

ОПРЕДЕЛЕНИЕ № 49

о возбуждении дела № 02-38/6р-2019 по признакам нарушения
законодательства Российской Федерации о рекламе

«14» марта 2019г.

г. Магадан

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе – врио руководителя управления, рассмотрев заявление гражданина К. А. А. (вх. 01/95 от 15.01.2018) и материалы о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе при рассылке СМС-сообщения без предварительного письменного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

Магаданским УФАС России рассмотрено заявление гражданина К. А. А. (вх. 01/95 от 15.01.2019) по факту наличия признаков нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в связи с рассылкой нежелательной рекламы на мобильный телефон заявителя – абонента в сети оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации».

По результатам рассмотрения указанного заявления установлено следующее.

05.01.2019 в 14:56 с именного номера **2-berega** на номер абонента - заявителя (+7 905 *) поступило сообщение с текстом: *«Подарок! СЕГОДНЯ! Пицца Чемпионская+пепси 1л к онлайн заказу! 2b.ru/z6(».*

В качестве подтверждения получения указанной рекламы к заявлению приложен скриншот с мобильного телефона заявителя, а также письменное согласие К. А.А. на получение Федеральной антимонопольной службой России, а также ее территориальными органами информации о детализации счета, телефонных соединениях, СМС-сообщениях, иных переданных данных на абонентский номер <...> 905 *) в сети оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации», необходимых для рассмотрения его обращений.

Владелец сервисного центра отправителя СМС-сообщения **+7 903 701-11-11**, согласно информации, размещенной на сайте Федерального агентства связи (<https://www.rossvyaz.ru/docs/articles/DEF-9x.html>) , ПАО «Вымпел-Коммуникации» (г. Москва и Московская область).

Приложенными документами подтверждается, что на номер мобильного телефона К. А.А. поступило короткое текстовое сообщение «Подарок! СЕГОДНЯ! Пицца Чемпионская+пепси 1л к онлайн заказу! 2b.ru/z6!». При этом содержащаяся в данном сообщении информация обезличена (один и тот же текст предназначается для направления неопределенному кругу лиц), привлекает внимание к объекту рекламирования, следовательно, в соответствии с положениями Закона о рекламе, такая информация является рекламой.

Антимонопольным органом был направлен запрос о предоставлении информации в адрес ПАО «Вымпел-Коммуникации» (исх. от 16.01.2019 №01-10/106).

Согласно информации, представленной ПАО «Вымпел-Коммуникации» (вх. 01/279 от 28.01.2019), отправителем указанного СМС-сообщения является ООО «ОСК» на основании Договора об оказании услуг «Билайн» №557897899 от 01.05.2015, а также Дополнительного соглашения №4 на оказание услуги.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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.

При этом согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение ст. 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

В соответствии с п. 7 ст. 3 Закона о рекламе лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, является рекламодателем.

Согласно письму ФАС России № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, и рекламодателем не является.

Согласно представленным пояснениям ПАО «Вымпел-Ком» (вх. №01/279 от 28.01.2019), общество обеспечивает возможность приема, передачи, хранения, доставки информации по сетям электросвязи в соответствии с выданной ему лицензией. При этом прием, обработка, передача и доставка сообщений – это технические действия сертифицированного оборудования оператора связи по преобразованию текста, состоящего из алфавитно-цифровых символов в сигнал (в определенной кодировке), передачу по сети электросвязи и обратного сигнала электросвязи в исходный текст.

Оператор связи не является распространителем информации или сведений, содержащихся в сообщении, поскольку выполняет техническую функцию передачи сообщений (закрытого пакета информации), а не информации определенного содержания.

Таким образом, ПАО «Вымпел-Ком» не является рекламораспространителем, рекламопроизводителем или рекламодателем при направлении указанного рекламного сообщения. Общество осуществляет только передачу информации, сформированной отправителем, при этом целью является оказание услуг, а не распространение рекламы.

Согласно п. 1 ст. 63 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), п. 4 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 №1342, Общество обязано обеспечить соблюдение тайны телефонных переговоров, передаваемых по сетям связи.

В силу чч. 1 и 2 ст. 44.1 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 силу чч. 1 и 2 ст. 44.1 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. Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки (что имело место в рассматриваемом случае) осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Таким образом, положения ст. 44.1 Закона о связи возлагают обязанность получения предварительного согласия от абонента на получение коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи, а также ответственность за рассылку коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента – на заказчика рассылки.

