

РЕШЕНИЕ

13 сентября 2017 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 Комиссии: <...> – заместитель руководителя – начальник отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России;

<...> – специалист-эксперт отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России;

члены Комиссии:

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России,

рассмотрев дело № 41-08/2017, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы путем рассылки СМС-сообщений от отправителя под буквенным обозначением «Muztochka» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) поступило заявление физического лица по факту поступления 09 февраля 2017 года в 15:28 на телефонный номер <...> -912-***-**-28 смс-сообщения с рекламой: «muztochka.net Сообщество музыкантов Здесь ПРОДАДИТЕ» от отправителя под буквенным обозначением «Muztochka» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи,

телефонный номер <...> -904-***-**-04 входит в ресурс нумерации оператора связи ООО «Т2 Мобайл».

На запрос Челябинского УФАС России ООО «Т2 Мобайл» представило письменные пояснения, согласно которым по результатам проверки установлено, что 09.02.2017 в 13:28 (UTC +3 Московское время) на номер абонента +7912*****28 поступило входящее смс-сообщение от отправителя «Muztochka».

09.02.2017 в 13:28 (UTC +3 Московское время) направление входящего смс-сообщения абоненту +7912*****28 от отправителя «Muztochka» через смс-центр ООО «Т2 Мобайл» осуществляла компания ООО «ДЭНИ КОЛЛ», с которой заключен Договор № 389/SMS-BULK от 01.08.2016 г.

На запрос № 6004/08 от 26.05.2017 г. по признакам нарушения законодательства РФ ООО «Дэни Колл» сообщает, что указанное смс-сообщение на номер <...> с текстом «muztochka.net Сообщество музыкантов. Здесь ПРОДАДИТЕ» было отправлено 09.02.2017 г. через клиентский доступ, предоставленный по договору с ООО «СМС-центр» Договор № 102/SMS от 01.10.2016 г. между компанией ООО «СМС-центр» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» по которому был предоставлен сервис для отправки смс для клиентов ООО «СМС-центр».

В материалы дела представлена анкета клиента № 193, заполненная <...> и указан номер телефона +7-912-***-**-28, однако заявителем является иное лицо. Какие-либо документы, указывающие, что заявитель дал согласие на рассылку смс-сообщений с рекламой, не представлено.

На запрос № 6004/08 от 26.05.2017 г. по признакам нарушения законодательства РФ ООО «Дэни Колл» сообщает об обязанностях в цепочке передачи смс со ссылками на пункты договора № 102/SMS от 01.10.2016 г. между компанией ООО «СМС-центр» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» по которому был предоставлен сервис для отправки смс для клиентов ООО «СМС-центр».

ООО «ДЭНИ КОЛЛ», именуемое в дальнейшем «Исполнитель».

(п. 3.1.) Заказчик обязуется:

(п. 3.1.2.) Самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от Абонента, на Абонентское устройство которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания Услуги.

(п. 4.2.) После подписания Сторонами Договора, Исполнитель предоставляет Заказчику возможность пользоваться сервисом отправки сообщений в соответствии с (п. 3.3.1.) Договора.

(п. 3.3.1.) После подписания Договора выделить Заказчику Личный кабинет и предоставить Заказчику логин и пароль для доступа в Личный кабинет (при наличии такой услуги у исполнителя) путем направления указанной информации, а адрес электронной почты Заказчика, указанный в пункте 10.1

Договора.

(п. 4.3.) Заказчик самостоятельно формирует SMS-сообщения, инициирует отправку SMS-сообщений и HLR-запросов, производит выбор конкретных настроек и опций оказания Услуг и совершает другие действия в рамках оказания Исполнителем Услуг по Договору.

(п. 6.3.) По Договору № 102/SMS от 01.10.2016 г. Исполнитель предоставляет исключительно техническую возможность для рассылки SMS-сообщений, и Заказчик несет полную ответственность за соблюдение законодательства Российской Федерации, в том числе: Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», Федерального закона от 29.12.2010 № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», Федерального закона от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. от 02.07.2013) «О защите прав потребителей», Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ (ред. от 21.10.2014 «О связи» и Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».

От ООО «СМС-центр» поступили письменные пояснения, согласно которым указанное смс-сообщение на номер <...> *****28 с текстом «muztochka.net Сообщество музыкантов Здесь ПРОДАДИТЕ» было отправлено ООО «Мобизон» 27.12.2016 года через клиентский доступ, предоставленный по договору № 297592 от 24.04.2015 г.

ООО «Мобизон» был получен запрос на предоставление информации, № 6467/08 от 14.06.2017 г. о том, что через систему «Мобизон» 27.12.2016 была произведена отправка смс-сообщения на телефонный номер <...> *****28 с текстом: «muztochka.net Сообщество музыкантов Здесь ПРОДАДИТЕ».

Рассмотрение заявления и материалов приводит к следующим выводам.

Заявителю на его телефонный номер <...> февраля 2017 года поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под буквенным обозначением «Muztochka» через SMS-центр +7-904-***-**-04 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 09 февраля 2017 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 сообществу музыкантов.

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 услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

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.

При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено, что отражено в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

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

Рекламораспространителем указанного смс-сообщения является ООО «Мобизон» ввиду следующего.

