

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

РЕШЕНИЕ № 072/05/18-17/2019

28.06.2019 г. г. Тюмень

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: <...> - заместителя руководителя управления –
начальник отдела КСЗ;
<...> - главный специалист-эксперт отдела КСЗ;
Члены Комиссии:
<...> - специалист-эксперт отдела КСЗ,

рассмотрев дело № 072/05/18-17/2019, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента,

в присутствии:

- представителя ООО «ВМ Тюмень» (адрес места нахождения: 625022, г. Тюмень, ул. Алебашевская, д. 11, ИНН 7203331794, ОГРН 1157232004181) – <...> (доверенность от 31.12.2018 г),

в отсутствии:

- заявителя – <...>, уведомлен надлежащим образом (почтовый идентификатор № <...>);

- ООО «СМС-центр» (адрес места нахождения: 115419, г. Москва, 2-й Роцинский проезд, д. 8, ИНН 7724805644, ОГРН 1117746756489), уведомлено надлежащим образом (почтовый идентификатор № 80082136195214);

- ООО «ТМС-Контент» (адрес места нахождения: 127434, г. Москва, Дмитровское шоссе, д. 9Б, этаж 3, ком. 25, ИНН 7707605540, ОГРН 1067758373484) уведомлено надлежащим образом (почтовый идентификатор № 8008213619207),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступило заявление гражданина <...>, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В заявлении указывается, что на абонентский номер <...>, зарегистрированный за гражданином, поступило SMS-сообщение рекламного характера, следующего содержания: «Новый Hyundai

Solaris с выгодой до 184000 р. Только до 31 марта! Восток Моторс, ул. Алебашевская, 11. т. +7(3452)521-700», дата и время: 11.03.2019 в 18:02 от абонента VM_Hyundai через SMS-центр: +79184330011.

Как указывает заявитель, согласия на SMS-рассылку рекламного характера он не давал.

Определением от 15.04.2019 г. № 072/05/18-17/2019 возбуждено дело по признакам нарушения требований законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «СМС-центр».

На заседании Комиссии 28.06.2019 г. отсутствовали представители заявителя и лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства – ООО «СМС-центр», ООО «ТМС-Контент».

В соответствии с п. 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (утверждены Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508), рассмотрение дела в отсутствие сторон возможно в случаях, если имеются данные об их своевременном извещении о месте и времени рассмотрения дела и если от них не поступило мотивированное ходатайство об отложении рассмотрения дела или указанное ходатайство не удовлетворено антимонопольным органом.

В соответствии с Постановлением Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившиеся за их получением, несмотря на почтовое извещение (при наличии соответствующих доказательств).

Копия определения от 13.05.2019 г. об отложении рассмотрения дела № 072/05/18-17/2019, направленная Тюменским УФАС России по адресу места регистрации ООО «ТМС-Контент», выслана обратно отправителю в связи с истечением срока хранения, следовательно, считается, что адресат надлежащим образом уведомлен о получении определения.

Таким образом, дело может быть рассмотрено в отсутствие лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства.

Согласно сведениям, представленным Оператором ПАО «МТС», лицом, направившим указанное SMS-сообщение, является Заказчик рассылки ООО «СМС-центр» (адрес места нахождения: 115419, г. Москва, 2-й Рошинский проезд, д. 8, ИНН 7724805644, ОГРН 1117746756489), с которым заключен Договор № МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017 г. (далее Соглашение).

В п. 2.1. Соглашения указано, что Оператор оказывает Заказчику рассылки SMS-рассылку в соответствии с требованиями Договора и приложениями к нему, а Заказчик рассылки обязуется оплатить оказанные услуги SMS-рассылки в соответствии с Соглашением.

Согласно п. 2.2. Соглашения фактом оказания SMS-рассылки является поступление SMS-сообщений Заказчика рассылки на SMS-центр Оператора.

П. 2.3 Соглашения предусмотрено, что Оператор не может гарантировать доставку SMS-сообщений до пользователя по технологическим особенностям.

В соответствии с п. 3.3.3. Соглашения Заказчик рассылки до начала оказания своей услуги обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями SMS-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах Заказчика рассылки.

В соответствии с п. 3.3.5. Соглашения услуги Заказчика рассылки не должны противоречить требованиям законодательства РФ.

В соответствии с п. 3.3.15. Соглашения Заказчик рассылки обязуется не предоставлять доступ к ресурсам SMS-центра и/или другому оборудованию Оператора третьим лицам и не использовать SMS-оборудование в целях, не соответствующих предмету Соглашения.

В соответствии с п. 3.3.16. Соглашения Заказчик рассылки обязуется до начала оказания своих услуг обеспечить наличие согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»), при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством РФ.

Таким образом, ООО «СМС-центр» является рекламораспространителем и обязано до начала оказания своей услуги получить от пользователей предварительное согласие на получение SMS -сообщений путем регистрации в информационных системах Заказчика рассылки.

