

ул. Семьи Шамшиных, д. 64,

г. Новосибирск, 630005

ООО «СМС-центр»

2-й Рощинский проезд, 8,

г. Москва, 115419

ИП <...>

<...>

РЕШЕНИЕ по делу № 04-01/134-14

«27» апреля 2016 года г. Ярославль

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

председатель Комиссии – заместитель руководителя управления Завьялов М. Ф.,

члены Комиссии – ведущий специалист-эксперт отдела естественных монополий и рекламы Солодяшкин С.Д., ведущий специалист-эксперт Ивнева М. Б.,

рассмотрев дело № 04-01/134-14 по признакам нарушения законодательства о рекламе по факту рассылки смс-сообщения рекламного характера без согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

ООО «ДЕКСОФТ», ООО «СМС-центр», ИП <...>, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, на заседание Комиссии не явились, должным образом извещены о дате, времени и месте рассмотрения дела.

В соответствии с пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел,

возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие указанных лиц.

Ярославским УФАС России в ходе проведения проверки в связи с поступившим 25.09.2014 г. от физического лица обращением установлен факт получения данным лицом смс-сообщения рекламного характера: «KIA с выгодой до 120 000 р. Успей купить. 84995530025» 24.09.2014 г. в 13.27 от отправителя «+7-923-967-04-99» через смс-центр +7-902-478-00-01 на номер <...> без согласия абонента на его получение.

Дело возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), поскольку указанное смс-сообщение получено абонентом без его согласия на получение.

Рассмотрев материалы дела, ранее представленные документы и пояснения ООО «ДЕКСОФТ», ООО «СМС-центр», Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

Исходя из содержания рассматриваемой информации, она адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к автомобилям KIA, формирование и поддержание интереса к данным товарам и продвижения их на рынке, и, следовательно, эта информация является рекламной.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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.

Указанное сообщение получено абонентом без его согласия на получение данной информации, что не соответствует требованиям, установленным в части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 данного закона несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Получение указанного смс-сообщения 24.09.2014 г. в 13.27 от отправителя «+7-923-967-04-99» через смс-центр +7-902-478-00-01 на номер <...> подтверждается в информации, предоставленной оператором заявителя ОАО «МТС» (вх. № 12757 от 23.10.2014 г.) и соответствующим скриншотом, предоставленным заявителем.

Также в представленной ОАО «МТС» информации указано, что по данным биллинговой системы ОАО «МТС» 24.09.2014 г. в 13.27 зафиксировано поступление на номер заявителя sms-сообщения из sms-центра +7-902-478-00-01 оператора «РТ-Мобайл» Пермского края.

Пермский филиал ЗАО «РТ-Мобайл» в ответе на запрос Ярославского УФАС России (вх. № 13500 от 12.11.2014) указало, что телефонный номер <...> -902-478-00-01 является номером центра коротких сообщений, номер закреплен за sms-центром в качестве так называемого «Глобального Заголовка» в соответствии с техническим паспортом сети. При этом сам sms-центр не является генератором (отправителем) каких-либо sms-сообщений. Отправителем sms-сообщения рекламного характера, поступившего 24.09.2014 г. в 13.27 на абонентский номер <...>, является ООО «ДЕКСОФТ». Лицом, имеющим возможность формировать содержание рекламного сообщения, определять его адресатов, а также принимать меры, направленные на соблюдение законодательства о рекламе, в том числе наличие согласия абонента на получение рекламы, является его отправитель ООО «ДЕКСОФТ».

ООО «ДЕКСОФТ» представлены документы и пояснения (вх. 17586 от 25.12.2014), согласно которым между ООО «ДЕКСОФТ» и ООО «СМС-центр» заключен договор оказанию услуг № 213784 от 01.03.2012 г. По данному договору ООО «СМС-центр» именуется Исполнителем, а ООО «ДЕКСОФТ» Заказчиком. В соответствии с пунктом 2.1 договора Исполнитель оказывает Заказчику следующие услуги: отправку и доставку sms-сообщений с мобильных терминалов абонентов через сервис smsc.ru в соответствии с правилами предоставления услуг, действующими тарифами Исполнителя, согласованными сторонами и на основании лицензии на право оказания услуг связи № 95480 от 26.01.2012 г., выданной Исполнителю Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций. Копия указанного договора представлена в материалы дела.

