

Исх. №ВЧ-08/4490 от 22.05.2024 г.

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

Председатель Комиссии: <...> – (должностное лицо)  
Члены Комиссии: <...> – (должностное лицо)  
<...> – (должностное лицо)

рассмотрев дело №016/05/18-1758/2023 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламных сообщений <...> на мобильный номер заявителя <...> с буквенного номера «<...>», что содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от <...> (вх. №10860 от 13.10.2023) по факту распространения СМС-рассылки рекламных сообщений на мобильный номер заявителя <...> с буквенного номера «<...><...>».

Факт поступления сообщения подтверждается скриншотом.

<...>

Буквенный номер «<...>» принадлежит сотовому оператору ООО «Т2 Мобайл»

Управлением был отправлен запрос в ООО «Т2 Мобайл», для установления владельца номера, с которого было направлено сообщение рекламного характера.

Согласно информации, предоставленной ООО «Т2 Мобайл» сообщение с буквенного номера «<...>» осуществляла компания ООО «ОСК» (ИНН 7705658056, 119270, г. Москва, ул. Лужнецкая набережная, д. 10А, стр. 3, эт. 3, пом. 1, ком. 14).

Также Управлением был отправлен запрос в адрес ООО «ОСК» с целью предоставления в адрес Управления информации о наличии разрешения, согласия абонента с номером <...> на получение сообщений рекламного характера от ООО «ОСК» (приложение подтверждающих документов).

Согласно информации представленной Обществом (вх.№149 от 10.01.2024), ООО «ОСК» оказывает технические услуги обеспечения функционирования программного обеспечения лицам, осуществляющим рассылку смс-сообщений, не обладающим соответствующим оборудованием и программным обеспечением.

Сообщение, указанное в Определении поступали на оборудование Общества от ООО «АйДиджитал» (ИНН: 7813577816). По Договору ООО «ОСК» оказывает клиенту техническую услугу предоставления доступа к программному обеспечению, обеспечивающему доставку смс-сообщения Клиента. В соответствии с Договором, формирование и отправка смс-сообщений осуществляется Клиентом самостоятельно, без согласования с ООО «ОСК» текстов и адресатов направляемых сообщений. При этом ООО «ОСК» не имеет технической возможности каким-либо образом формировать, дополнять, обрабатывать поступающие от Клиента смс-сообщения. В соответствии с п.11.1 Приложения №2 к Договору, Клиент обязуется получить согласия у абонентов, которым предполагается рассылка.

Согласно информации ООО «АйДиджитал», Общество, выступая в качестве SMS-агрегатора, обладая всеми необходимыми лицензиями на услуги связи и технологическим оборудованием, оказывает своим клиентам услуги по рассылке SMS-сообщений. Общество выступает в качестве связующего звена между клиентами Общества, операторами сотовой связи и их абонентами. Это исключает необходимость того, чтобы каждая компания-клиент Общества подписывала отдельное

соглашение с каждым оператором сотовой связи.

Между Обществом («Исполнитель») и ООО «УК «ТрансТехСервис» (ИНН 1650131524) («Заказчик») заключен Договор №DD0101/20-01SYU от 1 января 2020 года согласно условиям которого Исполнитель оказывает Заказчику услуги по предоставлению возможности направлять SMS-Сообщения, а Заказчик обязуется принимать оказанные Исполнителем Услуги и оплачивать их в соответствии с условиями Договора.

Исполнитель запросил у Заказчика сведения о наличии согласия Абонента. Заказчик направил в адрес ООО «АйДиджитал» официальное письмо, в котором указал, что получить достоверные сведения о предоставлении согласия на рассылку от Абонента не удалось. Таким образом, согласие Абонента Заказчиком получено не было несмотря на то, что условиями заключённого Договора предусмотрено, что Заказчик обязуется получать согласия абонентов, которым направляются Сообщения Заказчика, на получение абонентами таких Сообщений Заказчика в порядке и в форме, предусмотренной законодательством Российской Федерации.

Согласно пункту п. 3.2 Договора Заказчик самостоятельно определяет содержание Сообщений Заказчика, получателей Сообщений Заказчика и время передачи Сообщений Заказчика. Заказчик несет полную ответственность перед Исполнителем, Абонентами и третьими лицами, компетентными государственными органами за содержание Сообщений и факт их приема-передачи в рамках оказания Услуг, и обязуется самостоятельно предоставлять в соответствующие государственные органы сведения и отчеты, за собственный счет получить все лицензии и разрешения, необходимые для осуществления вышеуказанных действий. При этом Исполнитель не редактирует и не оказывает какое-либо иное влияние на содержание Сообщений.