Из письменных пояснений ООО «СМС-центр» следует, что Общество не определяет ни содержание сообщений, ни круг лиц-получателей сообщений, ни место и время распространения сообщений, не доводит сообщение до потребителей информации, не преследует цель привлечения внимания к объекту рекламирования. Общество предоставляет технический канал для передачи сообщения от Заказчика рассылки только к Оператору связи. У ООО «СМС-центр» отсутствует техническая возможность передачи сообщения напрямую потребителю информации (абоненту). Набор текста сообщения и ввод телефонного номера абонента осуществляется Заказчиком рассылки.

Комиссия указанный довод ООО «СМС-центр» не принимает во внимание в силу имеющейся у Общества обязанности получения от пользователей предварительного согласия как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении договора № МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017 г. обязательствах перед оператором связи ПАО «МТС».

Также Общество сообщает, что СМС-сообщение на номер <...> с буквенных номеров «VM Hyundai» было отправлено ООО «ТМС-Контент» через клиентский доступ, предоставленный в рамках договора оказания услуг № 433925 от 11.03.2016 г. (далее – договор), заключенный между Заказчиком ООО «ТМС-Контент» и Исполнителем ООО «СМС-центр».

В п. 2.1. договора указано, что в рамках договора Исполнитель предоставляет Заказчику услуги доступа к сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки

сообщений из личного кабинета, а также для интеграции сервисов Заказчика для отправки и приема сообщений через API (далее по тексту договора «Услуги») в соответствии с правилами предоставления услуг (приложение 1 к договору), действующими тарифами Исполнителя, согласованными сторонами (приложение 2 к договору) и на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 95480 от 26.01.2012 г.

П. 2.2. договора предусмотрено, что при пользовании услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров абонентов (адресов электронной почты) для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора.

Согласно п. 3.2.1. договора Заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении договора в отношении использования услуг.

В соответствии с п. 3.2.5. договора Заказчик обязан не использовать подключение к сервису SMSC.RU: для рассылки СПАМА; для передачи сообщений, которые не соответствуют требованиям законодательства РФ о рекламе.

Согласно п. 3.3.1. договора Исполнитель вправе блокировать личный кабинет Заказчика при рассылке последним сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5 договора.

В соответствии с п. 6. договора предусмотрена ответственность сторон:

6.1. Стороны несут ответственность в соответствии с договором и действующим законодательством Российской Федерации.

6.5. Ответственность за содержание сообщений и присваиваемое имя отправителя несет заказчик. В рамках договора Исполнитель обеспечивает доступ к сервису SMSC.RU для отправки сообщений в их неизменном содержании и объеме, в связи с этим ответственность за включение в сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика.

6.6. Заказчик гарантирует Исполнителю наличие согласий абонентов и адресатов, полученных в порядке ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» и ст. 44.1 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи». В случае предъявления претензий, связанных с отправкой сообщений Заказчиком через сервис SMSC.RU, органами ФАС и другими контролирующими организациями, в том числе предъявленных в связи с отсутствием согласия абонента на получение сообщений, Заказчик признается непосредственно распространителем сообщений и самостоятельно несет ответственность в соответствии с законодательством РФ.

Таким образом, ООО «ТМС-Контент» является рекламораспространителем и гарантирует ООО «СМС-центр» наличие согласий абонентов и адресатов, полученных в порядке ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» и ст. 44.1 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи».

Из письменных пояснений ООО «ТМС-Контент», представленных Управлению ООО «СМС-центр», следует, что отправка данного SMS-сообщения от имени VM Hyundai была осуществлена ООО «ВМ Тюмень» (адрес места нахождения: 625022, г. Тюмень, ул. Алебашевская, д. 11, ИНН 7203331794, ОГРН 1157232004181). Предоставление ООО «ТМС-Контент» телематических услуг по доставке SMS-сообщений ООО «ВМ Тюмень» осуществляется на основании публичной оферты, опубликованной на web-сервере: www.sms4b.ru.

В Тюменское УФАС России ООО «ВМ Тюмень» представлен договор предоставления услуг от 07.11.2016 г., (далее – договор), заключенный между Заказчиком ООО «ВМ Тюмень» и Исполнителем ООО «ТМС-Контент».

В п. 2.1. договора указано, что по договору Исполнитель оказывает, а Заказчик принимает и оплачивает телематические услуги по доставке абонентам SMS-сообщений Заказчика через телекоммуникационные сети с использованием технической базы Исполнителя в порядке и на условиях, предусмотренных договором, дополнительными соглашениями и приложениями к нему (далее - услуги).

В соответствии п. 3.3. договора Заказчик обязан:

3.3.2. получать от абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика, письменное согласие таких SMS-сообщений;

3.3.3. не использовать подключение к технической базе для отправки СПАМа.

Согласно п. 5.1. договора за невыполнение или ненадлежащее выполнение своих обязательств по договору стороны несут ответственность в соответствии с действующим законодательством и договором.

Согласно п. 5.2. договора Заказчик гарантирует, что содержание SMS-сообщений соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе нормам закона о рекламе, действующего на территории Российской Федерации.

