

Управление Федеральной антимонопольной службы
по Республике Коми

РЕШЕНИЕ

16 мая 2019 года

(изготовление решения в полном объеме)

06 мая 2019 года

(оглашение резолютивной части)

№ 03-05/3591

г. Сыктывкар

ООО «СМС Трафик»

2-й Южнопортовый проезд,

д. 20А, стр. 4, подъезд 1,

2 этаж, п. 2,

г. Москва, 115088

<...>

АО «МегаЛабс»

Оружейный переулок,

д. 41, офис 157, г. Москва,

127006

<...>

ПАО «МегаФон»

Оружейный переулоч,

д. 41, г. Москва, 127006

<...>

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

<...>;

рассмотрев дело № Р 36-12/18, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» (далее – ООО «СМС Трафик») по факту распространения 22.11.2018 в 15 часов 45 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «Сайдинг 125р Grand Line слоновая кость, СКИДКА на доборные элементы – 10%! ВСЕ ДЛЯ КРОВЛИ и ФАСАДА: Западная, 8 тел <...>» (далее - рассматриваемая реклама), с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие:

- заявителя, ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ИП <...>, ПАО «МегаФон», надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило обращение <...> (далее – <...>, заявитель) от 22.11.2018 (вх. 4236-э от 23.11.2018) о распространении 22.11.2018 в 15 часов 45 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «Сайдинг 125р Grand Line слоновая кость, СКИДКА на доборные элементы – 10%! ВСЕ ДЛЯ КРОВЛИ и ФАСАДА: Западная, 8 тел <...>» (далее - рассматриваемая реклама).

По результатам рассмотрения указанного обращения принято решение о возбуждении дела № Р 36-12/18 в отношении ООО «СМС Трафик» по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, о чем вынесено соответствующее определение № 03-05/9092 от 21.12.2018.

Из материалов дела № Р 36-12/18 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

В соответствии с п. 1 ст. 3 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.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством SMS-сообщения;
- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: сайдингу 125р Grand Line слоновая кость, скидке на доборные элементы – 10%, формирование или поддержание интереса к ним, и их продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространенная в сети сотового оператора «Мобильные ТелеСистемы» посредством SMS-сообщения на абонентский номер <...>, является рекламой.

В силу положений, установленных 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.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного

согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В соответствии с Разъяснениями ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Из материалов рекламного дела следует, что абонентский номер <...> зарегистрирован за ООО «Домен».

<...> в лице <...> ООО «Домен» указывает, что согласие на получение рассматриваемой рекламы им не давалось.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет ответственность рекламодатель.

В соответствии с ч. 8 ст. 38 Закона о рекламе, рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в ч.ч. 6, 7 ст. 38 Закона о рекламе, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

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

В соответствии с п. 6 ст. 3 Закона о рекламе рекламопроизводитель – лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

В письме ФАС России № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» разъяснено, что 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. В названном письме также обращено внимание на то, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламодателем не является.

Как следует из письменных пояснений ООО «СМС Трафик», имеющих в материалах рекламного дела, инициатор рассылки рассматриваемого СМС-сообщения является Акционерное общество «МегаЛабс» (далее - АО

«МегаЛабс»). В соответствии с договором № 480/13 от 01.11.2013 (далее - Договор), 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. Характер работы с ним предполагает, что Исполнитель организует доступ к сервису посредством установки программного обеспечения на устройства Заказчика или предоставляет ему доступ через защищенный канал к закрытой части сайта. Комплекс оборудования и программного обеспечения, являющийся ноу-хау Исполнителя и охраняющийся в режиме коммерческой тайны, позволяет Заказчику самостоятельно формировать текст сообщения, следить за доставкой сообщений и работать с базой для отправки. Текст, определяемый Заказчиком, доводится до операторов в автоматическом порядке, без изменений и просмотра со стороны Исполнителя. ООО «СМС Трафик» не может получить согласие самостоятельно или каким-либо образом взаимодействовать с абонентом, не является участником отношений по формированию рекламного сообщения. ООО «СМС Трафик», являясь оператором связи, лишь предоставляет клиенту шлюз для передачи данных, не является распространителем рекламы и не планирует проведение рекламных кампаний.

