

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ №62/18

«18» марта 2019 г.

г. Новосибирск

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

председатель Комиссии: И.В. Волохина - заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы;

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

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

рассмотрев дело № 62/18, возбужденное по факту распространения на номер заявителя «...» sms-сообщения, с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закона «О рекламе»),

в отсутствии заявителя: физическое лицо – уведомлено надлежащим образом;

в отсутствии представителей: ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-центр», ООО «РЭД ХОТ ПИЦЦА» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление физического лица (вх. № 4375э от 13.08.2018г.) о нарушении законодательства РФ о рекламе, согласно которому на номер заявителя «...» пришло sms-сообщение следующего содержания: «REDHOTPIZZA.RU Вторая пицца за 100 руб. Теперь и на Левом! «...»», от отправителя: REDHOTPIZZA, 19.06.2018г. в 10:58, без получения предварительного согласия абонента.

Указанная информация является рекламой в силу п.1 ст.3 Федерального закона «О рекламе» (далее - Закона «О рекламе»). Согласно данной норме 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 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Как сообщается заявителем, им такого согласия какому-либо лицу не давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение требований ч. 1 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламодатель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).

Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламодатель - 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: «...» является ООО «Т2Мобайл».

В материалах дела имеется Договор об оказании услуг связи «Теле2», заключенный с абонентом номера: «...», представленный заявителем, а также детализация, подтверждающая доставку рассматриваемого смс-сообщения на абонентский номер заявителя.

ООО «Т2Мобайл» сообщило (вх.№7916 от 19.09.18г.), что согласно технической детализации номера телефона: «...», в указанную дату и момент времени, абонентом было получено SMS- сообщение через сеть связи ООО «Т2 Мобайл», путем использования публичных Internet-сервисов по отправке SMS-сообщений. Однако, идентифицировать отправителя не представляется возможным. Буквенный идентификатор SMS-сообщения «REDHOTPIZZA» не принадлежит номерной емкости ООО «Т2 Мобайл».

В силу разъяснений ФАС России от 05.12.2014 N АК/49919/14 "О применении новых положений Закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок", при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона "О связи".

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 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 Федерального 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.

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, в случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с "коротких" и "буквенных" номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламодателем.

Соответственно, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может быть привлечен к ответственности в качестве рекламодателя за нарушение части 1 ст. 18 Федерального закона "О рекламе".

17.12.18г. на рассмотрение дела Комиссией, представителями ООО «Т2 Мобайл» была поддержана позиция, изложенная в Отзыве. Кроме того, Общество сообщило, что абонент «...», при заключении Договора об оказании услуг связи с ООО «Т2 Мобайл», оставил свое согласие на получение смс-сообщений рекламного характера. В связи с чем, по мнению ООО «Т2 Мобайл», направление смс-сообщения на абонентский номер заявителя «...» следующего содержания: «REDHOTPIZZA.RU Вторая пицца за 100 руб. Теперь и на Левом! «...»», от отправителя: REDHOTPIZZA, 19.06.2018г. в 10:58 осуществлено правомерно.

Вместе с тем, в адрес Новосибирского УФАС России поступили сведения от ООО «Т2 Мобайл» (вх.№ 10213 от 11.12.2018г.) согласно которым, 19.06.2018г. в 10:58 на абонентский номер «...» поступило входящее смс-сообщение от отправителя «REDHOTPIZZA».

Как было установлено ООО «Т2 Мобайл», направление указанного смс-сообщения абоненту «...» от отправителя «REDHOTPIZZA» осуществляло ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (ОГРН 1144345040883, ИНН 4345404971), с которой заключен Договор № 389/SMS-BULK от 01.08.2016 г. (Приложение №1, далее- «Договор»).

ООО «Т2 Мобайл» предоставляет ООО «ДЭНИ КОЛЛ» техническое обеспечение. ООО «Т2 Мобайл» не занимается ни рассылкой, ни производством и не является заказчиком (инициатором) направления смс-сообщения.

В соответствии с пунктом 3.2.8 Договора и Дополнительного соглашения №3 от 01.03.2018 к Договору, ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязуется инициировать смс-рассылки с соответствующим сервисом только в отношении тех абонентов Исполнителей, которые выразили ООО «ДЭНИ КОЛЛ» или его клиентам свое согласие на получение такого сервиса, путем совершения действий, однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление.

