РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 21/18

Резолютивная часть решения оглашена «27» июля 2018 г

Решение в полном объеме изготовлено «08» августа 2018 г. г. Новосибирск

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:
председатель Комиссии: И.В. Волохина - заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы;
члены комиссии: Ю.В. Виногорова – главный специалист-эксперт отдела рекламы,
В.Ю. Строгин – главный специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело № 21/18, возбужденное по факту распространения на абонентский номер заявителя смс-сообщений с признаками нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закона «О рекламе»),

в отсутствии: заявителя – физического лица (сведения о надлежащем уведомлении лица имеются в материалах дела),

в присутствии: представителя ООО «Компания Пеликан» - <...> (доверенность № У186 от 13.07.2018г.)

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступили заявления физического лица (вх. № 437э от 29.01.2018 г., вх. № 556э от 05.02.2018 г., вх. № 969э от 13.02.2018г.) по факту рассылки на абонентский номер <...> <...>, через смс-центр: +7<...>смс-сообщений следующего содержания:
«Final SALE в Pelican! До -70% на ВСЁ! Торопись - УСПЕЙ купить!», в 15:58 часов 26.01.2018г. (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «Pelican»),
«Pelican kids снова с вами в ТРЦ «Аура»! Распродажа до 70% на ВСЕ!» в 11:34 часов 02.02.2018г. (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «Pelican»),
«Заплати за 3 – забери 6! При покупке 3 вещей 3 в подарок! На Весну 2018», в 15:16 часов 09.02.2018г. (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «Pelican»), с признаками нарушения Федерального закона «О рекламе».
По данным фактам Новосибирским УФАС России возбуждено настоящее дело. При рассмотрении дела установлено следующее.
Указанная информация является рекламой в силу п.1 ст.3 Федерального закона «О рекламе» (далее - Закона «О рекламе»). Согласно данной норме 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.
В соответствии с 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. 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.
Как сообщается заявителем, им такого согласия какому-либо лицу не давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на нарушение ч.1 ст.18 Закона «О рекламе».
Ответственность за нарушение требований ч. 1 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламораспространитель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).
Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.
Номер телефона +7<…> принадлежит заявителю на основании договора об оказании услуг связи от 07.11.2007г., заключенного с ПАО «МТС».

В соответствии с реестром Российской системы и плана нумерации, оператором связи абонента-заявителя является ПАО «МТС». Согласно детализации оказанных услуг связи за 26.01.2018г., 02.02.2018г., 09.02.2018г., рассматриваемые смс-сообщения поступили с номера Pelican.

ПАО «МТС» сообщило (вх.№ 1706 от 27.02.18г., вх№1795 от 02.03.2018г.), что SMS-сообщения с буквенным идентификатором «Pelican» поступили на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-Центр ПАО «МТС» на абонентский номер <...> <...> от ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в рамках Агентского договора № D170355665 от 01.12.2017 (далее - Договор). Согласно п. 3 Приложения № 7 к Договору, Агент присваивает Заказчику уникальный, идентифицирующий его номер <...> Номер может содержать, в том числе, строчные и прописные символы латинского алфавита.
В соответствии с п. 3.3.17 указанного Договора, Агент (ООО «ДЭНИ КОЛЛ») обязан получить от Заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений.
Оператор связи не вправе контролировать содержание СМС-рассылок, инициированных третьими лицами, на предмет того, содержат ли данные СМС-сообщения информацию, не соответствующую требованиям закона, как то, ненадлежащую рекламу определенных товаров и услуг, или другую информацию, которую законодатель квалифицирует как незаконную. Для Оператора связи существует обязанность по доставке любого сообщения электросвязи безотносительно к его содержанию.
Действуя в качестве оператора связи, ПАО «МТС» обязано передавать с помощью своей сети любые SMS-сообщения безотносительно к тому, кто их отправляет и кому они направлены.
ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в свою очередь представило информацию (вх№ 1211э от 15.03.18г., вх№2523 от 27.03.18г.) из которой следует, что в рамках заключенного между ПАО «МТС» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» Агентского договора №D170355665 от 01.12.2017г., ООО «ДЭНИ КОЛЛ», выступая в качестве агента, приняло на себя обязательства осуществлять от имени ПАО «МТС» юридические и фактические действия, на условиях Договора, в целях заключения договоров об оказании Услуг с Заказчиками рассылки от имени и за счет МТС (пункт 3.3.1 Агентского договора).
ООО «ДЭНИ КОЛЛ» во исполнение условий Агентского договора, выступая от имени и за счет ПАО «МТС», заключило договор №МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017г. (далее - «Договор») с ООО «СМС-центр», условиями которого установлено следующее. Оператор (ПАО «МТС») оказывает Заказчику рассылки