Определением № 03-05/363 от 21.01.2019 к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено АО «МегаЛабс» (ОГРН 1057747083767, ИНН 7713556058).

Письмом № 6992 от 18.02.2019 (вх. № 602эл от 18.02.2019, вх. № 886 от 25.02.2019) АО «МегаЛабс» сообщило, что рассылка рассматриваемого сообщения осуществлялась по заказу ПАО «МегаФон» в рамках дополнительного соглашения № 2 от 09.01.2017 к Генеральному соглашению № 4 от 01.01.2017, согласно которому Общество оказывает ПАО «МегаФон» услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов абонентов ПАО «МегаФон». Для целей исполнения обязательств перед ПАО «МегаФон» Обществом заключен Договор от 01.11.2013 № 480/13 с ООО «СМС Трафик» для последующего направления сообщений Абоненту иного Оператора. АО «МегаЛабс» 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».

Согласно условиям вышеуказанного дополнительного соглашения, заключенного между ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс», ПАО «МегаФон» обязуется получить согласие абонентов, среди которых предполагается

осуществить распространение рекламно-информационных материалов и использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым ПАО «МегаФон» получено предварительное согласие абонентов на такую рассылку (пункты 2.6, 3.8); АО «МегаЛабс» не несет ответственность за содержание рекламных материалов и за наличие согласия абонента на получение данных материалов, поскольку не имеет технологической возможности осуществлять мониторинг (премодерацию) рекламных сообщений, направляемых оператором посредством интерфейса (пункт 6.7).

Вместе с тем, согласно письменным пояснениям АО «МегаЛабс», заказ на указанную рассылку осуществил корпоративный клиент ПАО «МегаФон» - ИП <...>, ИНН <...> (далее – ИП <...>).

АО «МегаЛабс» указывает, что ИП <...> 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; клиентская база получателей смс-сообщений формируется на стороне ИП <...>.

Из письменных пояснений АО «МегаЛабс» следует, что Общество не может быть признано рекламораспространителем по сетям электросвязи в смысле ст. 18 Закона о рекламе в связи с тем, что Общество не является субъектом указанной нормы, не обязано получать согласие абонента, при этом дополнительным соглашением с ПАО «МегаФон» такая обязанность установлена в отношении ПАО «МегаФон» и, в свою очередь, транслирована ПАО «МегаФон» ИП <...> в рамках оферты услуги «Мобильное информирование».

Определением № 03-05/2568 от 09.04.2019 к участию в деле в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечены ПАО «МегаФон» (ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560), ИП <...> (ОГРНИП <...>, ИНН <...>).

В материалы рекламного дела представлены письменные пояснения ПАО «МегаФон», согласно которым <...>.

<...>

Из письменных пояснений ПАО «МегаФон» следует, что <...>.

Таким образом, Комиссией Коми УФАС России установлено, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ИП <...>.

Согласно письменным пояснениям, представленным ИП <...> в материалы рекламного дела письмом от 06.05.2019 (вх. № 1802-э от 06.05.2019), ИП <...> имеет розничные магазины по продаже строительных материалов. Продажа материалов осуществляется физическим лицам путем подписания сторонами

Счета-оферты, который содержит условие о том, что подписывая настоящий Договор, покупатель – физическое лицо дает свое согласие на обработку его персональных данных, а также на рассылку СМС-сообщений рекламного характера. Обработка и хранение персональных данных покупателей – физических лиц осуществляется в соответствии с Положением о порядке хранения и защиты персональных данных пользователей, расположенного в общем доступе в сети Интернет по адресу: <http://uhta.krovli-fasadi.ru/polozhenie-o-porjadke-hranenija-i-zaschi/>, а также Политики защиты и обработки персональных данных, расположенной в общем доступе в сети Интернет по адресу: <http://uhta.krovli-fasadi.ru/politika-zaschity-i-obrabotki-personalny/>.

