

<...>

<...>

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ 47-Р-17

Резолютивная часть решения оглашена 01.03.2018
Абакан

г.

В полном объеме решение изготовлено 02.03.2018

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Хакасия (далее – Хакаское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель
Комиссии: <...>

Члены Комиссии: <...>,

рассмотрела материалы дела № 47-Р-17, возбужденное в отношении <...>, <...>, <...>, <...> по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»), выразившегося в распространении смс-

сообщения рекламного характера без предварительного согласия абонента <...>;

в отсутствии заявителя <...> ,

в отсутствии ответчиков: <...> ,

УСТАНОВИЛА:

11.10.2017 г. (вх. № 1324) поступило заявление от <...> о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, выразившихся в распространении 10.10.2017 г. в 11:38 на номер <...> без предварительного согласия абонента рекламного смс-сообщения следующего содержания: <...>.

Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе 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.

Данная информация, распространенная путем смс-сообщения, полностью подпадает под понятие реклама, так как имеет все признаки вышеуказанных понятий.

<...> в своем заявлении указывает, что не давал своего согласия на получение смс-сообщения рекламного характера.

<...> является абонентом оператора мобильной сети <...>, в связи с чем, 18.10.2017 г. Хакасским УФАС России в адрес <...> направлен запрос о предоставлении информации, касающейся распространения вышеуказанной рекламы.

07.11.2017 г. от <...> в адрес Хакасского УФАС России по электронной почте поступил ответ, из содержания которого следует, что 10.10.2017 г. в 11-36 направление смс-сообщения абоненту +<...> от отправителя <...> осуществляла компания <...>, на основании

договора №225/SMS-BULK от 01.06.2015 г.

Согласно п. 3.2.8 указанного договора <...> обязуется инициировать смс-рассылки с соответствующим сервисом только в отношении тех абонентов Исполнителей, которые выразили <...> или его клиентам свое согласие на получение такого сервиса, путем совершения действий, однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление. Согласно п.п. 6.1, 6.2, 6.4. указанного договора всю ответственность за содержание, достоверность, и происхождение сервисов (информации) в SMS-MT-сообщениях несет <...>, включая установление лица, в интересах которого осуществляется смс-рассылка.

09.11.2017 г. Хакасским УФАС России направлен запрос в <...> о предоставлении соответствующей информации.

16.11.2017 г. от <...> в адрес Хакасского УФАС России поступил ответ (продублированный по электронной почте от 07.11.2017г.). К указанному ответу были приложены следующие документы:

- копия договора <...>.
- копия приложения <...>.
- копия приложения <...>.
- копия приложения <...>.
- детализация предоставленных услуг <...> на 10.10.2017 г.
- копия дополнительного соглашения к <...>.
- копия доверенности от 21.07.2017 г.

07.12.2017 г. вх. № 9048 поступил ответ от <...>, согласно которому инициатором рассылки спорного смс-сообщения является <...>, на основании договора № 188/06 от 22.12.2016 г., заключенного между <...> и <...>.

В соответствии с договором, заключенным между <...> (Исполнитель) и <...> (Заказчик), Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к Системе, обеспечивающей обработку, отправку сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и Абонентом.

<...> также представило следующие документы:

- копия договора №188/06 оказания услуг от 22.12.2006 г.
- копия приложения №1 к договору №188/06 оказания услуг от 22.12.2006 г.
- копия лицензии от 26.03.2013 г. № 109191 на оказание телематических услуг связи;
- копия лицензии №129162 от 02.06.2015 г. на оказание услуг связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации;
- копия доверенности от 05.09.2017 г.

Изучив имеющиеся и полученные материалы, Хакасское УФАС России усмотрело признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Определением от 11.12.2017 г. возбуждено дело 47-Р-17 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе в отношении <...>, рассмотрение дела назначено на 11.01.2018 г.

Исходя из письменных пояснений, полученных 14.12.2017 г. (вх. № 9252) от <...> следует, что <...> предоставил предварительное согласие на отправку сообщения. Согласие было получено путем заполнения формы на сайте. В целях подтверждения получения согласия направило полученные от <...> образец согласия: текст согласия с сайта и данные о наличии соответствующего обращения абонента в адрес <...>.

29.12.2017 г. (вх. 9564) получено пояснение от ... Он полагает, что в его действиях не имеется признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, поскольку между <...> и индивидуальным <...> заключен договор об оказании услуг от 02.10.2017 г. № 60/2017, в соответствии с которым <...>, выступающее в качестве исполнителя обязалось оказать услуги по размещению рекламы заказчика - И<...>

В соответствии с заявкой на рекламу № 1 от 02.10.2017 г., поданной <...> и принятой <...>, стороны согласовали проект смс-сообщения рекламного характера. <...> предоставил <...> базу номеров для рассылки рекламных сообщений. Указанная база в числе прочих включала и абонентский номер <...>.

Согласно заявке Заказчик гарантировал, что им получены соответствующие согласия по всем предоставленным номерам в базе, кроме того <...> представлено письменное согласие абонента с номером телефона <...> на получение информационных и рекламных смс-сообщений от <...>.

