ООО «Д»

АО «С»

ООО «С»

ООО «Т»

гр. Л

РЕШЕНИЕ
по делу **№ 04-04-02/04-17**

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 № 04-04-02/04-17 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 Л (далее – гр. Л) (отчет об отправке электронного письма от 14.04.2017 года), законных представителей общества с ограниченной ответственностью «Д» (отчет об отправке электронного

письма от 14.04.2017 года, телеграмма от 17.04.2017), акционерного общества «С» (отчет об отправке электронного письма от 14.04.2017 года, телеграмма от 17.04.2017), общества с ограниченной ответственностью «С» (отчет об отправке электронного письма от 14.04.2017 года, телеграмма от 17.04.2017), общества с ограниченной ответственностью «Т» (отчет об отправке электронного письма от 14.04.2017 года, телеграмма от 17.04.2017),
рассмотрев дело № 04-04-02/04-17, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «Д» (далее – ООО «Д») (ИНН ..., ОГРН ..., юридический адрес: ...), акционерного общества «С" (далее – АО «С») (ОГРН ..., ИНН ..., юридический адрес: ...), общества с ограниченной ответственностью «С» (далее – ООО «С») (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 22.12.2016 года (вх. № 5170) поступило обращение гр. Л о распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента, направленное с ФАС России.
21.12.2016 года в 14:06 гр. Л на свой абонентский номер {8-...} получил смс-сообщение с рекламой, отправленной с абонентского номера с индивидуальной подписью **BGlobus** следующего содержания:
«22-23.12 Дни Книгочея! Скидка 25%. Условия скидки на biblio-globus.ru».
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 «Д» возбуждено дело № 04-04-02/04-17 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
Исследовав материалы дела № 04-04-02/04-17, 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 № 04-04-02/04-17 объектом рекламирования выступают услуги по предоставлению скидок размере 25% с 22 по 23 декабря в «Дни книгочея».

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 {8-...} принадлежит номерной емкости оператора сотовой связи – ПАО «М» (далее – ПАО «М»).

Согласно информации ПАО «М» от 02.02.17 года (вх. № 393) абонентский номер {8-...} выделен в пользование гр. Л по договору б/н.

Факт получения вышеуказанного смс-сообщения гр. Л установлен, в

соответствии с детализацией оказанных услуг по абонентскому номеру {8-...} за 21.12.2016 года представленной ПАО «М» в адрес Тывинского УФАС России (вх. № 393 года от 02.02.2017 года).
Согласно информации ПАО «М» (вх. № 393 года от 02.02.2017 года) абонентский номер с индивидуальной подписью **BGlobus** предоставлен в пользование абоненту – обществу с ограниченной ответственностью «Д» по договору № от ..., согласно условиям которого ПАО «М» (Принципал) поручает, а ООО «Д» (Агент) обязуется от своего имени, но за счет Принципала совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуги заказчикам по рассылке смс-сообщений от Заказчиков рассылки Пользователям, в том числе обеспечив доступ заказчикам рассылки к смс-центру Принципала (пункт 2 договора).
Согласно подпункту 3.3.3 договора Агент принял на себя следующие обязательства: до начала оказания услуг Агент обязан получить от Заказчика рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи. В случае направления Пользователям рекламных сообщений, то 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 рекламы по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих Пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно пункту 22.1 статьи 2 Закона о связи.
Из информации ООО «Д» (от 13.03.2017 года вх. № 869) следует, что рекламораспространителем смс-сообщения на номер {8-...} абонента Л с текстом «*22-23.12 Дни Книгочея! Скидка 25%. Условия скидки на biblio-globus.ru*» является АО «С» по субагентскому договору № ... от ... года (далее – субагентский договор).
Согласно условиям субагентского договора ООО «Д» (Агент) поручает, а АО «С» (Субагент) обязуется от своего имени, но за счет Агента совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуги заказчикам рассылки, а именно: осуществлять поиск и привлечение заказчиков рассылки, заключать договоры на оказание