(ООО «СМС-центр») SMS-рассылку в соответствии с требованиями настоящего Договора и приложениями к нему, а Заказчик рассылки обязуется оплачивать оказанные услуги SMS-рассылки в соответствии с настоящим Соглашением (п. 2.1 Договора). Оператор осуществляет оказание Услуги - рассылку сообщений только абонентам МТС, являющимся Пользователями Заказчика рассылки (п. 3.3.2 Договора).
ПАО «МТС» выделил ООО «СМС-центр», по его запросу, номер для целей оказания SMS-рассылки (п. 3.3.6 Договора).
Заказчик рассылки (ООО «СМС-центр») до начала оказания своей Услуги обязан получить от Пользователей предварительное согласие на получение Пользователями SMS-сообщений путем регистрации Пользователя в информационных системах Заказчика рассылки (п. 3.3.3 Договора).
ООО «СМС-центр» несет ответственность за полноту и достоверность предоставляемой Пользователям информации. В случае если Пользователю была предоставлена неполная или недостоверная информация, повлекшая для последнего материальный ущерб и/или моральный вред, Заказчик рассылки обязуется возместить Пользователю/ в полном объеме убытки, не исключая материальный ущерб или моральный вред (п. 3.3.4 Договора).
ООО «СМС-центр» до начала оказания своих Услуг должен обеспечить наличие согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений - рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»), при необходимости получить иные согласия от Пользователей, которые требуется оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством РФ (п. 3.3.16 Договора).
Вместе с тем, ООО «СМС-центр» вправе привлекать третьи лица для оказания Услуг Заказчика рассылки и обработки исходящих SMS-сообщений, посредством предоставления им доступа только к своему оборудованию (п. 3.4.1 Договора).
ООО «СМС-центр» представило в адрес Новосибирского УФАС России пояснения и документы (вх. № 1952э от 23.04.2018г.), согласно которым рассматриваемые смс-сообщения направлялись ООО «Медиа технолоджи» через клиентский доступ, предоставленный по договору № 384146 от 01.07.2015г.
В свою очередь ООО «Медиа технолоджи» представили пояснения и документы (вх. № 3028э от 07.06.2018г.), согласно которым деятельность Общество заключается в предоставлении технических средств (системы передачи смс-сообщений с участием человека) заказчикам, которые используют Систему в целях осуществления адресных смс-рассылок в своих интересах или интересах своих клиентов. Таким образом, ООО «Медиа технолоджи» самостоятельно не организовывает смс-рассылку, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе.
Рассылка рассматриваемых смс-сообщений осуществлялась из личного кабинета, закрепленного за ООО «Компания ПЕЛИКАН» по договору оказания услуг № 270116/001 от 27.01.2016г.

Вместе с тем, к ответу ООО «Медиа технолоджи» приложена анкета-согласие на получение персональных предложений компании «Пеликан» от 27.03.2015г., однако персональные данные лица, заполнившего анкету, отличатся от персональных данных абонента-заявителя за исключением указанного абонентского номера: +7<...>.

