

Заявителю

ООО «Мир Красоты»
454080, г. Челябинск,
ул. С. Кривой, д. 26

ООО «Ритейл Консалтинг Компани»
620014, г. Екатеринбург,
ул. Хохрякова, д. 10, оф. 1806

e-mail: Bobrova_e@goldapple.ru

РЕШЕНИЕ

25 мая 2018 года

г. Челябинск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе в составе (далее - Комиссия):

председатель Комиссии: <...> – заместитель руководителя
Челябинского УФАС России;

члены Комиссии: <...> – специалист-эксперт отдела
контроля за рекламой и
недобросовестной конкуренцией
Челябинского УФАС России;

<...> – ведущий специалист-эксперт
отдела контроля за рекламой и
недобросовестной конкуренцией
Челябинского УФАС России,

рассмотрев дело № 18-08/2018, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы путем рассылки СМС-сообщений от отправителя под буквенным обозначением «GOLDAPPLE» без предварительного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) поступило заявление физического лица по факту поступления 30 ноября 2017 года в 20:11 на телефонный номер <...> -908-***-**-47 смс-сообщения с рекламой: «СКИДКИ до 40%! День Рождения ЗОЛОТОГО ЯБЛОКА! 01-03.12! Звездные визажисты, подарки! goldapple.ru» и 02 декабря 2017 года в 18:12 на телефонный номер <...> -908-***-**-47 смс-сообщения с рекламой: «СКИДКИ до 40%! День Рождения ЗОЛОТОГО ЯБЛОКА! 02-03.12! 03.12 в 15:00 мастер-класс Гоар Аветисян! goldapple.ru» от отправителя под буквенным обозначением «GOLDAPPLE» без предварительного согласия абонента.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, телефонный номер <...> -908-***-**-47 входит в ресурс нумерации оператора связи ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» представило письменные пояснения, согласно которым по результатам проверки подтверждается, что 30.11.2017 в 20:11 и 02.12.2017 в 18:12 на абонентский номер <...> *****47 поступило два входящих смс-сообщения от отправителя «GOLDAPPLE».

30.11.2017 в 20:11 и 02.12.2017 в 18:12 направление двух смс-сообщений абоненту +7908*****47 от отправителя «GOLDAPPLE» осуществляла компания АО «Связной Загрузка», с которой заключен Договор № 217/SMS-BULK от 01.06.2015 г.

В связи с вышеизложенным, согласие абонента +7908*****47 на получение смс-сообщения от отправителя «GOLDAPPLE» должно быть выражено абонентом +7908*****47 в адрес АО «Загрузка» или его клиентам.

Исходя из запроса, в тексте смс-сообщения указано наименование «GOLDAPPLE», «Золотое Яблоко» и сайт предполагаемого рекламодателя/заказчика (инициатора) направления смс-сообщения/рекламораспространителя – <https://goldapple.ru>.

На запрос Челябинского УФАС России АО «Загрузка» представило письменные пояснения, согласно которым данная смс-рассылка была осуществлена через технические и программные средства АО «Загрузка» по заказу ООО «Репорто» (ОГРН 1087746876029; юридический адрес: 127051, г. Москва, Петровский бульвар, дом 3 строение 2, помещение 1, комната 2; почтовый адрес: 115280, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 19; электронная почта: info@rapporto.ru), (далее – «Заказчик») в рамках исполнения Договора № СМС-10/17 от 01.03.2017 г (далее по тексту – «Договор»). В соответствии с условиями Договора, заключенного между АО «Загрузка» и Заказчиком, Заказчик обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ (рассылка СМС-сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких СМС-сообщений или их отправителя), при этом ответственность за содержание СМС-сообщений в любом случае несет Заказчик (пункты 3.1.3, 3.1.4, 7.2 Договора).

В соответствии с п. 3.1.6 Договора Заказчик в случае запроса АО «Загрузка» обязуется в течение 2 (двух) календарных дней с даты получения такого запроса предоставить документы, подтверждающие согласие абонента на получение СМС-сообщений Заказчика.

Технологически Заказчик подключен к платформе АО «Загрузка» через протокол SMPP 3.4, который не подразумевает какую-либо проверку СМС-сообщений, их получателей АО «Загрузка», а только пересылает СМС-сообщений, сформированные Заказчиком по указанным Заказчиком в своих аппаратно-программных комплексах номерам. Рассылка всех СМС-сообщений инициируется Заказчиком, АО «Загрузка» не участвует в определении получателя, содержания, времени отправки, круга получателей смс-рассылки, а также иных характеристик рассылки СМС-сообщений, и выполняет исключительно технологическую функцию: предоставляет техническую платформу и услуги связи для их формирования и отправки третьим лицам, при этом сообщения могут носить информационный, рекламный и любой другой характер. При этом АО «Загрузка» не знает и не может знать содержание рассылаемых сообщений ввиду части 2 ст. 23 Конституции Российской Федерации и ст. 63 Федерального закона от 07.07.2016 г. № 126-ФЗ «О связи», которые защищают тайну переписки.

Деятельность АО «Загрузка» ведется в соответствии с лицензией на оказание телематических услуг связи № 159322 от «03» октября 2017 года и заключается в приеме, обработке, хранении, передаче, доставке сообщений электросвязи (п. 32 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2013 г. № 126-ФЗ «О связи») с использованием технологической системы (п. 24 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2013 г. № 126-ФЗ «О связи»).

Таким образом, АО «Загрузка» не участвует в определении получателя, содержания, времени отправки, круга получателей смс-рассылки, а также иных характеристик рассылки СМС-сообщений, выполняет исключительно технологическую функцию и не является рекламодателем в понимании Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», вследствие чего АО «Загрузка» не может быть привлечено к ответственности за нарушение требований статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

В дополнение к ответу АО «Загрузка» сообщает, что АО «Загрузка» направило в адрес ООО «Репорто» запрос о предоставлении документов, подтверждающих получение от абонента с телефонным номером +7908****47 предварительного согласия на получение вышеуказанной рассылки.

В связи с невозможностью самолично явиться на рассмотрение дела № 18-08/2018 назначенного на рассмотрение 19 апреля 2018 года в 10 часов 00 минут по адресу: г. Челябинск, пр. Ленина, 59, каб. 320 и не имея возможности направить своего представителя Общество просит рассмотреть вышеуказанное дело в отсутствие представителя АО «Загрузка» и направить соответствующее решение в адрес АО «Загрузка».

В тексте смс-сообщений указан Интернет-ресурс goldapple.ru.

Согласно сведениям, размещенным на официальном сайте АНО «Координационный центр национального домена сети Интернет», регистратором доменного имени goldapple.ru является АО «РСИЦ».

АО «РСИЦ» представило письменные пояснения, согласно которым 13.03.2017 права на домен второго уровня goldapple.ru были переданы от ИП <...> юридическому лицу ООО «Ритейл Консалтинг Компани».

С 13.03.2017 по настоящее время администратором домена второго уровня goldapple.ru является ООО «Ритейл Консалтинг Компани».

По договору ООО «Ритейл Консалтинг Компани» (2779072/NIC-D) оплата за продление регистрации домена второго уровня goldapple.ru еще не вносилась.

ООО «Ритейл Консалтинг Компани» представило письменные пояснения, согласно которым отследить реального владельца номера сотового телефона (либо его смену) ООО «РК Компани» самостоятельно, без уведомления со стороны самого абонента не может.

Во избежание подобных ситуаций в будущем ООО «РК Компани» в настоящее время предусмотрело в анкете обязанность клиента по уведомлению ООО «РК Компани» о смене телефонного номера.

Общество считает, что в действиях ООО «РК Компани» отсутствует вина, поскольку при отправке смс-сообщения с рекламой на телефонный номер <...> -908-***-**-47 ООО «РК Компани» не предвидело и не могло предвидеть возможность наступления неблагоприятных последствий для заявительницы от указанной рассылки поскольку; ранее было получено согласие физического лица на получение информации по смс-сообщениям о специальных предложениях, эксклюзивных акциях и новостях Парфюмерного супермаркета «Золотое Яблоко». ООО «РК Компани» не было поставлено в известность о смене собственника телефонного номера +7-908-***-**-47. У ООО «РК Компани» отсутствовала любая возможность узнать о смене владельца телефонного номера.

Общество обращает внимание, что ООО «РК Компани» является клиентоориентированной компанией, и его сервисы позволяют отказаться от смс-рассылки позвонив на бесплатный телефон горячей линии 8(800)-***-**-21 или на любой телефон, указанный на сайте www.goldapple.ru, либо путем обращения в любой из магазинов Парфюмерного супермаркета «Золотое Яблоко».

На основании изложенного выше, Общество полагает, что поскольку физическое лицо не уведомило ни ООО «РК Компани», ни оператора о приобретении (смене) телефонного номера, внесенного в базу смс-рассылки Парфюмерного супермаркета «Золотое Яблоко», а также учитывая тот факт, что согласие первоначального владельца телефонного номера +7-908-***-78-47 было получено в установленном законом порядке, то в действиях ООО «РК Компани» отсутствует вина.

ООО «Ритейл Консалтинг Компани» в материалы дела представлена копия договора № МК 02/14 о предоставлении доступа к системе Rapporto от 28.02.2014, заключенного между ООО «Рапporto» и ООО «Мир Красоты», согласно которому Агрегатор (в данном случае ООО «Рапporto») за обусловленную плату предоставляет Заказчику (в данном случае ООО «Мир Красоты») доступ к Системе, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до Абонентов различных SMS-рассылок, управление ими и пр.

ООО «Мир Красоты» представило письменные пояснения, согласно которым отследить реального владельца номера сотового телефона (либо его смену) ООО «Мир Красоты» самостоятельно, без уведомления со стороны самого абонента не может.

Во избежание подобных ситуаций в будущем ООО «Мир Красоты» в настоящее время предусмотрело в анкете обязанность клиента по уведомлению ООО «Мир Красоты» о смене телефонного номера.

Общество считает, что в действиях ООО «Мир Красоты» отсутствует вина, поскольку при отправке смс-сообщения с рекламой на телефонный номер <...> -908-***-**-47 ООО «Мир Красоты» не предвидело и не могло предвидеть возможность наступления неблагоприятных последствий для заявительницы от указанной рассылки поскольку: ранее было получено согласие физического лица на получение информации по смс-сообщениям о специальных предложениях, эксклюзивных акциях и новостях Парфюмерного супермаркета «Золотое Яблоко». ООО «Мир Красоты» не было поставлено в известность о смене собственника телефонного номера +7-908-***-**-47. У ООО «Мир Красоты» отсутствовала любая возможность узнать о смене владельца телефонного номера.

Общество обращает внимание, что ООО «Мир Красоты» является клиентоориентированной компанией, и ее сервисы позволяют оказаться от смс-рассылки позвонив на бесплатный телефон горячей линии 8(800)-***-**-21 или на любой телефон, указанный на сайте www.goldapple.ru, либо путем обращения в магазин Парфюмерного супермаркета «Золотое Яблоко».

Подобные действия Обществом совершены впервые, и ООО «Мир Красоты» обязуется предпринять все возможные меры, чтобы не допустить повторения аналогичных ситуаций.

На основании вышеизложенного, Общество полагает, что поскольку физическое лицо не уведомило ни ООО «Мир Красоты», ни оператора о приобретении (смене) телефонного номера, внесенного в базу смс-рассылки Парфюмерного супермаркета «Золотое Яблоко», а также учитывая тот факт, что согласие первоначального владельца телефонного номера +7-908-***-**-47 (который, кстати сказать будучи клиентом Парфюмерного магазина «Золотое Яблоко» также не уведомил об отказе от данного номера) было получено в установленном законом порядке, то в действиях ООО «Мир Красоты» отсутствует вина.

На основании изложенного в соответствии со статьей 2.9. Кодекса Российской Федерации об Административных правонарушениях, Общество просит освободить ООО «Мир Красоты» от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

В материалы дела представлена копия анкеты клиента, из которой усматривается, что согласие абонента +7-908-***-**-47 на получение смс-сообщений с рекламой выразила гр. <...>, однако, владельцем номера +7-908-***-**-47 является иное лицо, которое утверждает, что не давал согласия на рассылку СМС-сообщений с рекламой.

Рассмотрение заявления и материалов приводит к следующим выводам.

Заявителю на его телефонный номер <...> ноября и 02 декабря 2017 года поступили СМС-сообщения с рекламой от отправителя под буквенным обозначением «GOLDAPPLE» без его предварительного согласия.

Согласно статье 3 Федерального закона «О рекламе» 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.

Информация, поступившая 30 ноября и 02 декабря 2017 года заявителю на его телефонный номер <...> в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к конкретным услугам – предоставление скидки.

В силу части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно пункту 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.

Абонент, согласно [статье 2](#) Федерального закона «О связи», это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «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, не докажет, что такое согласие было получено.

При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено, что отражено в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Часть 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» устанавливает, что рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламодателем указанного смс-сообщения является ООО «Мир Красоты» ввиду следующего.

Согласно договору № МК 02/14 о предоставлении доступа к системе Rapporto от 28.02.2014 (далее – Договор), заключенному

между ООО «Рапporto» и ООО «Мир Красоты» Агрегатор (в данном случае ООО «Рапporto») за обусловленную плату предоставляет Заказчику (в данном случае ООО «Мир Красоты») доступ к Системе, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до Абонентов различных SMS-рассылок, управление ими и пр.

В соответствии с пунктом 3.3.2. Договора Заказчик обязан в обязательном порядке получить предварительное письменное согласие от Абонента, на номер телефона которого будет производиться отправка SMS-сообщений, а также любым доступным способом довести до его сведения информацию о способе отказаться от дальнейшего получения SMS-сообщений.

Согласно пункту 5.5. Договора Агрегатор не несет ответственности за содержание SMS-сообщений, рассылаемых Заказчиком с использованием Системы.

В материалах отсутствуют документы, свидетельствующие о получении ООО «Мир Красоты» предварительного согласия абонента +7-908-***-**-47 на распространение ему рекламы по сетям электросвязи.

Из анализа документов следует, что согласие абонента +7-908-***-**-47 на получение смс-сообщений с рекламой выразила гр. <...>, однако владельцем номера +7-908-***-**-47 является иное лицо, которое утверждает, что не давал согласия на рассылку СМС-сообщений с рекламой. Таким образом, Общество перед направлением рекламного сообщения абоненту +7-908-***-**-47 от отправителя под буквенным обозначением «GOLDAPPLE» должно убедиться в том, что получатель рекламного сообщения дал предварительное согласие на его получение.

Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получены документы, иные материалы, что ООО «Мир Красоты», как рекламодателем данной рассылки СМС-сообщений с рекламой приняты меры по идентификации абонента +7-908-***-**-47, а также о принадлежности телефонного номера +7-908-***-**-47 лицу, заполнившему анкету клиента, в которой содержится согласие на получение СМС-сообщений с рекламной информацией непосредственно перед направлением рекламы по сетям электросвязи посредством СМС-сообщения, например, запрос абоненту телефонного номера +7-908-***-**-47 перед направлением рекламной информации на его номер о принадлежности номера в форме предварительного звонка или смс-сообщения, о возможности направления рассылки рекламного характера и так далее.

Из анализа норм Федерального закона «О связи», Федерального закона «О рекламе» следует, что заказчик рассылки СМС-сообщений должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

Документов, материалов, указывающих, что ООО «Мир Красоты» приняты все достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Федерального закона «О связи», части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при направлении СМС-сообщений с рекламой на номер абонента +7-908-***-**-47 Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получено, Обществом не предоставлено.

В силу статьи 44.1 Федерального закона «О связи» обязанность по идентификации абонента перед направлением ему СМС-сообщений, в том числе рекламного характера возложена на заказчика рассылки в случае, если рассылка осуществлялась по его инициативе.

Условие о предварительном согласии абонента на распространение рекламы по сетям электросвязи следует из части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Таким образом, с учетом того, что абоненты имеют возможность смены телефонных номеров, а также при условии, что нормы законодательства Российской Федерации о рекламе предполагают направление рекламы посредством использования сетей электросвязи только с предварительного согласия абонента ООО «Мир Красоты», являясь распространителем рассылки СМС-сообщений с рекламой, могло принять все возможные меры по установлению принадлежности телефонного номера +7-908-***-**-47 конкретному лицу, а также по получению предварительного согласия абонента на распространение рекламы. Такие меры ООО «Мир Красоты» не приняты, в связи с чем допущено нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а именно заявителю (абоненту телефонного номера +7-908-***-**-47) поступили СМС-сообщения с рекламой без его предварительного согласия.

Пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

Рекламодателем является ООО «Мир Красоты» как лицо, осуществившее распространение рекламы по сетям электросвязи на основании договора № МК 02/14 о предоставлении доступа к системе Rapporto от 28.02.2014, заключенного с ООО «Рапporto».

Согласно пункту 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при добровольном устранившем лицом совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Поскольку ООО «Мир Красоты» исключило телефонный номер <...> -908-***-**-47 из списка смс-рассылки, Комиссия считает возможным не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «СКИДКИ до 40%! День Рождения ЗОЛОТОГО ЯБЛОКА! 01-03.12! Звездные визажисты, подарки! goldapple.ru» и «СКИДКИ до 40%! День Рождения ЗОЛОТОГО ЯБЛОКА! 02-03.12! 03.12 в 15:00 мастер-класс Гоар Аветисян! goldapple.ru», распространенную 30 ноября 2017 года и 02 декабря 2017 года ООО «Мир Красоты» с использованием телефонной связи без предварительного согласия абонента +7-908-***-**-47 на получение рекламы, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «Мир Красоты» и его должностного лица.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Члены комиссии

<...>

<...>

