи с невозможностью явки по уважительным причинам.

От ООО «Дени Колл» поступило ходатайство <...> о рассмотрении дела № 013/05/18-299/2019, назначенного к рассмотрению на 26.07.2019 в 11.00, в отсутствие представителя Общества, которое подлежит удовлетворению.

Гр. Д. в поступившем от него электронном обращении <...> (вх.№2168 от 08.05.2019) выразил согласие на рассмотрение дела в его отсутствие.

Руководствуясь пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Мордовского УФАС России рассматривает настоящее дело в отсутствие лиц, привлеченных к участию в рассмотрении дела № 013/05/18-299/2019.

В Мордовское УФАС России из Федеральной антимонопольной службы поступило электронное обращение гр. Д. (г.Москва) <...> (вх.№2168 от 08.05.2019), в котором сообщается о факте получения 07.05.2019 в 17:36 от имени avto-start на его абонентский номер <...> (оператор связи Yota) без предварительного согласия абонента sms-сообщения «С Днем Победы! Выгода на сервис до 45% весь май! (назови код «Победа 15» при записи). Авто-Старт 15 км МКАД, тел.:<...>».

Федеральная антимонопольная служба, направив на электронную почту Мордовского УФАС России <...> электронное обращение гр. Д. (г.Москва) <...> (вх. №2168 от 08.05.2019), тем самым поручила Мордовскому УФАС России возбудить и рассмотреть дело по заявленным гр. Д. претензиям к вышеназванной sms-рассылке, что согласуется с положениями пунктов 6 и 14 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Данные обстоятельства послужили основанием для вынесения определения Мордовского УФАС России от 11.06.2019 № 394 о возбуждении дела № 013/05/18-299/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. Рассмотрение дела откладывалось определением Мордовского УФАС России от 05.07.2019 № 439 об отложении рассмотрения дела № 013/05/18-299/2019.

Лица, привлеченные к участию в рассмотрении дела, предоставили документы и сведения по существу настоящего разбирательства: ООО «Авто-Спектр» с письмом <...>; ООО «СМС-центр» с письмом <...>; ООО «Дени Колл» с письмом <...>, а также с письмом <...>; АО «МегаЛабс» с письмом <...>.

Также в материалах дела имеются документы и сведения, предоставленные ПАО «МегаФон» с письмом <...>.

Комиссия, исследовав имеющиеся документы и материалы в их совокупности, пришла к следующим выводам.

Содержащиеся в sms-сообщении сведения о продавце Авто-Старт (15 км МКАД, тел.:<...>), предлагающем свои услуги сервиса с выгодой до 45% весь май, не носят персонализированного характера и поэтому представляют интерес для неопределенного круга лиц, тем самым сообщаемые сведения о продавце Авто-Старт и реализуемых им услугах сервиса с выгодой до 45% весь май, формируют интерес к такому продавцу и его услугам, способствуют их продвижению на рынке, в связи с чем такие сведения по всем признакам соответствуют понятию рекламы.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с помощью 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 с пунктом 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» объект рекламирования – товар, средство индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности, либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым

направлена реклама.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В рассматриваемом случае объектом рекламирования является продавец Авто-Старт (15 км МКАД, тел.:<...>), предлагающий услуги сервиса с выгодой до 45% весь май.

Распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться при условии предварительного согласия абонента на её получение.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального 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.

Гр. Д., обратившийся в антимонопольный орган, в своем заявлении указал, что он не давал предварительного согласия на получение вышеприведенного рекламного sms-сообщения.

Согласно пункту 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального 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.

Согласно части 2 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной

радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Приведенные нормы Федерального закона «О связи» корреспондируются с требованиями части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

ПАО «МегаФон» в письме <...> сообщило, что sms-рассылка с рассматриваемой рекламой осуществлена последовательными действиями партнера – АО «МегаЛабс» и его заказчика – ООО «Дени Колл» на основании договора <...>, заключенного между АО «МегаЛабс» и ПАО «МегаФон», а также договора <...>, заключенного между ООО «Дени Колл» и АО «МегаЛабс».

АО «МегаЛабс» в письме <...> подтвердило, что отправка рассматриваемого sms-сообщения осуществлена ООО «Дени Колл», которому предоставляются услуги доступа к Интерфейсу АО «МегаЛабс» на основании договора <...>, заключенного между АО «МегаЛабс» (Исполнитель) и ООО «Дени Колл» (Заказчик).

ООО «Дени Колл» с письмом <...> предоставило документы и сведения, указывающие на то, что распространение рассматриваемого sms-сообщения от имени avto-start опосредовано действиями двух лиц - ООО «СМС-центр» на основании партнерского договора <...> , заключенного между ООО «Дени Колл» (Исполнитель) и ООО «СМС-центр» (Заказчик), а также ООО «Авто-Спектр», состоящего в договорных отношениях с ООО «СМС-центр».

ООО «СМС-центр» с письмом <...> предоставило документы и сведения, указывающие на то, что распространение рассматриваемого sms-сообщения от имени avto-start опосредовано действиями ООО «Авто-Спектр», которому предоставлены услуги доступа к технической платформе сервиса SMSC.RU на основании договора оказания услуг <...>, заключенного между ООО «СМС-центр» (Исполнитель) и ООО «Авто-Спектр» (Заказчик).

