

РЕШЕНИЕ

12 апреля 2018 года г. Челябинск

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

председатель Комиссии: <...> – руководитель Челябинского УФАС России;

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

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

рассмотрев дело № 48-08/2017, возбужденное по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по факту распространения рекламы путем рассылки СМС-сообщения от отправителя под буквенным обозначением «bandzayuzk» без предварительного согласия абонента,

в отсутствие лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В Челябинское УФАС России обратилось физическое лицо с заявлением по факту поступления 17 марта 2017 в 13:25 на телефонный номер <...> -908-***-**-97 смс-сообщения с рекламой: «20 марта для Вас «ФИЛАДЕЛЬФИЯ» за 199р. Назови код «ВКУСНО» 8908*****52» от отправителя под буквенным обозначением «bandzayuzk» через смс-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента.

На запрос Челябинского УФАС России ООО «Т2 Мобайл» представило письменные пояснения, согласно которым направление СМС-сообщения абоненту +7-908-***-**-97 от отправителя под буквенным обозначением «bandzayuzk» осуществляла компания ООО «ОСК», с которой заключен договор № 216/SMS-BULK от 01.06.2015 г.

ООО «ОСК» был направлен запрос о предоставлении доказательств получения согласия абонента, которому принадлежит телефонный номер <...> -908-***-**-97 на рассылку ему СМС-сообщений с рекламой, а также письменных пояснений по факту направления рекламных сообщений абоненту +7-908-***-**-97 и о мерах, принятых по прекращению рекламной рассылки на номер <...> -908-***-**-97.

От ООО «ОСК» поступили письменные пояснения, согласно которым смс-сообщение, направленное на телефонный номер <...> -908-***-**-97, поступало на оборудование ООО «ОСК» от ООО «Крафт Телеком» на основании заключенного с указанной компанией Договора № sms-52/09-14 от 01 августа 2014 года (далее – договор).

По указанному договору ООО «ОСК» оказывает ООО «Крафт Телеком» техническую услугу предоставления доступа к программному обеспечению, обеспечивающему доставку смс-сообщений ООО «Крафт Телеком» на смс-сервер оператора связи. В соответствии с договором, формирование и отправка смс-сообщений осуществляется ООО «Крафт Телеком» самостоятельно, без согласования с ООО «ОСК» текстов и адресатов направляемых сообщений. При этом ООО «ОСК» не имеет технической возможности формировать, дополнять, обрабатывать поступающие от ООО «Крафт Телеком» смс-сообщения. Программное обеспечение ООО «ОСК» лишь осуществляет передачу текста смс-сообщения и номера адресата сообщения на оборудование оператора связи. Указанная передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны ООО «ОСК».

При этом в соответствии с условиями договора ООО «Крафт Телеком» обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой получатель предварительно отказался. В случае если текст рассылаемых с помощью программного обеспечения ООО «ОСК» сообщений, может быть признан рекламой, реламораспространителем в этом случае будет являться ООО «Крафт Телеком» как лицо, осуществляющее распространение рекламы.

От ООО «Крафт Телеком» поступили письменные пояснения, согласно которым при рассылке указанного смс-сообщения ООО «Крафт Телеком» является посредником в цепочке реламораспространитель – абонент, и в рамках заключенного договора оказывает своим заказчикам услуги по предоставлению доступа к технической системе (базе) по каналу связи для отправки заказчиком своих сообщений.

ООО «Крафт Телеком» в качестве исполнителя заключило договор № 106 от 31.12.2013 года с ООО «Мобильные Сервисы» в качестве заказчика. 23.01.2014 года ООО «Мобильные Сервисы» изменило свое наименование с ООО

«Мобильные Сервисы» на ООО «ИНСТАМ».

Согласно п. 1.1 договора исполнитель оказывает, а заказчик принимает и оплачивает услугу подключения к технической системе с целью доставки сообщений абонентам.

В соответствии с п. 6.3 договора заказчик гарантирует, что все SMS и MMS сообщения составлены (сформированы) и отправлены им самостоятельно, без какого-либо участия или влияния исполнителя.

Таким образом, смс-сообщение с рекламой: «20 марта для Вас «ФИЛАДЕЛЬФИЯ» за 199р. Назови код «ВКУСНО» 8908*****52» на телефонный номер <...> -908-***-**-97 было направлено ООО «ИНСТАМ» самостоятельно.