Также, согласно пояснений ООО «ДЕКСОФТ», рассылка рассматриваемого sms-сообщения осуществлялась через клиентский доступ, предоставленный индивидуальному предпринимателю <...>, по договору № 339301 от 13.12.2013 г., заключенному ИП <...> с компанией ООО «СМС-центр». Копия данного договора представлена в материалы дела.

ООО «ДЕКСОФТ» дополнительно предоставило пояснения (вх. 3664 от 18.04.2016), согласно которых договор на оказание услуг № 213784 от 01.03.2012 г., согласно которого ООО «ДЕКСОФТ» является заказчиком, а ООО «СМС-центр» исполнителем, был отправлен ошибочно. Вместо данного договора ООО «ДЕКСОФТ» представлен договор № 213784-1 от 01.03.2012 г., согласно которого ООО «ДЕКСОФТ» является исполнителем, а ООО «СМС-центр» является заказчиком.

В соответствии с пунктом 2.1 договора № 213784-1 от 01.03.2012 г., заключенного между ООО «ДЕКСОФТ» и ООО «СМС-центр», в рамках договора исполнитель (ООО «ДЕКСОФТ») оказывает заказчику (ООО «СМС-центр») следующие услуги: отправку sms-сообщений до sms-центров операторов связи, прием sms-сообщений с sms-центров операторов связи через сервис SMSC.RU в соответствии с правилами предоставления услуг, действующими тарифами исполнителя (ООО «ДЕКСОФТ»), согласованными сторонами.

Согласно пункту 3.2.1 указанного договора заказчик (ООО «СМС-центр») обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении договора в отношении использования услуг, в том числе, Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ РФ.

В пункте 3.2.3 данного договора указано, что заказчик (ООО «СМС-центр») обязан в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщений, согласие на получение таких смс-сообщений в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве безоговорочного доказательства наличия согласия на получение смс-сообщений абонентом.

Кроме того, в пункте 3.2.5 договора также указано, что заказчик (ООО «СМС-центр») обязан не использовать подключение к сервису SMSC.RU для организации спама.

ООО «СМС-центр» предоставлены пояснения (вх. № 1606 от 16.02.2015), согласно которых отправка рассматриваемого смс-сообщения осуществлялась через клиентский доступ, предоставленный индивидуальному предпринимателю<...>, по договору № 339301 от 13.12.2013 г., заключенному ИП <...> с компанией ООО «СМС-центр». Копия данного договора представлена в материалы дела. Также ООО «СМС-центр» представлена копия выписки из Системы статистического учета приема-передачи сообщений, согласно которой рассматриваемое смс-сообщение было доставлено абоненту.

В соответствии с пунктом 2.1 договора № 339301 от 13.12.2013 г. исполнитель (ООО «СМС-центр») оказывает заказчику (<...>) следующие услуги: рассылку смс-сообщений на мобильные терминалы абонентов, прием смс-сообщений с мобильных терминалов абонентов через сервис SMSC.RU в соответствии с правилами предоставления услуг, действующими тарифами исполнителя (ООО «СМС-центр»), согласованными сторонами.

В пункте 3.2.1 данного договора указано, что заказчик (<...>) обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении договора в отношении использования услуг, в том числе Федеральный закон «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ РФ.

Согласно пункту 3.2.4 указанного договора заказчик (<...>) обязан не использовать подключение к сервису SMSC.RU для организации спама.

ООО «СМС-центр» к указанным пояснениям (вх. № 1606 от 16.02.2015) представлены также пояснения ИП <...>, в которых указано, что абонент<...>, на номер которого было отправлено смс-сообщение, является подписчиком клиента компании ИП <...>, давшим согласие на получение информационных смс-рассылок от данного клиента компании ИП <...> и его партнеров. Для исключения направления абоненту <...> смс-рассылки в будущем, указанный мобильный номер добавлен в стоп-лист. В подтверждение данных пояснений представлена копия регистрационной анкеты абонента <...> на сайте AutoLead.ru.