Следовательно, ООО «ВМ Тюмень» является рекламодателем и обязано получать от абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией письменное согласие на получение таких SMS-сообщений.

Таким образом, распространение указанного sms-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ряда хозяйствующих субъектов на основании заключенных гражданско-правовых договоров.

Из анализа структуры обязательственных отношений между ПАО «МТС» и рекламодателями: ООО «СМС-центр», ООО «ТМС-Контент», ООО «ВМ Тюмень» прослеживаются взаимосвязанные действия и непосредственное участие каждого из них в распространении SMS-сообщения, содержащего рекламу.

Учитывая, что в материалы дела не представлено письменное согласие абонента на получение SMS-сообщений рекламного характера, в действиях ООО «СМС-центр», ООО «ТМС-Контент», ООО «ВМ Тюмень» имеются признаки нарушения части

1 статьи 18 Закона о рекламе.

Определением от 13.05.2019 г. № 072/05/18-17/2019 привлечены к участию в деле, в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе ООО «ТМС-Контент» (адрес места нахождения: 127434, г. Москва, Дмитровское шоссе, д. 9Б, этаж 3, ком. 25, ИНН 7707605540, ОГРН 1067758373484) и ООО «ВМ Тюмень» (адрес места нахождения: 625022, г. Тюмень, ул. Алебашевская, д. 11, ИНН 7203331794, ОГРН 1157232004181).

Рассмотрев материалы дела № 072/05/18-17/2019, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно п.п. 1,2,3,4 статьи 3 Федерального закона №38-ФЗ от 13.03.2006 г. «О рекламе» (далее – Закон 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; объект рекламирования - 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту <...> 11.03.2019 в 18:02 от абонента VM_Hyundai через SMS-центр: +79184330011, следующего содержания: «Новый Hyundai Solaris с выгодой до 184000 р. Только до 31 марта! Восток Моторс, ул. Алебашевская, 11. т. +7(3452)521-700», является рекламой, где объектом рекламирования выступали компания «Восток Моторс» и автомобиль «Hyundai Solaris», на привлечение внимания к которым и направлено sms-сообщение.

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.

ООО «ВМ Тюмень» в материалы дела представлены аудиозаписи телефонных звонков, в которых абонент с номером телефона <...> интересовался вопросами: где собирается Хёндай Крета и ценой автомобиля базовой комплектации. На данные вопросы менеджер компании Восток Моторс предоставил абоненту ответ.

Согласие абонента на исходящий телефонный звонок от специалиста Восток Моторс не является согласием абонента на получение смс-рассылки рекламного характера.

Поскольку иных доказательств получения предварительного согласия <...> на распространение sms-сообщений рекламного характера не представлено, следовательно, в действиях ООО «СМС-центр», ООО «ТМС-Контент», ООО «ВМ Тюмень» имеются нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно материалам дела ООО «СМС-центр», ООО «ТМС-Контент», ООО «ВМ Тюмень» является рекламодателем вышеуказанной рекламы.

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Закон о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно пункту 16 статьи 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно пункту 32 статьи 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Закона о Связи.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 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 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 данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Таким образом, ООО «СМС-центр», ООО «ТМС-Контент», ООО «ВМ Тюмень» обязаны иметь соответствующее согласие абонента как в силу закона (части 1 статьи 18 Закона о рекламе, части 1 статьи 44.1 Закона о Связи), так и в силу заключенных Договоров.

Анализ условий указанных выше договоров позволяет заключить, что все действия сторон соглашений были направлены на рассылку SMS-сообщений. При этом все участники указанных отношений были осведомлены относительно целей использования их услуг, в том числе – о возможности распространения рекламы. Указание в каждом последующем договоре на обязанность заказчика получить согласие абонента на получении sms-сообщений не освобождает исполнителя от совершения аналогичных действий.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи sms-сообщений конечному потребителю. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях делает распространение указанного сообщения невозможным.

Учитывая, что у ООО «СМС-центр», ООО «ТМС-Контент», ООО «ВМ Тюмень» отсутствует предварительное согласие абонента <...> на получение sms-рассылки, в том числе и рекламного характера, следовательно, Обществами нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая, что в материалах дела отсутствуют доказательства того, что на абонентский номер <...> продолжают поступать sms-сообщения рекламного характера от абонента VM_Hyundai через SMS-центр: +79184330011, Комиссия считает выдачу предписания нецелесообразной.

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 рекламу, содержащуюся в SMS-сообщении, поступившем на абонентский номер <...> следующего содержания: «Новый Hyundai Solaris с выгодой до 184000 р. Только до 31 марта! Восток Моторс, ул. Алебашевская, 11. т. +7(3452)521-700», дата и время: 11.03.2019 в 18:02 от абонента VM_Hyundai через SMS-центр: +79184330011, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе не выдавать в связи с отсутствием оснований для его выдачи.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме _____ года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии <...>

<...>

Члены комиссии

<...>