РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ 01/19

«21» октября 2019 г г. Новосибирск

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

председатель Комиссии: заместитель руководителя управления- начальник отделарекламы -Волохина И.В.,

члены Комиссии: В.Ю. Строгин – главный специалист-эксперт отдела рекламы,

М.О. Хрипченко – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело № 01/19, возбужденное по факту распространения 08.10.2018г. в 13:01 на абонентский номер заявителя: «…»посредством рассылки рекламного смс-сообщения следующего содержания: «Квартиры посуточно в Новосибирске от 1000р «…»» от отправителя с буквенным идентификатором: «kakDoma54», с признаками нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»,

в отсутствии:

заявителя – физическое лицо (уведомлен надлежащим образом),

в отсутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ИП Юсин Я. И.(ИНН 540543019807, уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление физического лица (вх. № 7115э от 06.11.2018г.) по факту рассылки 08.10.2018г. в 13:01 на абонентский номер заявителя: «…»рекламного смс-сообщения следующего содержания: «Квартиры посуточно в Новосибирске от 1000р «…»» от отправителя с буквенным идентификатором: «kakDoma54», с признаками нарушения Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с п.1 ст.3 Федерального закона «О рекламе», реклама - 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.

Распространенная информация является рекламой, так как привлекает внимание у

неопределенного круга лиц к объекту рекламирования и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (услугам по предоставлению в аренду квартир в г. Новосибирске неким лицом, с контактным номером: «...»), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В материалах дела имеется Договор об оказании услуг связи «Билайн», заключенный с абонентом номера: «...», представленный ПАО «ВымпелКом», а также детализация, подтверждающая доставку рассматриваемого смс-сообщения 08.10.18г. в 13:01ч. на абонентский номер заявителя.

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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 или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с ч.1 ст.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.

Как сообщается заявителем, им такого согласия лицуне давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на нарушение ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение требований ч. 1 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламораспространитель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с реестром Российской системы и плана нумерации, оператором связи абонента-завителя, а также оператором связи абонента, указанного в тексте рассматриваемого смс-сообщения: «...», является ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» представило в адрес Новосибирского УФАС России сведения (вх№915 от 04.02.19г.), согласно которым, буквенный идентификатор: «kakDoma54» выделен ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (ИНН 4345407971) в соответствии с Договором №576974438 от 09.11.15г. об оказании услуг связи. Также, согласно представленной ПАО «ВымпелКом» информации, между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО СМС Трафик», в свою очередь, заключен Партнерский договор №ДП/СМС-3/01122017 от 01.12.2017г. Таким образом, рекламораспространителем рассматриваемой рекламы являются ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО СМС Трафик».

Вместе с тем, в материалах дела имеется информация о заинтересованном в распространении данного смс-сообщения лице (владельце номера, указанного в тексте смс –сообщения) – физическое лицо: «…».

Определением об отложении рассмотрения дела от 07.02.19г. «…». привлечена к рассмотрению в качестве заинтересованного лица.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» сообщило (вх№2660 от 25.03.19г.), что между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО СМС Трафик», заключен Партнерский договор №ДП/СМС-3/01122017 от 01.12.2017г. по предоставлению технической возможности для рассылки смс-сообщений.

05.03.19г. ООО «СМС Трафик» привлечено к рассмотрению дела в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона «О рекламе».

В материалах данного дела имеется информация, направленная в адрес антимонопольного органа ООО «СМС Трафик», согласно которой на абонентский номер «…»было направлено SMS-сообщение 08.10.2018 в 09:01 от имени отправителя «KakDoma54». Инициатором рассылки данного SMS-Сообщения является АО «МегаЛабс».

В соответствии с Договором № 480/13 от 01.11.2013г., заключенным между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и АО «МегаЛабс» (Заказчик), Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к Системе. Под Системой, в силу Договора, понимается принадлежащий Исполнителю программно-аппаратный комплекс, который позволяет обрабатывать Сообщения.