Данные доводы ООО «СМС-центр», ИП <...> о наличии согласия абонента на получение рассматриваемой рекламы Комиссией не принимаются в связи с тем, что, исходя из предоставленных в материалы дела документов, установить лицо, заполнившее указанную анкету в электронной форме на сайте AutoLead.ru не

представляется возможным, отсутствует подпись заявителя, подтверждающая его согласие на подобную рассылку. Кроме того, в рассматриваемом в рамках данного дела заявлении сообщается, что согласия на смс-рассылку рекламного характера заявитель не давал.

[Законом](#) Российской Федерации от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей" (далее – ФЗ «О защите прав потребителей») установлена презумпция отсутствия у потребителя специальных познаний о свойствах и характеристиках услуги. Поэтому, осуществляя деятельность по распространению рекламы, лицо, осуществляющее такую деятельность, обязано знать и выполнять требования ФЗ «О рекламе», в соответствии с которым установлено требование получения предварительного согласия абонента, при этом именно рекламораспространитель обязан доказать, что согласие абонента было получено ([Статья 18](#) ФЗ «О рекламе»).

На основании [пункта 5 статьи 4](#) ФЗ «О защите прав потребителей» если законами предусмотрены обязательные требования к услуге, исполнитель обязан оказать услугу, соответствующую этим требованиям. ФЗ «О рекламе» установлены обязательные требования к условиям по распространению рекламы, а именно получение предварительного согласия абонента.

Аналогичная позиция изложена в Постановлении Шестого арбитражного апелляционного суда от 11.10.2012 г. № 06АП-4344/2012.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ "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.

Таким образом, выражение согласия на получения смс-сообщений с рекламой, посредством заполнения анкеты в электронной форме, в данном случае на сайте AutoLead.ru, не является надлежащим, поскольку не позволяет однозначно идентифицировать абонента и не позволяет достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

Следовательно, рассматриваемое смс-сообщение с рекламой получено абонентом на номер телефона <...> без его согласия на получение данного сообщения.

На основании изложенного, а также в соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламораспространителями рассматриваемой рекламы являются ООО «ДЕКСОФТ», ООО «СМС-центр», ИП <...>, поскольку из представленных ООО «ДЕКСОФТ», ООО «СМС-центр», документов и пояснений следует, что именно ООО «ДЕКСОФТ», ООО «СМС-центр» и ИП <...> осуществляли отправку рассматриваемого смс-сообщения по сетям электросвязи.

Следовательно, ООО «ДЕКСОФТ», ООО «СМС-центр», ИП <...> как рекламодателем рассматриваемой рекламы нарушили требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Таким образом, ООО «ДЕКСОФТ», ООО «СМС-центр», ИП <...> как рекламодателем рассматриваемой рекламы несут ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», предусмотренную частью 1 статьи 14. 3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В пояснениях ООО «СМС-центр» (вх. № 1606 от 16.02.2015), в частности, указано, что номер абонента <...> заблокирован для массовых рассылок.

В пояснениях ООО «ДЕКСОФТ» (вх. № 17586 от 25.12.2014), в частности, также указано, что номер абонента <...> внесен данной организацией в стоп-лист.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; является ненадлежащей.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 4, 37-43, 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «KIA с выгодой до 120 000 р. Успей купить. 84995530025», поступившую 24.09.2014 г. в 13.27 от отправителя «+7-923-967-04-99» через смс-центр +7-902-478-00-01 на номер <...> без согласия абонента на ее получение, поскольку в данном случае нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание ООО «ДЕКСОФТ», ООО «СМС-центр», ИП <...> не выдавать в связи с добровольным устранением нарушений.

Решение изготовлено в полном объеме «06» мая 2016 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии М. Ф. Завьялов

Члены Комиссии: С.Д. Солодяшкина

М. Б. Ивнева