

Заявитель:

<...>

Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

ООО «ИнфоБип» (ОГРН: 5087746020720, ИНН: 7703673690),
адрес: 109012, г. Москва, ул. Ильинка, д.4

ООО «ССС Раша» (ИНН 7725709848, ОГРН
1107746981539)

125239, г. Москва, ул. Коптевская, д.67, эт.1, пом. 01,02

lowyer.ru@ccc.eu

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 045/05/18-21/2020

О НАРУШЕНИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

О РЕКЛАМЕ

20 января 2021 г.

г. Курган

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

Председатель Комиссии – <...> – заместитель руководителя, начальник отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее по тексту - Курганское УФАС России);

члены Комиссии:

<...> – заместитель начальника отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России,

<...> – старший государственный инспектор Курганского УФАС России,

рассмотрев дело № 045/05/18-21/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространении рекламы посредством использования телефонной связи в виде SMS-сообщения, на абонентский номер <...> 9213451254 без предварительного согласия абонента с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

18.09.2020 года в Курганское УФАС России поступило заявление <...> (вх. №4236 от 18.09.2020 г.), направленное ФАС России с жалобой на получение нежелательного SMS-сообщения рекламного характера с «буквенного» номера с признаками нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Из заявления <...> следует, что 17.09.2020г. в 13:39 часов на абонентский номер заявителя <...> поступило смс-сообщение с «буквенного» номера «ССС» следующего содержания: «Осенний марафон скидок:

-10% от 3000р

-15 % от 4000р

-20% от 5000р».

Заявитель согласия на получение указанной рекламы на свой абонентский номер оператору связи или иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

По результатам рассмотрения заявления Курганским УФАС России установлено следующее.

Согласно информации, представленной ПАО «Мегафон» (далее - Оператор) на запрос информации в Курганское УФАС России (вх.5128 от 25.11.2020 г.), установлено, что отправка SMS-сообщения следующего содержания: «Осенний марафон скидок: -10% от 3000р -15 % от 4000р -20% от 5000р» на абонентский номер заявителя <...> 17.09.2020г. в 13:39 осуществлена АО «МегаЛабс» (далее - Партнер) в рамках договора №РМИ-МГФ 01012016 от 01.01.2016г., заключенного между Оператором и АО «МегаЛабс», в соответствии с которым Оператор обязался по заданию Партнера оказывать Партнеру (Клиентам Партнера) услуги по распространению рекламы рекламодателей с помощью каналов коммуникации, т.е. осуществлять действия по направлению своим абонентам рекламных сообщений в соответствии с определенными условиями выборки. Партнер в свою очередь заключает, самостоятельно или с привлечением третьих лиц, договоры с рекламодателями, имеющими потребности в размещении рекламы посредством сети подвижной связи Оператора среди определенной целевой аудитории абонентов Оператора, действующего как конечный заказчик оператора ПАО «МегаФон».

17.09.2020 в 13:39 час. оборудованием Оператора зафиксировано отправление на абонентский номер +<...>, выделенный по договору оказания услуг связи <...>, SMS-сообщения от отправителя, имеющего буквенное обозначение «ССС». Отправка указанного SMS-сообщения рекламно-информационного материала (далее - РИМ) среди Абонентов была осуществлено по Базе Абонентов Партнера. Указанная рассылка осуществлялась на сеть ПАО «МегаФон» ООО «ИнфоБип» на основании договора от 01.08.2016г. № ДМИ-ИНФОБИП-01072016.

Таким образом, действия ООО «Инфобип» были направлены на достижение целей рекламирования: именно данным лицом составлен текст сообщения, определен получатель, совершены действия по распространению сообщения, и, следовательно, указанное лицо является распространителем рекламы, которому должно быть предоставлено надлежащим образом оформленное согласие.

Согласно условиям Договора № РМИ-МГФ 01012016 от 01.01.2016 (далее Договор) в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ). В соответствии с п. 4.10. ДС Договора в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Партнером получено предварительное согласие Абонентов на получение рекламы. В случае не подтверждения либо отзыва согласия Абонента на получение РИМ Партнер обязуется незамедлительно прекратить направление РИМ посредством SMS/MMS/USSD-сообщений такому Абоненту, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от Оператора. Согласно п. 4.7. ДС Договора Партнер при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы. В соответствии с п. 4.6 ДС (договора) Партнер 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, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации.

Оказывая услугу по передаче коротких текстовых сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, ПАО «МегаФон» осуществляет только передачу получателю информации, сформированной Партнером (клиентом Партнера), имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи.

Таким образом, распространителем рекламы в данном случае является ООО «Инфобип». То есть лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые ПАО «МегаФон».

Согласно статье 3 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 17.09.2020 г. 13:39 часов на абонентский номер заявителя +79213451254, в силу статьи 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей.

В соответствии с частью 1 статьи 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.

Пункт 21.1 статьи 2 Закона о рекламе закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными

операторами связи.

Поскольку Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ (ред. от 07.04.2020) «О связи» (далее – Закон о связи) не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (то есть, например, с использованием "коротких" или "буквенных" номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи, и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

Статья 44.1 Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок, должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона "О связи".

Согласно части 1 статьи 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 соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Заявитель предварительного согласия на получение вышеуказанной рекламы посредством телефонной связи (электросвязи) не давал.

Таким образом, вышеуказанная реклама распространялась посредством использования телефонной связи (электросвязи) с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение требований установленных статьей 18 Закона о рекламе, а именно распространение рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на ее получение.

