

РЕШЕНИЕ

13 августа 2015 года г. Челябинск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе в составе (далее - Комиссия):

председатель <...> – заместитель руководителя управления - начальник отдела
Комиссии: контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией;

члены
Комиссии: <...>– специалист 1 разряда отдела контроля за рекламой и
недобросовестной конкуренцией;

члены
Комиссии: <...>– главный специалист-эксперт отдела контроля за рекламой
и недобросовестной конкуренцией,

рассмотрев дело № 30-2015, возбужденное по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» по факту распространения рекламы путем рассылки СМС-сообщений от отправителя без предварительного согласия абонента <...>, в присутствии представителя по доверенности ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» <...>., в отсутствие представителей ООО «Санкт-Петербург Телеком», ЗАО «Ростовская Сотовая связь», ООО «СМС-Трафик», привлеченных к участию в деле в качестве заинтересованных лиц, уведомленных определением Челябинского УФАС России от 07 июля 2015 года № 10723/08 о дате, месте и времени рассмотрения указанного дела,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) поступило заявление физического лица о поступлении 18 февраля 2015 года в 12:53 на телефонный номер <...> СМС-сообщения с рекламой: «Привет, ДМИТРИЙ! Играй в игру «Музыкальная волна» на www.mychesterfild.ru, набери максимальное количество баллов, попади в топ рейтинга и выиграй 2 билета на концерт Metronomy! Твой Chesterfild. Курение убивает», в 14:53 СМС-сообщения с рекламой: «Привет, ДМИТРИЙ! Все меняется, а цена на Chesterfild Crown Blue в компактном формате остается прежней – 64 рубля (максимальная розничная цена) КУРЕНИЕ УБИВАЕТ» от отправителя под буквенным обозначением MyChesterfild через СМС-центр +7-904-349-00-04 без предварительного согласия абонента.

Челябинским УФАС России проведена проверка, в результате которой выявлено, что телефонный номер <...> -904-349-00-04 входит в ресурс нумерации оператора сотовой связи ЗАО «Ростовская Сотовая Связь», согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи.

Челябинское УФАС России запросило у ЗАО «Ростовская Сотовая Связь» сведения о лице, которое осуществляет СМС-рассылку от отправителя +7-904-349-00-04.

ЗАО «Ростовская Сотовая Связь» пояснило, что рассылку указанных СМС-сообщений осуществляла компания ООО «СМС-Трафик» в рамках договора от 01.11.2013 № 225-SMS-IMSI.

ООО «СМС-Трафик» в ответ на запрос Челябинского УФАС России указало, что ООО «Ителла Коннекшнз» инициировало рассылку указанных СМС-сообщений на основании договора от 08.08.2013 № 369/13. Согласно указанному договору вся модерация и управление СМС-рассылкой осуществлялось на стороне ООО «Ителла Коннекшнз».

Челябинским УФАС России у ООО «Ителла Коннекшнз» запрошены доказательства получения предварительного согласия абонента <....> на рассылку СМС-сообщения от отправителя под буквенным обозначением MyChesterfield.

ООО «Ителла Коннекшнз» сообщило, что номер <....> указан физическим лицом - <....> при заполнении электронной анкеты участника маркетинговой акции, проводимой ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг», в которой он выразил свое согласие на получение СМС-сообщений рекламного характера.

ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» в своих объяснениях указало, что направление информационных СМС-сообщений на номер <....> осуществлялось с согласия <....>, заявившего о принадлежности ему данного номера при заполнении электронной анкеты участника маркетинговой акции, что действовало добросовестно, полученное согласие отвечает требованиям законодательства. После получения Определения о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства о рекламе ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» не осуществляет рассылку СМС-сообщений на номер заявителя. Текст СМС-сообщения, как и действия, необходимые для отправки СМС-сообщения, а именно осуществление подбора рекламной информации и направление ее на телефонный номер конкретного потребителя из Базы данных ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» осуществляет самостоятельно. Данная рассылка СМС-сообщений осуществлялась на основании заполненной анкеты, при заполнении которой ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» были приняты меры по установлению личности <....>., а именно были проверены его паспортные данные в анкете. Из указанной анкеты следует, что согласие на получение рекламной информации действует до даты его отзыва путем направления по почте в адрес ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» письменного уведомления. В ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» письменное уведомление об отзыве указанного согласия не поступало, в связи с чем такое согласие является действующим, и в действиях ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» отсутствует нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

18 февраля 2015 года заявителю на его телефонный номер <....> поступили СМС-сообщения с рекламой от отправителя под буквенным обозначением «MyChesterfield» без его предварительного согласия.

Согласно статье 3 Федерального закона «О рекламе» под рекламой понимается 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.

Информация, поступившая 18 февраля 2015 года заявителю на его телефонный номер в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является рекламой, поскольку, направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к конкретному товару с наименованием «Chesterfield», его продвижение на рынке, реализуемого компанией ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг».

Указание в сообщении имени «<...>» не свидетельствует о том, что данная информация не является рекламой, поскольку в данном случае до потребителя доводится информация о конкретном виде табачной продукции – «Chesterfield».

В силу части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно [статье 2](#) Федерального 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.

Абонентом телефонного номера <...> является <...> на основании договора об оказании услуг связи от 09 сентября 2014 года, который не давал согласие на рассылку на его телефонный номер СМС-сообщений рекламного характера.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального 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, не докажет, что такое согласие было получено.

В качестве видов деятельности в выписке из ЕГРЮЛ ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» среди прочих указаны рекламная деятельность, а также деятельность по оптовой торговле табачными изделиями.