Согласно письменным пояснениям ИП <...>, 05.09.2018 <...> осуществил покупку карнизной планки в розничном магазине ИП <...> по адресу: Республика Коми, г. Ухта, ул. Западная, д. 8. Продавцы розничного магазина подписали с <...> счет-оферту и запросили его номер телефона. В ноябре 2018 года была запланирована рассылка покупателям – физическим лицам г. Ухта, сделавшим покупку в магазине ИП <...>, но не купившим сайдинг. На основании того, что <...> была совершена покупка карнизной планки 05.09.2018, он попал в список клиентов для СМС-рассылки сообщений рекламного характера. 22.11.2018 была произведена СМС-рассылка по данным клиентам. Сообщение рекламного характера получил, в том числе <...>. При рассылке по своей базе клиентов территория рассылки не выбирается. Получателями становятся физические лица, купившие товар в торговой точке г. Ухты. Рассылка производилась через сервис от ПАО «МегаФон» «МегаФон.Таргет», путем совершения следующих действий:

1. подготовки базы клиентов в электронном виде в формате txt;
2. введения логина и пароля в личном кабинете сервиса «МегаФон.Таргет» в сети Интернет по адресу: <http://target.megafon.ru/>;
3. создания в личном кабинете сервиса «МегаФон.Таргет» новой группы получателей и загрузки электронной базы клиентов;
4. добавления в личном кабинете сервиса «МегаФон.Таргет» группы получателей, которые уже ранее получали СМС-сообщения, для исключения спама, либо отозвавших свое согласие на обработку персональных данных;
5. написания текста сообщения и выбора времени и даты рассылки для исключения получения СМС-сообщений в ночное время.

В материалы рекламного дела ИП <...> представлены счета-оферты на оплату № 8/0002747 от 05.09.2018, № 8/0002736 от 05.09.2018, № 8/0002755 от 05.09.2018, № 8/0002749 от 05.09.2018. Вместе с тем, из содержания указанных счетов-оферт не следует, что они подтверждают факт покупки <...> товара в розничном магазине ИП <...>.

Таким образом, ИП <...> не представлены доказательства предоставления согласия <...> на получение рассматриваемой рекламы.

Согласно Выписке из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей, размещенной на официальном сайте ФНС России, основным видом деятельности ИП <...> является торговля розничная строительными материалами, не включенными в другие группировки, в специализированных магазинах.

Из вышеизложенного следует, что рассматриваемая реклама размещена ИП <...> для получения прибыли при осуществлении указанного вида экономической деятельности.

Из представленных в материалы дела документов и письменных пояснений следует, что ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «МегаФон» не являются рекламодателями рассматриваемой рекламы.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

В соответствии с п. 1 ст. 2 Федерального закона № 126-ФЗ от 07.07.2003 «О связи» абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Федерального закона № 126-ФЗ от 07.07.2003 «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 частью 4 статьи 9 Федерального закона № 152-ФЗ от 27.07.2006 «О персональных данных» в случаях, предусмотренных федеральным законом, обработка персональных данных осуществляется только с согласия в письменной форме субъекта персональных данных.

Равнозначным содержащему собственноручную подпись субъекта персональных данных согласию в письменной форме на бумажном носителе признается согласие в форме электронного документа, подписанного в

соответствии с федеральным законом электронной подписью. Согласие в письменной форме субъекта персональных данных на обработку его персональных данных должно включать в себя, в частности:

- 1) фамилию, имя, отчество, адрес субъекта персональных данных, номер основного документа, удостоверяющего его личность, сведения о дате выдачи указанного документа и выдавшем его органе;
- 2) фамилию, имя, отчество, адрес представителя субъекта персональных данных, номер основного документа, удостоверяющего его личность, сведения о дате выдачи указанного документа и выдавшем его органе, реквизиты доверенности или иного документа, подтверждающего полномочия этого представителя (при получении согласия от представителя субъекта персональных данных);
- 3) наименование или фамилию, имя, отчество и адрес оператора, получающего согласие субъекта персональных данных;
- 4) цель обработки персональных данных;
- 5) перечень персональных данных, на обработку которых дается согласие субъекта персональных данных;
- 6) наименование или фамилию, имя, отчество и адрес лица, осуществляющего обработку персональных данных по поручению оператора, если обработка будет поручена такому лицу;
- 7) перечень действий с персональными данными, на совершение которых дается согласие, общее описание используемых оператором способов обработки персональных данных;
- 8) срок, в течение которого действует согласие субъекта персональных данных, а также способ его отзыва, если иное не установлено федеральным законом;
- 9) подпись субъекта персональных данных.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона № 152-ФЗ от 27.07.2006 «О персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, а также в целях политической агитации допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных. Указанная обработка персональных данных признается осуществляемой без предварительного согласия субъекта персональных данных, если оператор не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, в силу действия правовых принципов и условий обработки персональных данных, установленных Федеральным законом № 152-ФЗ от

27.07.2006 «О персональных данных», при обработке персональных данных должны быть обеспечены точность персональных данных, их достаточность, а в необходимых случаях и актуальность по отношению к целям обработки персональных данных.