услуг, обеспечивать доступ заказчикам рассылки к sms-центру Агента через оборудование для целей оказания услуг (пункт 2 субагентского договора).
Субагент обязался: предоставить на утверждение Агенту макеты своих рекламных материалов и Заказчиков рассылки, которые содержат ссылку на название Агента , фирменные наименования и товарные знаки Агента (подпункт 3.3.2 субагентского договора); до начала оказания услуг Субагент обязан получить от Заказчиков рассылки документальное подтверждение /письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи . В случае направления Пользователям рекламных сообщений, то 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 пункту 22.1 статьи 2 Закона о связи (подпункт 3.3.3 субагентского договора).
К письменному пояснению ООО «Д» приложило копию анкеты участника дисконтной программы ООО Т, предоставленной АО «С», К с абонентским номером +79..., где ею дано согласие на получение от ООО Т электронных и смс-сообщений на указанные в настоящей анкете адрес электронной почты и номер мобильного телефона. По мнению ООО "Д" в последней цифре номера телефона +79... допущена ошибка.
При этом, ООО «Д», направляя анкету другого лица - гр. К, в своем письменном пояснении не пояснило, кем была допущена ошибка при отправлении рассылки рассматриваемого в настоящем деле смс-сообщения на абонентский номер гр. Л.
Документарных свидетельств, выражающих согласие гр. Л. на получение им смс-сообщений с рекламой ООО «Д» в адрес Тывинского УФАС России не представлено.
Согласно информации АО «С», изложенной в письме, поступившем в Тывинское УФАС России от 04.04.2017 года (вх. № 1260) следует, что рекламораспространителем смс-сообщения на номер {8-...} абонента Л с текстом «*22-23.12 Дни Книгочея! Скидка 25%. Условия скидки на biblio-globus.ru*» является общество с ограниченной

ответственностью «С». По мнению АО «С» заказчиком рассматриваемой рекламы является общество с ограниченной ответственность «Т».
В подтверждение своих доводов АО «С» направило копии договора, заключенного между АО «С» и ООО «С» и договора заключенного между ООО «С» и ООО «Т».
Документарных свидетельств, выражающих согласие гр. Л на получение им смс-сообщений с рекламой АО «С» в адрес Тывинского УФАС России не представлено.
Согласно условиям договора от ...№ ... (далее – Договор) заключенного между АО «С» (Исполнитель) и ООО «С» (Заказчик), Исполнитель обязуется оказывать услуги по информационному и технологическому обеспечению проекта Заказчика в открытых телекоммуникационных сетях, включая оказание услуг по приему Исполнителем от Заказчика сообщений, их обработке и отправке на центра обработки коротких сообщений оператора для передачи Пользователям информационных смс-сообщений при помощи программно-аппаратного обеспечения.
Согласно пункта 3.4 Договора ООО «С» обязалось получить от Пользователя предварительное письменное согласие на получение информационных смс-сообщений в рамках проекта. Исключить передачу сообщений Пользователям без получения их предварительного согласия в соответствии с пунктом 3.4 Договора (пункт 3.5 Договора).
Вместе с тем, между ООО «С» и ООО «Т» заключен договор № ... от ... года, предметом которого является оказание ООО «Т» услуги доступа к системе ООО «С», обеспечивающей обработку, отправку сообщений.
Согласно пункту 3.2.2 договора № ... от ... года ООО «Т» обязался получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка сообщений с информацией ООО «Т», письменное согласие на получение таких сообщений: направить на мобильный телефон Абонента сообщений, информирующее о данной договоренности и содержащее контактную информацию ООО «Т».
На основании представленных документов, доводов АО «С», Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/04-17 определением от 12.04.2017 года привлекла к участию в рассмотрении настоящего дела ООО "С" в качестве соответчика, а ООО «Т» в качестве лица располагающего сведениями, и запросила у привлечённых лиц согласие гр. Л, по которому однозначно можно было бы идентифицировать его волеизъявление на получение рекламы.

