

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 9

14 ноября 2017 года

г. Чита

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

председатель Комиссии – руководитель управления <.....>;

члены Комиссии:

<.....>, начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы;

<.....>, главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы;

<.....>, специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы,

рассмотрев дело № <.....> по признакам нарушения ООО «Крафт Телеком» (ОГРН 1107746983266) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Забайкальского УФАС поступило заявление Мерк<.....>., перенаправлено ФАС России (вх. № 26<.....> от 14.06.2017г.), по факту распространения смс-сообщения рекламного характера на телефонный номер заявителя +7-926-<.....> посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, с признаками нарушения части 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Забайкальским УФАС России в ходе рассмотрения указанного обращения установлено, что 09.06.2017 в 17:40 на телефонный номер заявителя поступило нежелательное смс-сообщение следующего содержания: «Сеть 36,6 теперь с нами! Оплачивайте по Совести в рассрочку на 2 месяца любые товары для красоты и здоровья. Подробнее sovest.ru/20». Смс-сообщение отправлено с номера SOVEST, смс-центр +7926<.....>.

Определением от 14.08.2017 года Забайкальским УФАС России возбуждено дело №<.....> в отношении ООО «ОСК» (ИНН 7705658056).

Дело рассматривалось в заседаниях 11.09.2017, 12.10.2017, 15.11.2017. 07.09.2017 года, ООО «ОСК» представило пояснения, в соответствии с которыми, между ООО «ОСК» и ООО «Крафт Телеком» заключен договор № sms-52/<.....>от 01.08.2014 года с приложениями. Согласно данному договору ООО «ОСК», именуемое «Исполнитель» оказывает ООО «Крафт Телеком», именуемое

«Заказчик», услуги по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений адресатам Заказчика (клиентам или иным, указанным Заказчиков, третьим лицам) посредством подключения и обслуживания Заказчика в электронной системе «SMSFinance» (Услуги), а Заказчик обязуется принимать и оплачивать надлежащим образом оказанные Услуги.

11.09.2017 года Комиссия Забайкальского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для замены ненадлежащего ответчика (ООО «ОСК») надлежащим (ООО «Крафт Телеком», ИНН 7718828562, ОГРН 1107746983266, дата регистрации: 02.12.2010г., юридический адрес: 107023, г. Москва, <.....>).

12.10.2017г. на рассмотрение дела № <.....> законный представитель ООО «Крафт Телеком» не явился, документы запрашиваемые Управлением не представлены.

23.10.2017г. ООО «Крафт Телеком» представило пояснения, согласно которым общество (Исполнитель) заключило договор 13<.....> от 01.05.2015г. с ОА «КИВИ Банк» (Заказчик). Согласно п.2.4.5 **Заказчик обязуется получить предварительное согласие Абонента**, на телефон которого планируется отправка сообщений Заказчика, на получение Абонентов таких сообщений Заказчика в порядке и в форме, предусмотренной применимым законодательством.

Комиссия Забайкальского УФАС России, рассмотрев обстоятельства дела, исследовав имеющиеся в материалах дела документы и доказательства, установила следующее.

В соответствии с п.1 ст.3 ФЗ «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.

Объектом рекламирования может быть 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, согласно п.3 ст.3 ФЗ «О рекламе», - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Поскольку рассматриваемое SMS-сообщение направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, и не содержит указания на конкретного субъекта получения, в соответствии с ФЗ «О рекламе» оно является рекламой.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе ненадлежащей рекламой является реклама, не соответствующая требованиям законодательства

Российской Федерации.

В данном случае имеются признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Федеральной антимонопольной службой в письме от 05.04.2007 N АЦ/4624 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно ч.1 ст.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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Из обращения следует, что заявитель, согласия на получение им рассматриваемой рекламы не давал.

Согласно ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за несоблюдение требований ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п.7 ст.3 ФЗ «О рекламе»).

В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи, телефонный номер заявителя +792614<.....> и номер смс-центра +792620<.....> относится к оператору связи ПАО «МегаФон», Москва и Московская область.

В ответ на запрос антимонопольного органа (исх. № 02-06-39<.....> от 20.06.2017г.) ПАО «МегаФон» представило пояснения (вх. № 33<.....> от 18.07.2017г.).Из указанных пояснений, следует, что отправка указанного смс-сообщения осуществлена ООО «ОСК» (ИНН 7705658056), действующего как конечный заказчик оператора ПАО «МегаФон». Данная рассылка осуществлялась на основании договора от 01.07.16 № ДМИ-ОСК-01<.....>.