С использованием оборудования <...> в рамках исполнения заказа <...> была произведена отправка смс-сообщений.

К указанному пояснению <...>, приложило следующие документы:

1. Копию выписки из ЕГРЮЛ от 14.12.2017 г.;
2. Копия Согласия <...> от 07.08.2017 г.;
3. Копия договора <...>;
4. Копия договора <...>;
5. Копия устава <...>;
6. Копия протокола №88 от 30.05.2017г.;
7. Копия свидетельства о внесении записи в ЕГРЮЛ о юридическом лице зарегистрированном до 01.07.2002г.;
8. Копия свидетельства о постановке на учет российской организации в налоговом органе по месту ее нахождения от 21.03.2014г.;
9. Копия свидетельства о государственной регистрации <...>.

От <...> 29.12.2017г. вх. № 86/дсп поступили следующие пояснения. <...> указало, что рекламодателем является <...>, инициировавшее рассылку коротких текстовых сообщений рекламного характера абонентам <...> в рамках Договора <...>. <...> указало на позицию УФАС по Свердловской области, изложенной в Решении по делу № 58 от 20.06.2017 и в Решении по делу № 37 от 20.04.2017г., указав, что таким образом, при наличии договора об оказании услуг по осуществлению рассылки, заказчиком рассылки в понимании ФЗ «О связи» является контрагент по договору на оказание услуг по осуществлению рассылки, заключаемого с оператором связи. Обязанность по получению предварительного согласия абонентов на получение смс-рекламы возникает у заказчика рассылки в силу Закона о рекламе. <...> указало, что не является лицом, ответственным за соблюдение Закона о рекламе при направлении смс-сообщения абоненту исходя из буквального толкования норм Договора <...>.

В связи с изложенным, <...> указало, что не формировало текст, не инициировало и не обеспечивало направление в сеть электросвязи спорного сообщения и не имело правовой и технической возможности оценить содержание сообщения, в связи, с чем невозможно признание оператора связи рекламодателем.

<...> указало, что данная позиция нашла свое отражение в

правоприменительной практике, в том числе в Постановлении Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 09.08.2016 по делу № А10-4537/2015; Решение УФАС по Краснодарскому краю от 17.08.2017 по делу № 112Р/2017; Решение УФАС по Свердловской области от 20.06.2017 по делу №58; Решение УФАС по Омской области от 16.05.2017 по делу № 06-06/29-2017.

<...> указало, что на основании вышеизложенного, в связи с отсутствием в действиях <...> нарушений законодательства Российской Федерации о рекламе, просит прекратить производство по делу в отношении ОАО «Теле2-Санкт-Петербург».

На заседание комиссии <...> и представители <...> не явились.

Определением от 11.01.2018 г. рассмотрение дела № 47-Р-17 было отложено на 01.03.2018 г. Указанным определением Комиссия Хакасского УФАС России привлекла к участию в деле <...> в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, поскольку в его действиях также содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе. Также данным определением о возбуждении дела антимонопольным органом у <...> были истребованы документы и пояснения относительно распространения рекламного смс-сообщения в срок до 20.02.2018 г, а также у заявителя <...> пояснения относительно представленного <...> согласия на получение смс-рассылок рекламного характера.

Однако в установленный Хакасским УФАС России срок каких-либо документов и сведений от <...> не поступило.

Заявитель <...> в своем ответе от 15.01.2018 г пояснил, что не давал согласия на получение информационных и рекламных смс-сообщений от <...>. Кроме того, в данном согласии указана фамилия <...>, указаны старые паспортные данные, поскольку 14.11.2016 г. <...>. произвел замену паспорта Российская Федерация, а также подпись в согласии не является подписью заявителя.

Комиссия Хакасского УФАС России, проанализировав все имеющиеся материалы дела, пришла к следующему выводу.

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 согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно пункту 36 Постановления Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» производство по делу может быть прекращено в случае неподтверждения в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Документ, подтверждающий достоверное согласие абонента <...> на получение рекламного смс-сообщения, <...> в антимонопольный орган не представили.

Из полученной информации, Комиссия Хакасского УФАС России пришла к выводу, что <...> не является рекламодателем, поскольку он только сформировал и предоставил в <...> базу номеров для рассылки смс-сообщений.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

Согласно представленным имеющимся в материалах дела, пояснениям и документам, рекламодателем данного сообщения является <...>.

На основании вышеизложенного, Комиссия Хакасского УФАС России решила признать <...>, нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Поскольку в материалы дела <...> не представлены доказательства того, что в настоящее время абонентский номер <...>, принадлежащий <...>, исключен из базы абонентских номеров, на

которые рассылаются смс-сообщения, то у Комиссии в данной части имеются основания для выдачи предписаний о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

В соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: <...>, распространенную <...> в нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, на номер абонента <...>, принадлежащий <...>.
2. Выдать <...> предписание о прекращении законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии:

<...>

Члены Комиссии:

<...>