В рамках Договора Стороны признают, что в случае, если Сообщение содержит рекламную информацию, Заказчик несет все предусмотренные законом обязанности рекламодателя и рекламораспространителя такого Сообщения, а привлечение Исполнителя для обеспечения технической возможности отправки (передачи) Сообщений Заказчика конкретным, определяемым Заказчиком лицам, не влечет переход к Исполнителю обязанностей рекламораспространителя.

Из этого следует, что рекламораспространителем является ООО «УК «ТрансТехСервис» (ИНН 1650131524), поскольку указанное лицо осуществляло и осуществляет выбор получателей сообщений и инициирует передачу SMS-сообщения абоненту, а ООО «АйДиджитал» только предоставляет для этого техническую возможность.

Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

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.

В пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы — это 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.

При обращении в Татарстанское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы. Документарно подтвержденных доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Таким образом, в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством телефонных звонков.

Вместе с тем, нарушение законодательства о рекламе может быть устранено любым лицом,

которое может прекратить распространение рекламы. В данном случае таким лицом, причастным к распространению рассматриваемой рекламы, является ООО «УК «ТрансТехСервис».

Рассмотрев имеющиеся материалы дела, с учётом доводов лиц, участвующих в рассмотрении дела, Комиссия Татарстанского УФАС России установила следующее.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством телефонного звонка на мобильный телефон <...>, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- информация распространена в форме телефонного звонка по сети электросвязи, а именно посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) под электросвязью понимаются 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;

- объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подп. 2-3 ст. 3 Закона о рекламе).

Объектом рекламирования в рассматриваемом случае выступают услуги автосалона.

- информация была адресована неопределённому кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная в телефонных разговорах заявителям, не обращена к конкретному потребителю, из текста бесед не следует, что они были адресованы каким-либо определённым лицам.

Сведения не носят персонализированного характера, представляют интерес для неопределенного круга лиц.

Доведенная до сведения заявителя информация не относится к категории той информации, на которую Закон о рекламе не распространяет своё действия в соответствии с ч. 2 ст. 3 Закона о рекламе. В частности, она не является справочно-информационным и аналитическим материалом (обзором внутреннего и внешнего рынков, результатом научных исследований и испытаний), не имеющим в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой.

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 (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

Целями Закона о рекламе являются, в том числе реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (ст. 1 Закона о рекламе).

Абонент согласно п. 1 ст. 2 Закона о связи - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, абонент выступает «пассивной» стороной отношений по передаче информации, он выступает получателем сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. Законом о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

При этом законодатель закрепил обязанность рекламораспространителя немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

В соответствии с постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – постановление Пленума ВАС РФ) согласие абонента может быть выражено в любой форме, однако такая форма согласия должна быть достаточной для идентификации такого согласия и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (см. абзац четвертый п. 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленуме ВАС РФ указано, что согласие абонента 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 постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Документы, подтверждающие в рассматриваемом случае наличие согласия со стороны заявителя на получение спорной рекламы рекламораспространителем не представлены.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Рекламораспространителем являются ООО «УК «ТрансТехСервис» (ИНН 1650131524).

На момент рассмотрения дела №016/05/18-1758/2023 в материалах дела отсутствуют подтверждения прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, комиссией Татарстанского УФАС установлены основания для выдачи предписания.

В целях оповещения ООО «УК «ТрансТехСервис» о рассмотрении в отношении Общества дела о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе, Управлением было направлено определение об отложении (исх.№ВЧ-08/2269 от 13.03.2024) о месте и времени рассмотрения дела на 24 апреля 2024 г. в 10 часов 00 минут. Согласно вернувшемуся почтовому уведомлению письмо получено ООО «УК «ТрансТехСервис» по адресу регистрации 18 марта 2024 года.

Таким образом, ООО «УК «ТрансТехСервис» надлежащим образом уведомлено о месте и времени рассмотрения дела. Однако на Комиссию не явилось, подтверждающие документы не представило.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «УК «ТрансТехСервис» при помощи СМС-рассылки рекламных сообщений на мобильный номер заявителя <...> с буквенного номера «<...>»<...>, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «УК «ТрансТехСервис» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Рассмотрение дела в отношении ООО «АйДиджитал» и ООО «ОСК» прекратить.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 13 мая 2024 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии:

<...> – (должностное лицо)

Члены Комиссии:

<...> – (должностное лицо)

<...> – (должностное лицо)