19.07.2018г. ООО «Компания ПЕЛИКАН» представлены пояснения (вх. № 6180), согласно которым 01.12.2017г. Кожемякина К.Е. совершила покупку в магазине

розничной сети ООО «Компания ПЕЛИКАН», заполнив при этом «Анкету для получения дисконтной карты», в которой выразила согласие на получение от ООО «Компания ПЕЛИКАН» информации о скидках и новостях посредством смс-сообщений, и указав номер мобильного телефона.

За период с даты подписания Кожемякиной К.Е. анкеты по 09.07.2018г. от Кожемякиной К.Е. в адрес ООО «Компания ПЕЛИКАН» не поступало писем с отказом от получения рассылки смс-сообщений.

Также ООО «Компания ПЕЛИКАН» сообщило, что в настоящее время номер телефона +7<...> отключен от смс-рассылки.

Определением об отложении дела от 28.06.2018г., Новосибирским УФАС России направлен запрос заявителю о предоставлении информации по факту передачи абонентского номера: +7<...> в пользование иным лицам в 2015г., в том числе, Кожемякиной К.Е., заполнившей указанную анкету.

В ответ на данный запрос заявителем – владельцем номера телефона +7<...>, представлено письмо, согласно которому абонентский номер <...> <...> заявителем никогда не передавался в пользование иным лицам, в том числе в 2015 году.
Согласно информации, представленной ПАО «МТС», номер телефона +7<...> выделен заявителю, на основании договора об оказании услуг связи в 2007 году.
Следовательно, согласие на распространение рекламных смс-сообщений о компании «Пеликан» было дано иным лицом, не абонентом номера: +7<...>
Исходя из изложенного, рассматриваемые рекламные смс-сообщения направлялись абоненту – владельцу номера +7<...> без предварительного согласия, что является нарушением ч.1 ст. 18 Закона «О рекламе».
Согласно материалам дела рекламораспространителем рассматриваемых смс-сообщений является ООО «Компания ПЕЛИКАН».
В соответствии с положениями Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность осуществляется гражданами и организациями на свой риск. Исходя из материалов дела, ООО «Компания ПЕЛИКАН» не убедилось в принадлежности номера телефона, указанного в анкете покупателя, лицу, заполнившему данную анкету. Таким образом, ООО «Компания ПЕЛИКАН» не предприняло все зависящие от него меры для предотвращения допущенного нарушения законодательства о рекламе.
Исходя из изложенного, ООО «Компания ПЕЛИКАН» нарушило требования ч.1 ст. 18 Закона «О рекламе».
Принимая во внимание сведения ООО «Компания ПЕЛИКАН» об исключении номера телефона +7<...> из базы смс-рассылок, Комиссия Новосибирского УФАС России считает выдачу предписания нецелесообразной.
Рассмотрев материалы дела, Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 3 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

РЕШИЛА:

1. Признать информацию, распространенную на абонентский номер <...> <...> через смс-центр: +7<...> смс-сообщений следующего содержания:

- «Final SALE в Pelican! До -70% на ВСЁ! Торопись - УСПЕЙ купить!», в 15:58 часов

26.01.2018г. (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «Pelican»),

- «Pelican kids снова с вами в ТРЦ «Аура»! Распродажа до 70% на ВСЕ!» в 11:34 часов 02.02.2018г. (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «Pelican»),
- «Заплати за 3 – забери 6! При покупке 3 вещей 3 в подарок! На Весну 2018», в 15:16 часов 09.02.2018г. (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «Pelican»), ненадлежащей рекламой,

а ООО «Компания ПЕЛИКАН» (ОГРН 1075405011769, ИНН 5405343358; дата регистрации: 23.04.2007г.; юридический адрес: 630102, г. Новосибирск, ул. Инская, дом № 56, пом. 11) нарушившим требования ч.1 ст.18 Закона «О рекламе», согласно которой, 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.

2. Не выдавать ООО «Компания ПЕЛИКАН» предписание о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Новосибирского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч.1 ст.14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

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