Текст, определяемый заказчиком, доводится до операторов в автоматическом порядке, без изменений и просмотра со стороны Исполнителя. Согласно п. 5.3. Договора «ответственность за содержание отправляемых Заказчиком сообщений несет сам заказчик. Исполнитель обеспечивает пропуск через свою Систему Сообщений в их неизменном содержании и объеме, без токования, редактирования или цензурирования, в связи с этим ответственность за включение в Сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика.» Сообщение не проходит никаких процедур утверждения, согласования с Исполнителем, так как Исполнитель исключительно предоставляет доступ к системе.

В силу п. 3.2.2 Договора Заказчик обязан получить от Абонента, на телефон которого Заказчик планирует осуществлять отправку Сообщений с информацией Заказчика, предварительное согласие Абонента.

14.06.19г. Определением об отложении дела была произведена замена ненадлежащего лица, в отношении которого может быть вынесено решение по делу - ООО «СМС Трафик», ООО «ДЭНИ КОЛЛ»на надлежащее - АО «МегаЛабс» (ИНН 7713556058).

В ответ на Определение об отложении рассмотрения дела от 14.06.2019г. АО «МегаЛабс» представлены документы и пояснения (вх. № 6305 от 01.07.2019г.),

согласно которым рассылка указанного в Определении сообщения осуществлялась по заказу ПАО «МегаФон» в рамках дополнительного соглашения № 2 от 09.01.2017 к Генеральному соглашению № 4, по которому Общество оказывает ПАО «МегаФон» услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов (далее - РИМ) абонентов ПАО «МегаФон». В свою очередь заказ на указанную в Определении рассылку у ПАО «МегаФон» осуществил корпоративный клиент ПАО «МегаФон» - ИП Юсин Ярослав Иванович по заключенному с ПАО «МегаФон» договору оказания услуг связи с подключенной услугой «МегаФон.Таргет».

Согласно условиям Дополнительного соглашения ПАО «МегаФон» обязуется получить согласие абонентов, среди которых предполагается осуществить распространение рекламно- информационных материалов и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов, у которых такое согласие было получено (п. 2.6, п. 3.8). При этом ИП Юсин Ярослав Иванович самостоятельно определяет желаемое имя отправителя, текст предполагаемого к отправке текстового сообщения и осуществляет выбор абонента-получателя в электронной форме с помощью имеющегося у него программного интерфейса.

Для целей исполнения обязательств перед ПАО «МегаФон» Обществом заключен Договор от 01 ноября 2013 года № 480/13 с ООО «СМС Трафик» для последующего направления сообщений Абоненту иного Оператора.

Общество не осуществляет непосредственного направления абоненту короткого текстового сообщения, а лишь предоставляет доступ к интерфейсу направления рекламно-информационных материалов. Данные действия осуществляет корпоративный клиент ПАО «МегаФон» с использованием сети связи ПАО «МегаФон». Общество не является оператором подвижной радиотелефонной связи и не владеет оборудованием, позволяющим в рамках действующего законодательства направлять короткие текстовые сообщения абонентам.

Технологически направление сообщения происходит с использованием аппаратно- программного комплекса Корпоративного клиента, подключенного к специальной платформе ПАО «МегаФон», которая в свою очередь соединена с СМС-Центром ПАО «МегаФон», с которого абонент получил указанное в Определении сообщение. Никакого отдельного дополнительного оборудования Общества в данном процессе не задействовано. То есть технически Общество не имеет доступа к сети электросвязи и не участвует в процессе формирования и направления рекламных сообщений и не оказывает в рамках данных отношений услуг связи.

Таким образом, Общество не может быть рекламораспространителем по сетям электросвязи в смысле статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе». В связи с тем, что Общество не является субъектом указанной нормы, оно не обязано получать согласие абонента, при этом в Дополнительном соглашении с ПАО «МегаФон» такая обязанность установлена именно в отношении ПАО «МегаФон» и в свою очередь транслирована ПАО «МегаФон» ИП Юсин Я.И. в рамках оферты услуги «МегаФон.Таргет». Согласно Дополнительному соглашению Общество предоставляет доступ к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов и не имеет технологической возможности осуществлять предмодерацию (в том числе предварительное получение согласий

абонентов), поскольку текст сообщения и выбор адресата производится самостоятельно на стороне корпоративного клиента ПАО «МегаФон» (п. 6.7).