Согласно пункту 4.8.2 договора от 13.04.2006 № 2006-MD-2 ООО «Филип Моррис

Сэйлз энд Маркетинг» поручает ООО «Ителла Коннекшнз» обработку персональных данных совершеннолетних потребителей табачной продукции в целях осуществления ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» контактов с совершеннолетними потребителями табачной продукции в отношении направления информации и информационных материалов, относящихся к табачным изделиям, иной информации посредством электронной связи или иным способом (включая почту, электронную почту, СМС-сообщения).

Часть 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» устанавливает, что рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, направление рекламы, содержащей сведения о табачной продукции Chesterfield по сетям электросвязи, согласно пункту 4.8.2 договора от 13.04.2006 № 2006-MD-2, осуществляет ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг», являющийся рекламодателем указанной рассылки.

В материалы дела ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» представлена анкета, заполненная <...> 24 апреля 2014 года, в которой указано, что <...>. дает согласие на направление информации посредством электронной связи или иным способом (включая почту, электронную почту, СМС, ММС).

Сведений (документов) о том, что непосредственно перед направлением ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» получено согласие абонента телефонного номера <...> на рассылку СМС-сообщений при рассмотрении дела не представлено.

Как следует из пояснений ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» от 11 августа 2015 года, представленных в соответствии с определением Челябинского УФАС России от 25 мая 2015 года, Обществом такое согласие перед направлением СМС-сообщений не получено ввиду того, что лицо, заполнившее анкету от 24 апреля 2014 года не отзывало согласие, которое дано им при ее заполнении.

Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получены документы, иные материалы, что Обществом, как заказчиком данной рассылки СМС-сообщений с рекламой «Chesterfield» приняты меры по идентификации абонента <...>, а также о принадлежности телефонного номера <...> лицу, заполнившему анкету от 24 апреля 2014 года, в которой содержится согласие на получение СМС-сообщений с рекламной информацией непосредственно перед направлением рекламы «Chesterfield» по сетям электросвязи посредством СМС-сообщения, (например, запрос абоненту телефонного номера <...> перед направлением рекламной информации на его номер о принадлежности номера в форме предварительного звонка, а также о возможности направления сообщения, переписка с оператором связи данного телефонного номера с отказами от предоставления сведений об абоненте и так далее).

Из анализа норм Федерального закона «О связи», Федерального закона «О рекламе» следует, что заказчик рассылки СМС-сообщений должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное

согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

Документов, материалов, указывающих, что Обществом приняты все достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Федерального закона «О связи» при направлении СМС-сообщений с рекламой «Chesterfield» на номер абонента <...> Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получено, ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» не предоставлено.

Довод ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» о том, что полученное 24 апреля 2014 года согласие <...> не отозвано, в связи с чем при направлении рекламы «Chesterfield» ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» имело предварительное согласие абонента на получение рекламы посредством использования сетей электросвязи не принят Комиссией во внимание ввиду того, что не направлением лицом, заполнившим анкету от 24 апреля 2014 года, сведений о прекращении направления ему рассылки СМС-сообщений не исключает обязанности ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг», являющегося заказчиком рассылки рекламной информации «Chesterfield» и рекламодателем, по принятию мер по идентификации именно абонента (а не иного лица) и получению его предварительного согласия на рассылку СМС-сообщений с рекламой «Chesterfield». В данном случае <...> не является абонентом телефонного номера <...>, что подтверждается сведениями оператора абонента <...> ООО «Санкт-Петербург Телеком», в связи с чем отсутствует предварительное согласие данного абонента на рассылку СМС-сообщений с рекламой «Chesterfield».

Как следует из анкеты, предоставленной ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг», она заполнена 24 апреля 2014 года, при этом сообщения направлены 18 февраля 2015 года.

В силу статьи 44.1 Федерального закона "О связи" обязанность по идентификации абонента перед направлением ему СМС-сообщений, в том числе рекламного характера возложена на заказчика рассылки в случае, если рассылка осуществлялась по его инициативе.

Условие о предварительном согласии абонента на распространение рекламы по сетям электросвязи следует из части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Таким образом, с учетом того, что абоненты имеют возможность смены телефонных номеров, а также при условии, что нормы законодательства Российской Федерации о рекламе предполагают направление рекламы посредством использования сетей электросвязи только с предварительного согласия абонента, ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг», являясь заказчиком рассылки СМС-сообщений с рекламой «Chesterfield» на основании договора от 13 апреля 2006 года № 2006-MD-2, могло принять все возможные меры по установлению принадлежности телефонного номера <...> конкретному лицу, а также по получению предварительного согласия абонента на распространение рекламы. Такие меры в полном объеме ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» не приняты, в связи с чем допущено нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а именно заявителю (абоненту телефонного номера <...>)

поступили СМС-сообщения с рекламой «Chesterfield» без его предварительного согласия.

Пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

Рекламодателем является ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» как лицо, осуществляющее распространение рекламы по сетям электросвязи на основании договора от 13.04.2006 № 2006-MD-2.

В связи с тем, что спорные СМС-сообщения с рекламой «Chesterfield» направлены абоненту номера <...> однократно, что подтверждается ответом от 05 марта 2015 года оператора абонента <...> ООО «Санкт-Петербург Телеком» на запрос Челябинского УФАС России, а также письменными пояснениями ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» от 15 мая 2015 года, необходимость в выдаче ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе отсутствует.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального 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 табачной продукции «Chesterfield», распространенную 18 февраля 2015 года путем направления СМС-сообщений от отправителя под буквенным обозначением «MyChesterfield» без предварительного согласия абонента <...>, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «Филип Моррис Сэйлз энд Маркетинг».

Решение изготовлено в полном объеме 28 августа 2015 года.

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

Российской Федерации.