09.06.2017 оборудованием Оператора зафиксировано отправление на номер <...> <.....> смс-сообщения от отправителя, имеющего буквенное обозначение «SOVEST», выделенное АО «МегаЛабс». Отправка указанного смс-сообщения было осуществлено по Базе Абонентов Партнёра.

В соответствии с пояснениями ПАО «МегаФон» пункт 4.10. Договора № РМИ-МГФ 0101<.....> от 01.01.2017, гласит, что в случае размещения РИМ (рекламно-информационных материалов) среди Абонентов Партнёра Партнер обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Партнером получено предварительное согласие Абонентов на получение

рекламы.

Согласно п.3.6 представленной ПАО «МегаФон» копии Договора № «ДМИ-ОСК-010<.....> от 01.07.2017, заключенного между ООО «ОСК», именуемого Заказчик и АО «МегаЛабс», именуемого «Исполнитель», в случае размещения рекламно-информационных материалов (РИМ) среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использования их абонентских номеров, а также персональных данных для целей размещения РИМ. Пункт 4.7. гласит, что Заказчик гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ.

В пункте 4.8. содержится указание о том, что Заказчик при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы.

Также пункт 7.3. вышеуказанного договора гласит о том, что при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, а также в случае наличия в данных РИМ персональных данных Абонента, Заказчик гарантирует Исполнителю правомерность обработки, предоставлении персональных данных в соответствии с Федеральным законом от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных», в том числе получение согласия Абонентов на обработку персональных данных и получения согласия на предоставление персональных данных Исполнителю.

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

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

Рекламораспространителем было определено ООО «ОСК» (ОГРН 1057746705631).

Определением от 14 августа 2017 года Забайкальским УФАС России возбуждено дело № <.....> в отношении ООО «ОСК». Рассмотрение дела № <.....> было назначено на 11 сентября 2017 года.

07.09.2017 года, ООО «ОСК» представило пояснения, в соответствии с которыми, между ООО «ОСК» и ООО «Крафт Телеком» заключен договор № sms-52/<.....>от 01.08.2014 года с приложениями. Согласно данному договору ООО «ОСК», именуемое «Исполнитель» оказывает ООО «Крафт Телеком», именуемое «Заказчик», услуги по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений адресатам Заказчика (клиентам или иным, указанным Заказчиков,

третьим лицам) посредством подключения и обслуживания Заказчика в электронной системе «SMSFinance» (Услуги), а Заказчик обязуется принимать и оплачивать надлежащим образом оказанные Услуги. Из пункта 5.5. вышеуказанного договора, исходит, что в случае возникновения претензий к Исполнителю по поводу сообщений, отправляемых Заказчиков посредством Услуг Исполнителя, Заказчик обязуется самостоятельно урегулировать возникшие претензии. В соответствии с пунктом 9 приложения к договору № 2 – «правила предоставления услуг», Заказчик обязуется «не использовать Услуги для распространения ненужной получателю, незапрошенной последним информации, информации вида СПАМ». Спамом, согласно разделу I, данных правил является «сообщение рекламного или иного характера, направленное лицу без его предварительного согласия, либо не являющемуся Абонентом Заказчика, в т.ч. также рассылка Абонентам Заказчика информации, не относящейся к предмету договора, приложением к которому являются настоящие Правила».

Согласно вышеизложенному, рекламораспространителем является ООО «Крафт Телеком».

11.09.2017 года Комиссия Забайкальского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для замены ненадлежащего ответчика (ООО «ОСК») надлежащим (ООО «Крафт Телеком», ИНН 7718828562, ОГРН 1107746983266, дата регистрации: 02.12.2010г., юридический адрес: 107023, г. Москва, <.....>).

Определением от 11.09.2017 г. рассмотрение дела № <.....> было отложено на 12.10.2017г. в 11 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «Крафт Телеком» заказным письмом с уведомлением о вручении.

12.10.2017г. на рассмотрение дела № <.....> законный представитель ООО «Крафт Телеком» не явился, документы запрашиваемые Управлением не представлены. Сведениями о надлежащем уведомлении ООО «Крафт Телеком» о дате, времени и месте рассмотрения дела № <.....> Забайкальское УФАС России не располагает.

23.10.2017г. ООО «Крафт Телеком» представило пояснения, согласно которым общество (Исполнитель) заключило договор 13<.....>от 01.05.2015г. с ОА «КИВИ Банк» (Заказчик).

п.1.1 Договора гласит, Исполнитель оказывает услугу по предоставлению подключения и доступа к Технической системе в порядке и на условиях предусмотренных договором для передачи сообщений Заказчика посредством Технической системы Исполнителя, а Заказчик обязуется принимать оказанные услуги и оплачивать их. В соответствии с п.5.3 Договора Заказчик гарантирует, что все сообщения отправляемые в рамках договора, составлены (сформированы) и отправлены им самостоятельно без какого-либо участия или влияния Исполнителя. Также согласно п.2.4.5 **Заказчик обязуется получить предварительное согласие Абонента**, на телефон которого планируется отправка сообщений Заказчика, на получение Абонентов таких

сообщений Заказчика в порядке и в форме, предусмотренной применимым законодательством.

В том числе, ООО «Крафт Телеком» пояснил, что в ответ на запрос общества, АО «КИВИ Банк», сообщил, что **абонент +79261<.....> (заявитель), является пользователем сервиса банка**, «чем подтвердил свое согласие на получение информационных и рекламных сообщений». Исходя из ответа АО «КИВИ Банк», направленному ООО «Крафт Телеком»: «Клиентами Банка (помимо прочих пользователей) являются также пользователи Сервиса «Visa QIWI Кошелек», расположенного в частности, в сети Интернет, а также доступного через специализированные терминалы «QIWI» и через мобильное приложение «Visa QIWI Кошелек». **Осуществляя регистрацию в указанном сервисе** («создавая кошелек») посредством введения, в специальную форму регистрации, назначенного оператором сотовой связи пользователю абонентского номера в федеральном формате, а также последующего указания в форме регистрации аутентификационных данных (одноразового кода подтверждения), направленного Банком в СМС-сообщении на указанный пользователем абонентский номер <...> и/или иным образом, подтверждая свою регистрацию в Сервисе, **такой пользователь соглашается с условиями Публичной оферты об использовании платежного сервиса «Visa QIWI Wallet»**, актуальная версия, которой размещается на сайте в сети Интернет, принимая условия Оферты полностью и безоговорочно без каких-либо изъятий или ограничений на условиях присоединения».

Согласно, данным, указанным в ответе АО «КИВИ Банк», п.5.12 Оферты, гласит, что пользователь предоставляет Банку право на совершение голосовых вызовов, а также дает согласие на получения от Банка сообщений по сетям электросвязи, в том числе на указанные им при регистрации в Сервисе абонентский номер и/или адрес электронной почты (e-mail) в целях информирования пользователей о новых продуктах, услугах и сервисах, предоставляемых Банком, направления сообщений рекламного и информационного характера, в том числе о товарах и услугах, предоставляемых третьим лицам.

Также указано, что по сведениям Банка, «пользователь с абонентским номером +7926<.....> зарегистрирован в Сервисе 13.08.2016 г., через мобильное приложение QIWI. Пользователь полностью завершил регистрацию в Сервисе, выполнив все условия, указанные в Оферте и согласился тем самым с ее условиями».

По запросу Управления АО «КИВИ Банк» представило пояснения, содержащие следующую информацию: «доказательством регистрации кошелька является форма, отражающая внесенные при регистрации абонентом данные». Согласно приложенной к пояснениям копии, данная форма содержит в себе следующие сведения :

- Дата создания кошелька - <.....>, время 15:11:12

- IP регистрации
- Терминал
- Дата последнего входа - <.....>15:23:52
- IP последнего входа - <.....>.82.99
- SMS подтверждение – Да
- Статус кошелька – Зарегистрированный пользователь (получил ПИН/пароль и использовал их для входа)
- Email - [.<.....>.ru](mailto:<.....>.ru)
- Состояние идентификации – Полностью идентифицирован
- ИН ФИО – Мерк<.....>
- ИН Дата рождения – 18.11. <.....>
- ИН Серия и номер паспорта – <.....>
- ИН Дата выдачи паспорта – <.....>
- ИН Орган, выдавший ДУЛ – Отделом УФМС России по гор. <.....>
- ИН Код подразделения <.....>
- ИН Гражданство - RU
- ИН Адрес регистрации
- ИН ИНН - <.....>
- ИН СНИЛС
- ИН ОМС
- Состояние - Активен

Также сказано, что акцептом оферты явились конклюдентные действия, совершённые абонентом при регистрации в соответствии с п.3.2.3. Оферты, а именно :

а)установка мобильного приложения «Visa QIWI Wallet»;

б)введение в формы регистрации Абонентского номера в федеральном формате (указанный Пользователем при регистрации Абонентский номер используется в качестве имени Пользователя (login) при Использовании Сервиса);

в)введение известных только пользователю аутентификационных данных в

форму регистрации;

г) введение в форму регистрации Пароля.

Согласно публичной оферте об использовании платежного сервиса «Visa QIWI Wallet», Пользователь – это физическое лицо, обладающее надлежащей дееспособностью в соответствии с действующим законодательством РФ для совершения Платежа, совершившее конклюдентные действия, направленные на заключение Договора об оказании услуг посредством акцепта условий настоящей Оферты, и обладающее Аутентификационными данными для доступа к Сервису для его использования в целях управления Учетной записью Пользователя, осуществлению доступа к Предоплаченной карте «Единая расчетная карта QIWI» в целях совершения Платежей.