Согласно договору оказания услуг № 297592 от 24.04.2015 года (далее – Договор), заключенному между ООО «СМС-центр» и ООО «Мобизон» Исполнитель (в данном случае ООО «СМС-центр») предоставляет Заказчику (в данном случае ООО «Мобизон») Личный кабинет в сервисе SMSC.RU для самостоятельной отправки Сообщений, а также техническую автоматизированную платформу для интеграции сервисов Заказчика для автоматической программной отправки и приема Сообщений через API в соответствии с Правилами предоставления Услуг, действующими Тарифами Исполнителя, согласованными Сторонами и на основании Лицензии на право оказания телематических услуг связи № 95480 от 26.01.2012 г., выданной Исполнителю Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Согласно пункту 3.2.1. Договора Заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении Договора в отношении использования Услуг, требования законодательства других стран,

в которые выполняется рассылка Сообщений, а также нормы международного права.

В соответствии с пунктом 3.2.3. Договора Заказчик обязан в обязательном порядке получить от Абонента или адресата согласие на получение Сообщений, выраженного посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение Сообщений, в форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

Согласно пункту 6.1. Договора стороны несут ответственность в соответствии с Договором и действующим законодательством Российской Федерации.

Из пункта 6.4. Договора следует, что в рамках Договора Исполнитель обеспечивает доступ к сервису SMSC.RU для отправки Сообщений в их неизменном содержании и объеме, в связи с этой ответственностью за включение в Сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика.

В материалах отсутствуют документы, свидетельствующие о получении ООО «Мобизон» предварительного согласия абонента +7-912-***-**-28 на распространение ему рекламы по сетям электросвязи.

Из анализа документов следует, что согласие абонента +7-912-***-**-28 на получение смс-сообщений с рекламой выразил гр. <...>, однако владельцем номера +7-912-***-**-28 является иное лицо, которое утверждает, что не давал согласия на рассылку СМС-сообщений с рекламой. Таким образом, общество перед направлением рекламного сообщения абоненту +7-912-***-**-28 от отправителя под буквенным обозначением «Muztochka» через SMS-центр +7-904-***-**-04 должно убедиться в том, что получатель рекламного сообщения дал предварительное согласие на его получение.

Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получены документы, иные материалы, что ООО «Мобизон», как рекламораспространителем данной рассылки СМС-сообщений с рекламой приняты меры по идентификации абонента +7-912-***-**-28, а также о принадлежности телефонного номера +7-912-***-**-28 лицу, заполнившему анкету клиента № 193, в которой содержится согласие на получение СМС-сообщений с рекламной информацией непосредственно перед направлением рекламы по сетям электросвязи посредством СМС-сообщения, например, запрос абоненту телефонного номера +7-912-***-**-28 перед направлением рекламной информации на его номер о принадлежности номера в форме предварительного звонка или смс-сообщения, о возможности направления рассылки рекламного характера 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 ООО «Мобизон» приняты все достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Федерального закона «О связи», части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при направлении СМС-сообщений с рекламой на номер абонента +7-912-***-**-28 Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получено, обществом не предоставлено.

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 «Мобизон», являясь распространителем рассылки СМС-сообщений с рекламой, могло принять все возможные меры по установлению принадлежности телефонного номера +7-912-***-**-28 конкретному лицу, а также по получению предварительного согласия абонента на распространение рекламы. Такие меры ООО «Мобизон» не приняты, в связи с чем допущено нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а именно заявителю (абоненту телефонного номера +7-912-***-**-28) поступило СМС-сообщение с рекламой 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 рекламораспространитель.

Рекламораспространителем является ООО «Мобизон» как лицо, осуществившее распространение рекламы по сетям электросвязи на основании договора оказания услуг № 297592 от 24.04.2015 года, заключенного с ООО «СМС-центр».

Согласно пункту 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при добровольном устранении лицом совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о

прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Челябинское УФАС России не располагает доказательствами прекращения направления абоненту с телефонным номером +7-912-***-**-28 рекламы: «muztochka.net Сообщество музыкантов Здесь ПРОДАДИТЕ», в связи с чем необходимо выдать ООО «Мобизон» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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: «muztochka.net Сообщество музыкантов Здесь ПРОДАДИТЕ», распространенную 09 февраля 2017 года ООО «Мобизон» от отправителя под буквенным обозначением «Muztochka» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента +7-912-***-**-28 на получение рекламы, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Выдать ООО «Мобизон» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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 «Мобизон» и его должностного лица.

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

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

13 сентября 2017 года г. Челябинск

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

председатель Комиссии: <...> – заместитель руководителя – начальник отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России;

<...> – специалист-эксперт отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией;

члены Комиссии:

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

на основании решения от 13 сентября 2017 по делу № 41-08/2017 о признании рекламы ООО «Мобизон», распространенной 09 февраля 2017 года с использованием телефонной связи без предварительного согласия абонента +7-912-***-**-28 на получение рекламы, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Мобизон» незамедлительно со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а именно не распространять рекламу: muztochka.net Сообщество музыкантов Здесь ПРОДАДИТЕ» посредством использования сети электросвязи без предварительного согласия абонента.

2. ООО «Мобизон» в срок **до 13 октября 2017 года** представить в Управление Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области **доказательства исполнения** пункта 1 настоящего предписания, а именно пояснения, свидетельствующие о прекращении распространения ненадлежащей рекламы абоненту +7-912-***-**-28.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Челябинское УФАС России вправе в соответствии с пунктом 2 статьи 19.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях привлечь виновное лицо к административной ответственности.

Предписание может быть обжаловано в Арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.