Доказательств того, что ИП <...> было получено предварительное согласие заявителя на получение рассматриваемой рекламы, в материалы рекламного дела не представлено.

Документов, материалов, указывающих, что ИП <...> приняты все достаточные меры по соблюдению требований ст. 44.1 Федерального закона № 126-ФЗ от 07.07.2003 «О связи», ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе при распространении 22.11.2018 в 15 часов 45 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер <...> рассматриваемой рекламы, Коми УФАС России при рассмотрении дела не получено, ИП <...> не представлено.

Таким образом, доказательств того, что ИП <...> было получено предварительное согласие заявителя на получение рассматриваемой рекламы, материалы рекламного дела не содержат.

Из материалов рекламного дела усматривается, что рекламодатель - ИП <...>, на которого в силу ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе возложена ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, не предпринял достаточных мер для недопущения нарушения рекламного законодательства, по сути уклонился от обязанности по контролю за соответствием распространяемой посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде СМС-сообщения рекламы Закону о рекламе, что является исключительной зоной ответственности рекламодателя.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, произошло по вине рекламодателя рассматриваемой рекламы ИП <...>.

Из материалов рекламного дела усматривается, что ИП <...> не предпринято должных мер, направленных на соблюдение требований законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы, что и привело к нарушению.

Таким образом, ИП <...> нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Согласно разъяснениям ФАС России по применению ст. 18 Закона о рекламе «распространение» в контексте Закона о рекламе не означает направление электросигнала, транслирующего рекламу, к приемному устройству, а означает момент, когда реклама становится доступной для восприятия потребителя; местом совершения правонарушения будет

являться территория субъекта Российской Федерации, на которой была распространена (доведена до потребителя) реклама. При этом определение субъекта Российской Федерации, на территории которого совершено правонарушение, должно осуществляться путем установления принадлежности абонентского номера к диапазону номеров, выделенному оператору сотовой связи на территории конкретного субъекта Российской Федерации.

Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/), абонентский номер заявителя <...> входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи на территории Республики Коми.

Заявитель проживает в <...>.

Следовательно, субъектом Российской Федерации, на территории которого была распространена (доведена до потребителя) реклама, является Республика Коми.

Поскольку в действиях ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «МегаФон» Комиссией вины в нарушении законодательства о рекламе не установлено, производство по делу № Р 36-12/18 в отношении ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «МегаФон» подлежит прекращению.

На дату принятия Комиссией решения в материалах рекламного дела отсутствуют доказательства прекращения распространения ненадлежащей рекламы.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ИП <...> предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

На основании изложенного, руководствуясь п. 4 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 33, п. 7 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37 – 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, п. 3.58, 3.59 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12, Комиссия

Р Е Ш И Л А:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Сайдинг 125р Grand Line слоновая кость, СКИДКА на доборные элементы – 10%! ВСЕ ДЛЯ КРОВЛИ и ФАСАДА: Западная, 8 тел <...>», распространенную 22.11.2018 в 15 часов 45 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер <...>, ненадлежащей, поскольку она распространена с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

2. Выдать индивидуальному предпринимателю <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения указанной в п. 1 Решения ненадлежащей рекламы.

3. Производство по делу № Р 36-12/18 в отношении Общества с ограниченной ответственностью «СМС Трафик», акционерного общества «МегаЛабс», публичного акционерного общества «МегаФон» прекратить.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении индивидуального предпринимателя <...> дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение в полном объеме изготовлено 16 мая 2019 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня принятия решения в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии _____ <...>

Члены Комиссии _____ <...>

_____ <....>