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

Курганское УФАС России пришло к выводу о наличии в действиях ООО «ИнфоБип» (ОГРН: 5087746020720, ИНН: 7703673690, адрес: 109012, г.Москва, ул. Ильинка, д.4) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в связи с чем, 30.11.2020 года вынесло определение о возбуждении дела № 045/05/18-21/2020 и назначило дело к рассмотрению на 28 декабря 2020 в 10 часов 00 минут.

Определением от 30.11.2020 года Курганское УФАС России обязало ООО «ИнфоБип» предоставить в антимонопольный орган документы и сведения, имеющие отношение к рассматриваемому делу.

Во исполнении вышеуказанного определения представлены письменные пояснения ООО «ИнфоБип» (вх. №5419 от 14.12.2020), в которых сообщает, что указанное спорное SMS-сообщение было произведено в рамках договора оказания услуг №01032019-040 от 01.03.2019 г., заключенного между ООО «ИнфоБип» и ООО «ССС Раша». В соответствии с условиями заключенного Договора (п.п. 1.5.,1.6., 2.1. Договора) ООО «ИнфоБип» приняло на себя обязательства оказать ООО «ССС Раша» комплекс услуг по организации и технологическому обеспечению возможности формирования и отправки посредством системы ООО «ИнфоБип» сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы, формируемые и отправляемые в отношении клиентов ООО «ССС Раша». При этом, в соответствии с условиями заключенного Договора, вся ответственность за наличие предварительного согласия получателя сообщения на получение любого рода сообщений, предусмотренного частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», возлагается на ООО «ССС Раша» (п.п. 3.2.3., 3.2.4., 3.2.7., 3.2.9. Договора). Указанное распределение обязанностей, предусмотренное Договором, обусловлено функциями ООО «ИнфоБип», являющегося лишь технологическим посредником при направлении сообщений от ООО «ССС Раша» к его клиентам через, в частности, ПАО «МегаФон» (его дочернюю компанию АО «МегаЛабс»), к сети связи которого ООО «ИнфоБип» имеет собственное программно-аппаратное подключение. ООО «ИнфоБип» не является ни рекламодателем, ни рекламодателем, в связи с чем, ООО «ИнфоБип» не являлось инициатором рассылки, не участвовало в создании текста рассматриваемой рекламы, не определяло и не идентифицировало получателя указанной рекламы, а равно не проверяло и не обязано было проверять наличие согласия на получение рекламы. В связи с чем, ООО «ИнфоБип» считает ненадлежащим лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе по настоящему делу.

28.12.2020 г. определением Курганского УФАС России рассмотрение дело отложено на 20.01.2021 года, ООО «ССС Раша» привлечено в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства, и обязало представить антимонопольному органу документы и сведения, имеющие отношение к рассматриваемому делу.

Ответом на определение Курганского УФАС России от 28.12.2020 года ООО «ССС Раша» представило письменные пояснения (вх. №37 от 12.01.2021 г.), в которых сообщило, что указанное СМС сообщение было направлено <...> на его номер телефона в рамках его участия в клубе «ССС» с правом рассылки информационных сообщений, указанная информация об его анкете и данных имеется во внутренней программе учета абонентов. Каких-либо заявлений об исключении номера телефона от <...> в адрес ООО «ССС Раша» ранее не поступало. Сведения исключены из клуба «ССС», рассылка в адрес <...> осуществляться не будет.

Комиссией Курганского УФАС России установлено, что ООО «ССС Раша» в материалы дела предоставлено согласие <...>, выраженное в форме подписи в анкете магазина «ССС» от 25.09.2016 года. Как указано в анкете, заполнив и подписывая анкету, заявитель дал согласие на обработку персональных данных в соответствии с Федеральным Законом от 27 июля 2006 г №152-ФЗ «О персональных данных». Согласие на обработку указанных в анкете

персональных данных дается для целей идентификации участника в программе «Клуб ССС»; рассмотрения обращении, информирования о принятых решениях; реализации (предоставления, продвижения) товаров, работ, услуг, предоставления информации (в том числе о проводимых акциях и специальных предложениях любыми каналами коммуникации, в том числе по электронной почте и путем рассылки СМС-сообщений); проведения маркетинговых исследований; исследований степени удовлетворенности потребителей работой магазинов под брендом «ССС»; статистических и иных маркетинговых целей.

Срок действия Согласия, предоставленного Заявителем – бессрочно, если ранее оно не будет отозвано.

Таким образом, факт распространения рекламы посредством использования телефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер заявителя 17.09.2020г. в 13:39 час. с «буквенного» номера «ССС» следующего содержания: «Осенний марафон скидок: -10% от 3000р* -15 % от 4000р* -20% от 5000р», не свидетельствует об отсутствии согласия <...>, поскольку такое согласие было получено ООО «ССС Раша» ранее при оформлении согласия на обработку персональных данных.

В связи с чем, в действиях ООО «ИнфоБип», ООО «ССС Раша» по осуществлению распространения рекламы посредством использования телефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер <...> отсутствуют нарушения Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 40 Постановления Правительства РФ от 24.11.2020 года №1922 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» производство по делу может быть прекращено в следующих случаях: а) неподтверждение в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 40 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Производство по делу № 045/05/18-21/2020 прекратить в связи с отсутствием факта нарушения законодательства о рекламе.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