Согласно информации ООО «С» от 18.04.2017 года (вх. № 1522) на абонентский номер {8-...} 21.12.2016 года в 14:01 было направлено смс-сообщение, инициатором которого является ООО «Т».
Смс-рассылка осуществлялась на основании договора № .. .от ... года заключенного между ООО «С» и ООО «Т», по условиям которого ООО «С» предоставил доступ к своей системе, обеспечивающей обработку, отправку сообщений.
Согласно информации ООО «Т» от 18.04.2017 года (вх. № 1538) следует, что рассылка смс-сообщения на телефонный номер {8-...} производилась на основании анкеты участника дисконтной программы от 28.05.2011 года, в которой имеется согласие данного абонента на получение от ООО «Т».
В связи с возбуждением настоящего дела распространение смс-сообщения в адрес клиента с телефонным номером {8-...} со стороны ООО «Т» прекращено для установления всех обстоятельств по делу.
В связи с тем, что анкета с согласием абонента с номером {8-...}, по мнению ООО «Т» предоставлена, ООО «Т» считает обращение заявителя необоснованным, возбужденное дело № 04-04-02/04-17 подлежит прекращению.
В подтверждение своих доводов ООО «Т» приложило копии договора с ООО «С» и анкету гр. К, в которой указан номер <...> ....
Комиссия Тывинского УФАС России. в целях всестороннего и объективного рассмотрения настоящего дела, изучив анкету, в которой по мнению лиц, участвующих в рассмотрении настоящего дела, содержится согласие абонента с номером {8-...} 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.

Исходя из содержания анкеты, на которую ссылаются лица, участвующие в деле, следует, что гр. К с абонентским номером +79..., дала согласие на получение от ООО Т электронных и смс-сообщений на указанные в анкете адрес электронной почты и номер мобильного телефона.

Согласно информации ПАО «М» от 03.04.2017 (вх. № 1223) абонентский номер <...> ... выделен в пользование гр. К в рамках заключенного с ней договора оказания услуг подвижной связи.

Однако, гр. К не является заявителем по данному делу, что подтверждается представленной ПАО «М» информацией по абонентскому номеру {8-...}, договором заключенным с другим физическим лицом, являющимся заявителем по данному делу.

Таким образом, реклама была распространена по сетям электросвязи и доставлена гр. Л на его абонентский номер {8-...}, а не гр. К с абонентским номером +79..., в связи с чем представленное согласие не является надлежащим, так как дано на получение рекламы на другой номер и другим лицом.

Следовательно, документального свидетельства, по которому возможно было однозначно идентифицировать гр. Л, 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 «Д», АО «С», ООО «С» 21.12.2016 года в 14:06 с абонентского номера с индивидуальной подписью **BGlobus** осуществили рассылку смс-сообщения с рекламой следующего содержания: «*22-23.12 Дни Книгочея! Скидка 25%. Условия скидки на biblio-globus.ru*» на абонентский номер гр. Л без предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Законом о рекламе определены понятия «рекламодатель», «рекламораспространитель» и «рекламопроизводитель». 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 № 04-04-02/04-17 подтверждается, что распространение оспариваемой рекламы осуществлено посредством последовательных действий ООО «Д», АО «С», ООО «С», ООО «Т» на основании заключенных между ними гражданско-правовых договоров.
На основании изложенного, Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/04-17 всесторонне, полно и объективно исследовав, и оценив имеющиеся в деле доказательства, приходит к выводу, что рекламораспространителями рассматриваемой рекламы являются ООО «Д», АО «С», ООО «С», а рекламодателем - ООО «Т».
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 рекламораспространитель.
Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рекламы гр. Л на его абонентский номер без его предварительного согласия на получение рекламы в материалы дела № 04-04-02/04-17 не представлено, в связи с чем Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению настоящего дела приходит к выводу о необходимости выдачи рекламораспространителям 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 «Д», акционерное общество «С», общество с ограниченной ответственностью «С» нарушившими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе», выразившееся в распространении рекламы следующего содержания: «*22-23.12 Дни Книгочея! Скидка 25%. Условия скидки на biblio-globus.ru*» по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.
2. Выдать обществу с ограниченной ответственностью «Д», акционерному обществу «С», обществу с ограниченной ответственностью «С» 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.