Определением об отложении рассмотрения дела от 12.07.2019г.ПАО «МегаФон» (ИНН 7812014560) привлечено к делу в качестве заинтересованной стороны.

В свою очередь, ПАО «МегаФон» представлены документы и пояснения (вх. № 7332 от 31.07.19г.), согласно которым заказ на указанную в Определении рассылку у ПАО «МегаФон» осуществил корпоративный клиент ПАО «МегаФон» - ИП Юсин Я.И. по заключенному с ПАО «МегаФон» Договору оказания услуг связи № 28401306 от 26.06.19г. с подключенной услугой «МегаФон.Таргет». К пояснениям приложен указанный Договор, с указанием адреса проживания и персональных данных лица.

Рассылка была инициирована ИП Юсиным Я.И., сформировавшим текст СМС-сообщения и выбравшим в качестве получателя указанного в Определении абонента, то есть осуществившим волевые действия по рассылке сообщения по сетям электросвязи. Общество лишь предоставило ПАО «МегаФон» доступ к интерфейсу для направления, сформированного ИП Юсиным Я.И. текста ПАО «МегаФон», не являясь при этом ни инициатором отправки сообщения, ни конечным отправителем, ни оператором связи.

По мнению Общества, рекламораспространителем, по сетям электросвязи в рамках данной схемы правоотношений является ИП Юсин Я. И., чьи целенаправленные действия повлекли направление смс-сообщения и его получение абонентом. Клиентская база получателей СМС-сообщений формируется на стороне ИП Юсина Я. И. Идентификатор «KakDoma54» не является абонентским номером, а является именем отправителя, которое ИП Юсин Я. И. самостоятельно указывает при формировании текста сообщения.

Определением об отложении дела от 12.07.19г. произведена замена ненадлежащего лица, в отношении которого может быть вынесено решение по делу - АО «МегаЛабс» на надлежащее - ИП Юсин Я.И.

Документы, запрошенные у ИП Юсина Я.И. Определением об отложении дела 12.08.19г., 12.09.19г. в адрес Новосибирского УФАС России не были представлены.

21.10.2019г. на рассмотрение дела Комиссией Новосибирского УФАС России ИП Юсин Я.И. и «...»привлеченная к делу в качестве заинтересованного лица,не явились, представителей не направили. Сведения о надлежащем уведомлении лиц,о времени и месте рассмотрения данного дела, отсутствуют в материалах дела.

Причастность «...»к отправке рассматриваемой рекламной информации, посредством смс-сообщения, материалами дела не установлена.

Согласно выписке из ЕГРЮЛ от 16.09.19г., основным видом деятельности ИП Юсина Я.И. является аренда и управление собственным или арендованным недвижимым имуществом (ОКВЭД 68.20). При этом, владельцем буквенного идентификатора, с которого отправлена рассматриваемая реклама, является ИП Юсина Я.И. Таким образом, рекламораспространителем рассматриваемого смс-сообщения является ИП Юсин Я.И.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия, руководствуясь п. 1 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 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,

РЕШИЛА:

1. Признать информацию, распространенную 08.10.2018г. в 13:01 на абонентский номер заявителя«...»посредством рассылки рекламного смс-сообщения следующего содержания: «Квартиры посуточно в Новосибирске от 1000р «...»» от отправителя с буквенным идентификатором: «kakDoma54», ненадлежащей рекламой,

а ИП Юсина Я.И.(ИНН 540543019807) нарушившим требования ч.1 ст.18 Закона «О рекламе», согласно которой, 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.

2. Выдать ИП Юсину Я. И.предписание о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

3 . Не передать материалы дела для возбуждения дела об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в связи с истечением срока давности привлечения лица к административной ответственности, предусмотренной ст. 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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