ООО «Авто-Спектр» в письме <...> признало за собой факт формирования и отправки рассматриваемого sms-сообщения от имени avto-start, пояснив при этом, что рекламная sms-рассылка осуществлена Д. с его предварительного согласия на получение рекламных сообщений от ООО «Киа Моторс Россия и СНГ», его официальных дилеров и партнеров, выраженное при посещении соответствующего Интернет-сайта.

Анализ сложившихся договорных отношений между лицами, организовавшими доставку рассматриваемой sms-рассылки на абонентский номер <...>, выделенный в пользование Д., свидетельствует о том, что взаимосвязанностью оборудования и последовательных партнерских действий ООО «Авто-Спектр» и ООО «СМС-центр», ООО «СМС-центр» и ООО «Дени Колл», ООО «Дени Колл» и АО «МегаЛабс» фактически обеспечена sms-рассылка с рассматриваемой рекламой на оборудование оператора связи ПАО «МегаФон», с которого такая sms-реклама доставлена на абонентский номер <...> Д. - пользователя услуг радиотелефонной связи Yota.

Тем самым ООО «Авто-Спектр», ООО «СМС-центр», ООО «Дени Колл» и АО «МегаЛабс», каждый со своего оборудования осуществившие фактическое доведение рекламных сведений о продавце Авто-Старт (15 км МКАД, тел.:<...>),

выступили в качестве рекламораспространителей.

При этом договорные обязательства ООО «Авто-Спектр» перед ООО «СМС-центр», ООО «СМС-центр» перед ООО «Дени Колл», ООО «Дени Колл» перед АО «МегаЛабс», АО «МегаЛабс» перед оператором связи ПАО «МегаФон» предусматривают обязанность каждого из названных лиц осуществлять такую sms-рассылку со своего оборудования на оборудование партнера и на оборудование оператора связи только таким абонентам - пользователям услуг операторов подвижной радиотелефонной связи, от которых получено предварительное согласие на получение рекламы.

Приведенные обязательства согласуются с требованиями части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы. При этом из данной нормы следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламораспространителем.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Сложившиеся договорные отношения, в рамках которых осуществлена sms-рассылка с рассматриваемой рекламой, свидетельствуют о том, что ООО «Авто-Спектр», ООО «СМС-центр», ООО «Дени Колл», АО «МегаЛабс» в данном случае выступили рекламораспространителями.

ООО «Дени Колл» с письмом <...> уведомило антимонопольный орган о блокировке абонентского номера <...> для рассылок sms-сообщений через оборудование названного Общества.

Вместе с тем, ООО «Авто-Спектр», которое является официальным дилером «Киа Моторс» и по инициативе которого осуществлена sms-рассылка с рассматриваемой рекламой через посреднические услуги ООО «СМС-центр», ООО «Дени Колл» и АО «МегаЛабс», предоставило доказательства наличия предварительного согласия на получение рекламы, полученного от абонента номера <...>.

Так, ООО «Авто-Спектр» в письме <...> пояснило, что 19.12.2017г. Д. воспользовался услугами Интернет-заказа по установке модуля заземления на сайте www.kia.ru, при регистрации на котором выразил согласие, до настоящего времени не отозванное, на обработку своих персональных данных ООО «Киа Моторс Россия и СНГ», официальными дилерами и другими компаниями-партнерами названного лица в России и за рубежом, а также на получение от таких лиц рекламных сообщений, и при этом указал свой контактный абонентский номер <...>. В подтверждение такой позиции к письму приложен скрин-шот, которым зафиксировано наличие такой регистрации.

В пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» разъяснено

следующее.

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

Однако 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 рекламораспространителя.

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать гр. Д., на абонентский номер <...> которого поступила рассматриваемая sms-реклама.

Учитывая фактически установленные обстоятельства, Комиссия признаёт, что предоставленные ООО «Авто-Спектр» данные являются достаточным доказательством того, что Д., воспользовавшийся 19.12.2017г. услугами Интренет-заказа на сайте www.kia.ru, при оформлении которых указал свои персональные данные и выразил предварительное согласие на получение рекламных сообщений от компании «Киа Моторс», ее официальных дилеров и партнеров, им не отозванное, необоснованно предъявляет претензии о незаконности рассматриваемой sms-рассылки от имени avto-start, поскольку таковая осуществлена на абонентский номер <...> с предварительного согласия Д.

Таким образом, реклама *«С Днем Победы! Выгода на сервис до 45% весь май! (назови код «Победа 15» при записи). Авто-Старт 15 км МКАД, тел.:<...>»*, доставленная в г.Москву от имени avto-start 07.05.2019 в 17:36 на абонентский номер <...> (оператор связи Yota), находящийся в пользовании гр. Д., распространена при наличии предварительного согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на отсутствие нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Руководствуясь подпунктом а пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 013/05/18-299/2019 прекратить.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии:

<...>

Председатель Комиссии

Т.Н.Тютянина

Члены Комиссии: