

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 21-05/01-2019 Р

08 апреля 2019
Камчатский

г. Петропавловск-

Резолютивная часть решения оглашена 25 марта 2019

В полном объеме решение изготовлено 08 апреля 2019

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

Председатель Комиссии: "....."

члены Комиссии: "...."

рассмотрев дело № 21-05/01-2019Р, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «СМС - центр» (ИНН 7724805644, адрес 115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8), (далее – ООО «СМС - центр») по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

- в отсутствие заявителя;

- в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе ООО «СМС - центр»,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю поступило заявление гражданина (вх. № 3200 от 12.11.2018) по признакам нарушения законодательства о рекламе.

На телефонный номер заявителю 09 ноября 2018 в 11 часов 32 минуты поступило рекламное смс сообщение следующего

содержания: «BLACK FRIDAY 3 дня! Мебель/Свет/Декор -50% www.lehome.ru». Заявитель своего согласия на получение рекламы не давал, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе») согласно представленного заявителем скриншота смс сообщени было отправлено от отправителя «LeHome» через смс – центр. Оператором сотовой связи заявителя является ПАО «МТС».

Камчатское УФАС России направило запрос в ПАО «МТС».

ПАО «МТС» направило ответ на запрос (вх. № 143) в котором сообщило, что номер выделен из реестра Российской системы и плана нумерации ПАО «МТС» и используется в качестве sms – центра являющегося шлюзом для приема sms сообщений от других операторов связи и доставки указанных sms сообщений абонентам ПАО «МТС». При этом sms центр не может быть отправителем сообщений, либо самостоятельно инициировать отправления сообщений.

Номер LeHome используется заказчиком рассылки для отправки смс – сообщений.

Смс сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «СМС – Центр» на основании договора от 12.12.2017 заключенного между ООО «СМС – Центр» и ПАО «МТС» как оператором связи в соответствии с положениями ст.44.1 Федерального закона «О связи».

Согласно пунктов 1.2 и 2.1 Договора оператор связи ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки ООО «СМС – центр» услугу по передаче коротких текстовых сообщений от заказчика рассылки пользователям.

Согласно п.3.3.3. Договора заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями sms сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах заказчика рассылки.

Согласно пункта 3.3.16 договора заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки принимает на себя обязательства обеспечить наличие согласия от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений - рассылки по сети подвижной

радиотелефонной связи (п.22.1 ст. 2 «ФЗ О связи»), при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством.

Смс сообщение было отправлено по инициативе заказчика рассылки ООО «СМС - центр, а ПАО «МТС» лишь осуществило технологические действия предоставляя техническую возможность совершить рассылку смс – сообщений.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Вышеуказанная рекламная информация адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания, формирование интереса к предлагаемым услугам и их продвижению на рынке, следовательно, в силу пункта 1 статьи 3 Закона о рекламе, указанная информация является рекламой.

В силу пункта 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама несоответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

На основании части 7 статьи 38 Закона о рекламе, рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закон о рекламе.

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

Рекламодателем вышеуказанной рекламы является

ООО «СМС - центр».

Рекламное смс сообщение следующего содержания: «BLACK FRIDAY 3 дня! Мебель/Свет/Декор -50% www.lehome.ru» было направлено ООО «СМС - центр» на телефонный номер заявителю 09 ноября 2018 в 11 часов 32 минуты без предварительного согласия абонента.

Управлением Федеральной антимонопольной службой по Камчатскому краю было возбуждено дело № 21-05/01-2019Р в отношении ООО «СМС - центр» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Определением от 21 февраля 2019 рассмотрение дела № 21-05/01-2019Р было отложено, в связи с ненадлежащим извещением ООО «СМС - центр» лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «СМС –центр» направило письменные пояснения № 43/2019 от 21 февраля 2019 в которых сообщило следующее. СМС - сообщение на номер от буквенного номера «LeHome» было отправлено ООО «Юлабс» через клиентский доступ, предоставленный в рамках договора оказания услуг от 14.04.2015г. В действиях ООО «СМС - центр» отсутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе, поскольку общество не имеет и не может иметь вины в распространении ненадлежащей рекламы, не предпринимало противоправных действий по распространению сообщения, содержащего ненадлежащую рекламу. От имени ООО «СМС-центр» на ООО «Юлабс» был направлен запрос о предоставлении информации с пояснениями в связи с поступившей жалобой, а также сведений о наличии от абонента согласия на получение информационных смс - рассылок, на что было предоставлено пояснительное письмо и скриншоты регистрации абонента.

Изучив имеющиеся в деле материалы, Комиссия антимонопольного органа пришла к следующим выводам.

Согласно пункту 1 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от

07.07.2003 № 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 излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи, с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом

рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Информация, указанная в тексте сообщения направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 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 правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие 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 позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Комиссия Камчатского УФАС России не согласна с доводами ООО «СМС – центр» о том, что рекламораспространителем смс сообщения на номер является ООО «Юлабс» по следующим основаниям.

Оператором сотовой связи заявителя является ПАО «МТС». ПАО «МТС» сообщило, что смс сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «СМС – Центр» на основании договора от 12.12.2017 заключенного между ООО «СМС – Центр» и ПАО «МТС» как оператором связи в соответствии с положениями ст.44.1 Федерального закона «О связи».

Согласно пунктов 1.2 и 2.1 Договора оператор связи ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки ООО «СМС – центр» услугу по передаче коротких текстовых сообщений от заказчика рассылки пользователям.

Согласно п.3.3.3. Договора заказчик ООО «СМС – центр» рассылки до начала оказания услуги рассылки обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями sms сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах заказчика рассылки.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ООО «СМС – центр» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю установила, что предоставленное ООО «СМС – центр» согласие абонента на получение рекламы посредством смс сообщений представлено в форме недостаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договора и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке смс-сообщений неопределенному кругу лиц.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

В этой связи, ООО «СМС – центр» приняли на себя все обязательства по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщения до их конечного получателя осуществлено лицом, участвующим в деле, а также то, что они были осведомлены о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «СМС – центр» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение на телефонный номер заявителя 09 ноября 2018 в 11 часов 32 минуты рекламного смс сообщения следующего содержания: «BLACK FRIDAY 3 дня! Мебель/Свет/Декор - 50% www.lehome.ru» без предварительного согласия с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18

Закона о рекламе, несут рекламораспространители.

Лицами, участвующими в деле, осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению смс-рассылок. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договора, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

Таким образом, лицо, участвующее в настоящем деле, в рамках рассмотрения данного дела признается рекламораспространителем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

ООО «СМС – центр» в письменных пояснениях сообщило, что номер абонента внесен в стоп лист смс- рассылки.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения вышеуказанной рекламы ООО «СМС – центр» не представлено.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Камчатского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «СМС – центр» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь 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 (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 года № 508),
Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «СМС – центр» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер рекламы следующего содержания: «BLACK FRIDAY 3 дня! Мебель/Свет/Декор -50% www.lehome.ru», без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ООО «СМС – центр» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Камчатского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.