

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 21-05/07-2018 Р

31 мая 2018 года

г. Петропавловск-Камчатский

Резолютивная часть решения оглашена 18 мая 2018 года

В полном объеме решение изготовлено 31 мая 2018 года

Комиссия Камчатского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председателя Комиссии: руководителя управления Светловой И.А.;

членов Комиссии:

- главного специалиста–эксперта отдела правового обеспечения и рекламы Иванковой Н.А.;

- главного специалиста–эксперта отдела правового обеспечения и рекламы Муравкиной Ю.А.;

рассмотрев дело № 21-05/07-2018Р, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «Медиа Контекст» (Липовая Аллея, 9/А, пом.12Н, г. Санкт – Петербург, 197183 ОГРН 1167847306220 ИНН 7814659162 КПП 781401001), (далее - ООО «Медиа Контекст») 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 «Медиа Контекст»,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по

Камчатскому краю поступило заявление гражданина (вх. № 70 от 10.01.2018 года).

На телефонный номер "" заявителю 28 декабря 2017 года в 19 часов 42 минуты поступило рекламное смс сообщение следующего содержания: «Закажите домой елку 1,5 – 2м ЗА 999 р с бесплатной доставкой! 89150005633».

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 сообщение было отправлено от отправителя «YaDlyaVas» через смс – центр "". Оператором сотовой связи заявителя является ПАО «МТС».

Камчатское УФАС России направляло запросы в ПАО «МТС» (исх. № 53/05 от 11.01.2018 года), в ООО «ДиСиАй Проджектс» (исх. № 50/05, исх. № 52/05 от 11.01.2018).

В ходе рассмотрения Камчатским УФАС России было установлено, что смс сообщение рекламного характера было направлено 28 декабря 2017 года в 19 часов 42 минуты на телефонный номер "" следующего содержания: «Закажите домой елку 1,5 – 2м ЗА 999 р с бесплатной доставкой! 89150005633» отправителем ООО «Медиа Контекст» в соответствии с договором № 20170701 – 7-П – dci от 01 июля 2017 года.

В соответствии с пунктом 1.1 договора № 20170701 – 7-П – dci от 01 июля 2017 года ДИСИАЙ (ООО ДиСиАй Проджектс») предоставляет заказчику ООО «Медиа Контекст» услуги по доступу к системе для формирования и отправки смс сообщений на мобильные терминалы абонентов приема смс сообщений с мобильных терминалов абонентов в соответствии с правилами предоставления услуг (приложение № 2 к договору) пользовательским соглашением и действующими тарифами ДИСИАЙ согласованными сторонами.

В соответствии с пунктом 2.1.3. договора № 20170701 – 7-П – dci от 01 июля 2017 года заказчик ООО «Медиа Контекст» в обязательном порядке получить от абонента на мобильный терминал которого планируется отправка смс сообщений, согласие на получение таких сообщений в такой форме которая может быть предъявлена оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение смс сообщений.

Рекламное смс сообщение следующего содержания: «Закажите домой елку 1,5 – 2м ЗА 999 р с бесплатной доставкой! 89150005633» было направлено ООО «Медиа Контекст» на телефонный номер <...> заявителю 28 декабря 2017 года в 19 часов 42 минуты без предварительного согласия абонента.

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю было возбуждено дело № 21-05/07-2018Р в отношении ООО «Медиа Контекст» (Липовая Аллея, 9/А, пом.12Н, г. Санкт – Петербург, 197183 ОГРН 1167847306220 ИНН 7814659162 КПП 781401001) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

- от 12 марта 2018 года, рассмотрение дела № 21-05/07-2018Р было назначено на 06 апреля 2018 года на 10 часов 30 минут.

06 апреля 2018 года лица участвующие в деле на заседание Комиссии не явились.

ООО «Медиа Контекст» направило в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю письменные пояснения по существу рассматриваемого дела.

В письменных пояснениях ООО «Медиа Контекст» сообщило следующее.

Смс рассылка производилась пользователем по договору публичной оферты с ООО «Медиа Контекст». Данное соглашение заключается между компанией ООО «Медиа Контекст» предоставляющей в пользование сервис ProstorSMS располагающийся на сайте proctor-sms.ru и пользователем, который зарегистрировался и начал пользоваться сервисом. Соглашение вступает в силу с момента авторизации пользователя сервиса на сайте proctor – sms.ru. ООО «Медиа Контекст» предоставляет рекламодателям (своим клиентам) только доступ к программному продукту, через который рекламодатель совершает рассылки смс своим клиентам, предварительно давшем согласие на прием рекламных сообщений от данного рекламодателя. ООО «Медиа Контекст» не является создателем (изготовителем) и распространителем смс сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой абонентам, а только обеспечивает доступ рекламодателям (своим клиентам, заказчикам, пользователем сервиса) к программному приложению

для отправки сообщений, являясь при этом лишь техническим каналом для передачи пользователем сервиса (заказчиком) смс сообщений своим абонентам.

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.

В материалах дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

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 89163368025, 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.

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

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 рекламодателя. 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 рекламодателя.

Исходя из материалов дела № 21-05/07-2018Р, указанная реклама распространялась

ООО «Медиа Контекст» являясь техническим каналом для передачи смс сообщений абонентам.

ООО «Медиа Контекст» непосредственно доводит смс сообщения до их конечных получателей.

- связи, с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общество не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

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.

- «Медиа Контекст» в настоящем случае не предпринял достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.
- основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицом, участвующим в деле, а также то, что оно было осведомлено о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «Медиа Контекст» рекламодателем 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 28 декабря 2017 года в 19 часов 42 минуты рекламного смс сообщения следующего содержания: «Закажите домой елку 1,5 – 2м ЗА 999 р с бесплатной доставкой! 89150005633» отправителя «YaDlyaVas» через смс – центр 89168960442 на номер телефона 89163368025 с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.
- соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатели. 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 договор, 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 рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении вышеуказанной рекламы ООО «Медиа Контекст» 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.

- 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 «Медиа Контекст» 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 «Медиа Контекст» (Липовая Аллея, 9/А, пом.12Н, г. Санкт – Петербург, 197183 ОГРН 1167847306220 ИНН 7814659162 КПП 781401001) нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер "" рекламы «Закажите домой елку 1,5 – 2м ЗА 999 р с бесплатной доставкой! 89150005633», поступившей 28 декабря 2017 года в 19 часов 42 минуты от отправителя «YaDlyaVas» через смс – центр 89168960442, без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ООО «Медиа Контекст» 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, предусмотренном статьей 14.3

Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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