Согласно пунктам 6.1, 6.2, 6.4 указанного Договора всю ответственность за содержание, достоверность и происхождение сервисов (информации) в SMS-MT-сообщениях, включая установление лица, в интересах которого осуществляется смс-рассылка, несет ООО «ДЭНИ КОЛЛ». ООО «ДЭНИ КОЛЛ» несет ответственность за несоответствие содержания сервисов требованиям законодательства Российской Федерации.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» представило в адрес антимонопольного органа информация (вх№ 486э о 15.01.19г.) согласно которой ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не является заказчиком и рекламодателем рассылки данного сообщения.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки смс-сообщений, в соответствии с Партнерским договором №ДП/8М8- 4/01122017 от 01.12.2017 г., заключенным между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр».

В силу п.4.5 Договора, ООО «СМС-центр» самостоятельно формирует смс-сообщения, иницирует отправку смс-сообщений и HLR-запросов, производит выбор конкретных настроек и опций оказания Услуг и совершает другие действия в рамках оказания Исполнителем Услуг по Договору.

Согласно п.6.14 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не несет ответственности за содержание Рекламных сообщений поскольку ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не осуществляет постоянный мониторинг рассылки, размещаемой ООО «СМС-центр» посредством интерфейса. Также ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не несет ответственность за наличие согласия Абонентов на получение рекламы при размещении Рекламных сообщений среди Абонентов из Базы Абонентов ООО «СМС-центр».

Определением об отложении рассмотрения дела от 17.0.19г. ООО «СМС-центр» привлечено к делу в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

18.02.19г. на рассмотрение Комиссии представитель ООО «СМС-центр» не явился, документы, запрошенные указанным Определением, в адрес антимонопольного органа не представлено.

Новосибирским УФАС России установлено, что владелец абонентского номера, указанного в тексте смс-сообщения - ООО «РЭД ХОТ ПИЦЦА».

Согласно материалам дела, между ООО «Рэд Хот Пицца» и (ИНН 5405992779, ОГРН 1175476001337) и ООО «СМС-центр» (ОГРН 1155476129412, ИНН 5406596785) заключен Договор оказания услуг №505101 от «14» марта 2018 года (далее по тексту - Договор оказания услуг).

В рамках Договора оказания услуг ООО «СМС-центр» (далее по тексту -

Исполнитель) предоставляет ООО «Рэд Хот пицца» (далее по тексту - Заказчик) 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).

В соответствии с п. 2.2 Договора оказания услуг, 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.

Во исполнение норм Закона «О рекламе», п. 2.2. Договора, «14» марта 2018 года, исполнительный орган ООО «Рэд Хот Пицца» назначило лицо, ответственное за рассылку sms-сообщений, проверку наличия согласий абонементов/адресатов на получение рекламы посредством sms-сообщений в рамках оказания услуг по Договору оказания услуг.

Таким образом, рекламораспространителем рассматриваемого смс-сообщения является ООО «РЭД ХОТ ПИЦЦА».

Согласно приказу №2 от «14» марта 2018 года, физическое лицо является лицом, ответственным за рассылку sms-сообщений, проверку наличия согласий абонементов/адресатов на получение рекламы посредством sms-сообщений в рамках оказания услуг по Договору оказания услуг. 19 июня 2018 г. ООО «Рэд Хот Пицца» на номер «...» было направлено sms-сообщение следующего содержания: «REDHOTPIZZA.RU Вторая пицца за 100 руб. Теперь и на Левом! «...»», без получения согласия абонента номера: «...».

Комиссия, 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,

РЕШИЛА:

1. Признать информацию, направленную на номер заявителя «...» следующего содержания: «REDHOTPIZZA.RU Вторая пицца за 100 руб. Теперь и на Левом! «...»», от отправителя: REDHOTPIZZA, 19.06.2018г. в 10:58, ненадлежащей рекламой,

а ООО «РЭД ХОТ ПИЦЦА» (ИНН 5405992779, ОГРН 1175476001337) нарушившим требования ч. 1 ст. 18 Федерального 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 ООО «РЭД ХОТ ПИЦЦА» предписание о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Новосибирского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст.14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.