Аутентификационные данные – уникальные имя пользователя (login), Пароль (password) и/или PIN-код и/или Код подтверждения привязки Пользователя, используемые для доступа к Сервису из ИТС Интернет и/или через Терминал и/или через мобильное приложение и совершения операций в пределах суммы денежных средств, доступной Пользователю в целях предъявления Оператору Сервиса требований об осуществлении расчетов. Аутентификационные данные присваиваются Пользователю в момент регистрации Пользователя в Сервисе.

Использование Сервиса совершение Пользователем любых действий направленных на управление своей Учетной записью Пользователя, осуществление доступа к Предоплаченной карте «Единая расчетная карта QIWI» с целью совершения Платежей (далее – «использование Сервиса в целях совершения Платежей»), получение консолидированной информации о совершенных Платежах, а также иных услуг, оказываемых Оператором Сервиса в рамках предоставления права Использования Сервиса.

Использование Сервиса Пользователем в целях совершения Платежа допускается только при условии предварительного пополнения Баланса Предоплаченной карты «Единая расчетная карта QIWI» Пользователя на сумму в размере не менее размера планируемого Платежа.

Согласно реестру смс-сообщений абонента +79261<.....>, представленного АО «КИВИ Банк» пользователем многократно совершались расходно-приходные операции с использованием VISA QIWI кошелька, которые указывают на согласие с условиями Оферты. В соответствии с данным реестром, последняя зафиксированная операция была произведена <.....> 2017 в 21:07:27, которая заключалась в получении вышеуказанным абонентом одноразового кода для доступа к «Visa QIWI Wallet» через QIWI андроид.

Исходя из пункта 2 статьи 437 Гражданского кодекса Российской Федерации Абонент, совершая денежные операции с использованием виртуального кошелька и принимая публичную оферту банка, заключил договор оказания услуг и дал согласие на получение рекламы, возможность распространения которой отражена в пункте 5.12 оферты, с которой абонент был ознакомлен.

Согласно пункту 5.12. оферты Visa QIWI Wallet, заключая договор на условиях настоящей оферты, Пользователь предоставляет Оператору Сервиса право на совершение голосовых вызовов, а также дает согласие на получение от Оператора Сервиса (или привлечённого им для указанной цели третьего лица – АО «КИВИ» (ИНН 7707510721)) сообщений по сетям электросвязи, в том числе (но не ограничиваясь) на Абонентский номер и/или адрес электронной почты (e-mail), для указанный Пользователем при регистрации Учетной записи Пользователя и/или в качестве реквизита для осуществления Платежа в целях:

- повышения уровня безопасности Использования Сервиса, в том числе при совершении Платежей в пользу Получателей платежей;
- информирования Пользователей о новых продуктах, услугах и сервисах, предоставляемых Оператором Сервиса;
- направления сообщений рекламного и информационного характера, в том числе о товарах и услугах, предоставляемых третьими лицами; с возможностью отказаться от получения таких сообщений с использованием сервисной веб-ссылки в тексте сообщений, приходящих на указанный e-mail;
- направления Пользователю информационных запросов о подтверждении совершения запрошенных операций по Балансу Учетной записи Пользователя;
- направления Пользователю дополнительной информации по поручению Получателя платежа, в пользу которого был совершен Платеж с Использованием Предоплаченной карты «Единая расчетная карта QIWI».

Согласно части 3 статьи 438 Гражданского кодекса Российской Федерации, совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте.

В соответствии с разъяснениями Пленума Высшего арбитражного суда РФ, выраженных в Постановлении от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», 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. Таким образом, согласие на получение рекламы может быть выражено абонентом и путем совершения конклюдентных действий, что позволяет идентифицировать абонента по его аутентификационным данным, а также определяет конкретного рекламодателя – в данном случае АО «КИВИ Банк».

В связи с тем, что в материалы дела были представлены документы,

подтверждающие, что абонент является клиентом банка АО «КИВИ-Банк», пользователем сервиса «Visa QIWI Wallet» и принял публичную оферту АО «КИВИ Банк» путем совершения конклюдентных действий, признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в действиях АО «КИВИ Банк» отсутствуют.

Руководствуясь абзацем «а» пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, утвержденных Постановлением правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Прекратить производство по делу № <.....>, в связи с не подтверждением в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения АО «КИВИ Банк» требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

Председатель Комиссии <.....>

Члены Комиссии: <.....>