ООО «Инстам» представило письменные пояснения, согласно которым при рассылке указанного смс-сообщения Общество рамках заключенного договора оказывает своим заказчикам услуги по предоставлению доступа к технической системе/базе по каналу связи для отправки заказчиком своих сообщений.

ООО «Инстам» в качестве Исполнителя заключило с Заказчиком ООО «Инновационные технологии» Договор о предоставлении услуг № 817 от 01.07.2014 г., согласно которому отправка указанного смс-сообщения была осуществлена Заказчиком ООО «Инновационные технологии».

Таким образом, на основании указанного договора, ООО «ИНСТАМ», как Исполнитель, не несет ответственности за рассылку SMS-сообщений рекламного характера, на получение которого абонент не давал свое согласие, и за такие действия ответственность несет ООО «Инновационные технологии» (Заказчик).

Учитывая изложенное, Общество просит прекратить дело в отношении ООО «Инстам», в случае продолжения производства по делу, привлечь лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Инновационные технологии» (ОГРН 1147746473676, юридический и почтовый адрес: 127473, г. Москва, ул. Десятская, д. 25).

На запрос Челябинского УФАС России ООО «Инновационные технологии» представило письменные пояснения, согласно которым Общество не является изготовителем и распространителем рекламных СМС-сообщений, а предоставляет технический Сервис, с помощью которого, клиенты ООО «Инновационные технологии» могут осуществлять рассылки СМС-сообщений тем абонентам подвижной связи, телефоны которых они самостоятельно указывают при осуществлении рассылки.

Отправка данного сообщения осуществлялась контрагентом ООО «Инновационные технологии» ИП <...> по Договору публичной оферты о предоставлении услуг, размещенном в сети интернет по адресу <http://EASY-SMS.ru/tarifs>, являющийся в силу статьи 437 ГК РФ публичной офертой. В случае принятия изложенных условий в Договоре физическое или юридическое лицо, производящее акцепт Оферты, становится Заказчиком ООО «Инновационные технологии».

Согласно условиям Договора, ИП <...> обязуется по первому требованию и в кратчайшие сроки предоставлять ООО «Инновационные технологии» подтверждения наличия согласий абонентов на получение СМС-сообщений.

В соответствии с пунктом 2.2.3. Договора ООО «Инновационные технологии» направило запрос в адрес ИП <...> с требованием провести проверку по факту отправки сообщения, указанного в Запросе и предоставить подтверждение наличия согласия Абонента +7 980 *** ** 97 на получение рекламного сообщения, указанного в запросе.

ООО «Инновационные технологии» при осуществлении рассылок не проводит сверку принадлежности номера мобильной связи конкретному физическому лицу. Контрагенты ООО «Инновационные технологии» при осуществлении рассылок СМС-сообщений руководствуются согласиями абонентов на получении таких рассылок.

Общество не является изготовителем и распространителем рекламных СМС-сообщений, а предоставляет технический Сервис, с помощью которого, клиенты ООО «Инновационные технологии» могут осуществлять рассылки СМС-сообщений тем абонентам подвижной связи, телефоны которых они самостоятельно указывают при осуществлении рассылки.

Отправка данного сообщения осуществлялась контрагентом ООО «Инновационные технологии» службой доставки «Банзай», указанная служба была зарегистрирована в личном кабинете как ИП <...> по Договору публичной оферты о предоставлении услуг, размещенном в сети интернет по адресу <http://EASY-SMS.ru/tarifs>, являющийся в силу ст. 437 ГК РФ публичной офертой. В случае принятия изложенных условий в Договоре физическое или юридическое лицо, производящее акцепт Оферты, становится Заказчиком ООО «Инновационные технологии».

Согласно условиям Договора, Заказчик обязуется по первому требованию и в кратчайшие сроки предоставлять ООО «Инновационные технологии» подтверждения наличия согласий абонентов на получение СМС-сообщений.

В соответствии с пунктом 2.2.3. Договора ООО «Инновационные технологии» направило по электронной почте запрос в адрес ИП <...> с требованием предоставить подтверждение наличия согласия Абонента +7 908 *** ** 97 на получение рекламного сообщения, указанного в запросе.

На основании изложенного, Общество считает необходимым исключить из списка участников настоящего разбирательства ООО «Инновационные технологии».