В соответствии с п. 1 ст. 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

Магаданским УФАС России в адрес отправителя рекламного сообщения ООО «ОСК» направлен запрос от 01.02.2019 №01-10/276 о предоставлении информации в срок до 15.02.2019.

К установленному сроку запрашиваемая информация не поступила.

Согласно отчету об отслеживании почтовых отправлений с почтовым идентификатором 80083632553409, запрос от 01.02.2019 поступил адресату в почтовое отделение по месту регистрации 22.02.2019, но не был вручен адресату (в разделе «Статус» указано: ожидает адресата в месте вручения).

Антимонопольным органом направлен повторный запрос в адрес ООО «ОСК» от 25.02.2019 №01-10/497. Срок предоставления информации до 05.03.2019.

Согласно представленным ООО «ОСК» сведениям (вх. №01/809 от 29.02.2019) Обществом проведена проверка и установлено, что отправителем указанного сообщения является ООО «Мобилипэй» на основании Договора №sms39/08-17 от 16.08.2017.

В силу представленной копии договора и приложению №2 к договору ООО «ОСК» оказывает Заказчику (ООО «Мобилипэй») техническую услугу предоставления доступа к программному обеспечению, позволяющему производить доставку СМС-сообщений Заказчика через СМС-сервер оператора связи.

Согласно ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата,

если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

На основании вышеизложенного, ответственность за рассылку СМС – сообщения на номер заявителя (+7 905 *) возлагается на ООО «Мобилипэй».

Распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц к деятельности по торговле пищевыми продуктами. Необходимую информацию можно узнать по указанной ссылке, что формирует и поддерживает интерес к деятельности продавца, тем самым способствуя продвижению такой деятельности на рынке, что по всем признакам соответствует понятию рекламы.

Согласно п. 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, смс-реклама, доставленная 05.01.2019 в 14:56 по сети подвижной радиотелефонной связи на телефонный номер гражданина К. А.А. без его предварительного согласия, содержит признаки нарушения требования **ч. 1 ст. 18** Закона «О рекламе».

В соответствии с п. 7 ст. 3 Закона о рекламе лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, является рекламодателем.

Собранными материалами подтверждается, что ООО «Мобилипэй» является **рекламодателем.**

Ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе определено, что рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных ст. 18 Закона о рекламе.

На основании п. 2 ч. 1 ст. 33, чч. 1, 2 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с пп. 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением РФ от 17.08.2018 №508

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № 02-38/6р-2019 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе в отношении ООО «Мобилипэй» .
2. Признать лицами, участвующими в деле:

- заявитель: К. А. А.;

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: ООО «Мобилипэй» .

3. Назначить дело № 02-38/6р-2019 к рассмотрению **на 15 апреля 2019г. в 14 часов 30 минут** по адресу: г. Магадан, ул. Пролетарская, д. 17, каб. 306.

4. ООО «Мобилипэй» представить в адрес Магаданского УФАС России **в срок до 25 марта 2019 г.** следующие документы и информацию:

- документы, подтверждающие факт направления вышеприведенной рекламы на номер заявителя;

- копии договоров (соглашений), заключенных ООО «Мобилипэй» с заказчиками в виде подключения их к технической базе – аппаратно-программному комплексу, используемому для технического обеспечения предоставления контент услуг абонентам в реальном масштабе времени, посредством сети оператора сотовой связи с использованием абонентских терминалов (при наличии);

- любые иные сведения о лицах, распространявших рекламу на номер <...> 905 *;

- письменные пояснения по факту нежелательной рекламы, поступившей на мобильный телефон К. А.А. без его согласия.

В случае если принимались меры по прекращению распространения указанной СМС-рекламы на номер заявителя К. А.А. представить документальное подтверждение.

Запрашиваемые документы и информацию необходимо представить в адрес Магаданского УФАС России на электронный адрес **to49@fas.gov.ru** или на **факс 8 (4132) 62-77-74**, с последующей досылкой почтой. Все документы, представляемые в Магаданское УФАС России должны быть заверены в утвержденном порядке.

Явка лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, - ООО «Мобилипэй» , либо его представителя с надлежащим образом оформленной доверенностью для участия в рассмотрении дела № 02-38/6р-2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, обязательна.

Для сведения сообщаем, что представление информации по запросу антимонопольного органа является обязательным. Непредставление сведений влечет привлечение к административной ответственности в соответствии со ст. 19.8 КоАП РФ.