В материалы дела представлена анкета от 09.02.2017, заполненная <...> и указан телефон 8-908-***-**-97, однако заявителем является иное лицо. Какие-либо документы, указывающие, что заявитель дал согласие на рассылку смс-сообщений с рекламой, не представлено.

В тексте смс-сообщения присутствует телефонный номер <...> -908-***-**-52.

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

телефонный номер <...> -908-***-**-52 входит в ресурс нумерации оператора связи ООО «Т2 Мобайл».

На запрос Челябинского УФАС России ООО «Т2 Мобайл» представило письменные пояснения, согласно которым телефонный номер <...> -908-***-**-52 выделен физическому лицу (<...>) в соответствии с карточкой абонента +7-908-***-**-52 с данными абонента из биллинговой базы InVoice.

Владельцу телефонного номера +7-908-***-**-52 был направлен запрос о предоставлении доказательств получения согласия абонента, которому принадлежит телефонный номер <...> -908-***-**-97 на рассылку ему СМС-сообщений с рекламой, а также письменных пояснений по факту указания в рекламном сообщении телефонного номера +7-908-***-**-52.

От <...> поступили письменные пояснения, согласно которым с августа 2016 года они не является индивидуальным предпринимателем, предпринимательская деятельность им не осуществляется. Телефонный номер <...> -908-***-**-52, который указан в смс-сообщениях, ранее ему принадлежал, однако сим-картой с указанным номером <...> в настоящее время не владеет, так как телефон был утерян им около года назад, сим-карту он восстанавливать не стал, приобрел новую.

Рассмотрение заявления и материалов приводит к следующим выводам.

Заявителю на его телефонный номер <...> марта 2017 года поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под буквенным обозначением «bandzayuzk» через смс-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.

В силу части 1 статьи 18 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.

Информация, поступившая 17 марта 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 конкретным товарам – продукт «Филадельфия».

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 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Отправителем рекламного СМС-сообщения на номер Заявителя без его предварительного согласия является ИП <...>, что подтверждается письменными пояснениями ООО «Инновационные технологии», сведений опровергающих данный факт материалы дела не содержат.

Таким образом, направление рекламы, содержащей сведения: «20 марта для Вас «ФИЛАДЕЛЬФИЯ» за 199р. Назови код «ВКУСНО» 8908*****52», осуществлено ИП <...>, являющимся рекламораспространителем указанной рассылки.

Доказательств, свидетельствующих о получении согласия абонента +7-908-***-**-97 в материалы дела не представлено.

Из анализа норм Закона о связи, 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 ИП <...> приняты достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Закона о связи, части 1 статьи 18 Закона о рекламе при направлении СМС-сообщений с рекламой на номер абонента +7-908-***-**-97 Челябинским УФАС России при

рассмотрении дела не получено, ИП <...> не представлено.

В силу статьи 44.1 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 Закона о рекламе.

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

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Рекламораспространителем является ИП <...> как лицо, осуществившее распространение рекламы по сетям электросвязи.

Поскольку по состоянию на 12 апреля 2018 года ИП <...> не представлено документов, материалов с указанием на прекращение рекламной рассылки абоненту +7-908-***-**-97, Комиссия считает возможным выдать ИП <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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: «20 марта для Вас «ФИЛАДЕЛЬФИЯ» за 199р. Назови код «ВКУСНО» 8908*****52», распространенную 17 марта 2017 года ИП <...> с использованием телефонной связи без предварительного согласия абонента +7-908-***-**-97 на получение рекламы, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Выдать ИП <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Челябинского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с истечением

срока давности привлечения к административной ответственности.

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

12 апреля 2018 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: <...> – руководитель Челябинского УФАС России;

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

члены Комиссии:

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

на основании решения от 12 апреля 2018 года по делу № 48-08/2017 о признании рекламы ИП <...>, распространенной 17 марта 2017 года с использованием телефонной связи без предварительного согласия абонента +7-908-***-**-97 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 .И П <...> незамедлительно со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а именно не распространять рекламу: «20 марта для Вас «ФИЛАДЕЛЬФИЯ» за 199р. Назови код «ВКУСНО» 8908*****52» посредством использования сети электросвязи без предварительного согласия абонента.

2 .И П <...> в срок **до 13 июня 2018 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 +7-908-***-**-97.

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.