О П Р Е Д Е Л Е Н И Е № 78

о замене ненадлежащего лица на надлежащее и о прекращении производства по делу

№ 02-38/6р-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

15 апреля 2019 г. г. Магадан

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе
в отсутствии лиц, участвующих в деле, извещенных надлежащим образом о дате и месте рассмотрения дела;

рассмотрев дело № 02-38/6р-2019 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) при рассылке SMS – сообщения – 05.01.2019 в 14:56 с именного номера **2-berega** на номер абонента - заявителя (*****)** (+7 905*****)** с текстом следующего содержания: *«Подарок! СЕГОДНЯ! Пицца Чемпионская+пепси 1л к онлайн заказу! 2b.ru/z6(»,* без согласия абонента на получение сообщения рекламного характера

УСТАНОВИЛА:

05.01.2019 в 14:56 с именного номера **2-berega** на номер абонента - заявителя (*****)** (+7 905*****)** поступило сообщение с текстом: *«Подарок! СЕГОДНЯ! Пицца Чемпионская+пепси 1л к онлайн заказу! 2b.ru/z6(».*

В качестве подтверждения получения указанной рекламы к заявлению приложен скриншот с мобильного телефона заявителя, а также письменное согласие (*****)**на получение Федеральной антимонопольной службой России, а также ее территориальными органами информации о детализации счета, телефонных соединениях, СМС-сообщениях, иных переданных данных на абонентский номер <...> 905***) в сети оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации», необходимых для рассмотрения его обращений.

Владелец сервисного центра отправителя СМС-сообщения **+7 903 701-11-11**, согласно информации, размещенной на сайте Федерального агентства связи (https://www.rossvyaz.ru/docs/articles/DEF-9x.html) , ПАО «Вымпел-Коммуникации» (г. Москва и Московская область).

Приложенными документами подтверждается, что на номер мобильного телефона (* * *) поступило короткое текстовое сообщение «*Подарок! СЕГОДНЯ! Пицца Чемпионская+пепси 1л к онлайн заказу! 2b.ru/z6(*». При этом содержащаяся в данном сообщении информация обезличена (один и тот же текст предназначается для направления неопределенному кругу лиц), привлекает внимание к объекту рекламирования, следовательно, в соответствии с положениями Закона о рекламе, такая информация является рекламой.

По результатам рассмотрения вышеназванного заявления установлено следующее.

Антимонопольным органом был направлен запрос о предоставлении информации в адрес ПАО «Вымпел-Коммуникации» (исх. от 16.01.2019 №01-10/106).

Согласно информации, представленной ПАО «Вымпел-Коммуникации» (вх. 01/279 от 28.01.2019), отправителем указанного СМС-сообщения является ООО «ОСК» на основании Договора об оказании услуг «Билайн» №557897899 от 01.05.2015, а также Дополнительного соглашения №4 на оказание услуги.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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.

При этом согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение ст. 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

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

Согласно письму ФАС России № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе. При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению

рекламы до потребителя. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, и рекламораспространителем не является.

Согласно представленным пояснениям ПАО «Вымпел-Ком» (вх. №01/279 от 28.01.2019), общество обеспечивает возможность приема, передачи, хранения, доставки информации по сетям электросвязи в соответствии с выданной ему лицензией. При этом прием, обработка, передача и доставка сообщений – это технические действия сертифицированного оборудования оператора связи по преобразованию текста, состоящего из алфавитно-цифровых символов в сигнал (в определенной кодировке), передачу по сети электросвязи и обратного сигнала электросвязи в исходный текст.

Оператор связи не является распространителем информации или сведений, содержащихся в сообщении, поскольку выполняет техническую функцию передачи сообщений (закрытого пакета информации), а не информации определенного содержания.

Таким образом, ПАО «Вымпел-Ком» не является рекламораспространителем, рекламопроизводителем или рекламодателем при направлении указанного рекламного сообщения. Общество осуществляет только передачу информации, сформированной отправителем, при этом целью является оказание услуг, а не распространение рекламы.

Согласно п. 1 ст. 63 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), п. 4 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 №1342, Общество обязано обеспечить соблюдение тайны телефонных переговоров, передаваемых по сетям связи.

В силу чч. 1 и 2 ст. 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 силу чч. 1 и 2 ст. 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. Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки (что имело место в рассматриваемом случае) осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Таким образом, положения ст. 44.1 Закона о связи возлагают обязанность получения предварительного согласия от абонента на получение коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи, а также ответственность за рассылку коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента – на заказчика рассылки.

В соответствии с п. 1 ст. 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

Магаданским УФАС России в адрес отправителя рекламного сообщения ООО «ОСК» направлены запросы от 01.02.2019 №01-10/276, 25.02.2019 №01-10/497 о предоставлении информации.

Согласно представленным ООО «ОСК» сведениям (вх. №01/809 от 29.02.2019) Обществом проведена проверка и установлено, что отправителем указанного сообщения является ООО «Мобилипэй» на основании Договора №sms39/08-17 от 16.08.2017.

В силу представленной копии договора и приложению №2 к договору ООО «ОСК» оказывает Заказчику (ООО «Мобилипэй») техническую услугу предоставления доступа к программному обеспечению, позволяющему производить доставку СМС-сообщений Заказчика через СМС-сервер оператора связи.

Согласно ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если **рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.**

Распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц к деятельности по торговле пищевыми продуктами. Необходимую информацию можно узнать по указанной ссылке, что формирует и поддерживает интерес к деятельности продавца, тем самым способствуя продвижению такой деятельности на рынке, что по всем

признакам соответствует понятию рекламы.

Согласно п. 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, смс-реклама, доставленная 05.01.2019 в 14:56 по сети подвижной радиотелефонной связи на телефонный номер гражданина (*****)** без его предварительного согласия, содержит признаки нарушения требования **ч. 1 ст. 18** Закона «О рекламе».

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

По результатам рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе установлено следующее.

Определением № 49 от 14.03.2019 о возбуждении дела № 02-38/6р-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе у лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «Мобилипэй», были запрошены документы и пояснения, имеющие значение для правильного и всестороннего рассмотрения дела.

Срок предоставления информации – до 25.03.2019.

22.03.2019 в адрес Магаданского УФАС России от ООО «Мобилипэй» поступили пояснения (вх. №02/1156), согласно которым Общество не является рекламораспространителем на основании заключенного между ООО «Мобилипэй» и ООО «Нева Брендинг» договора №3/18-МТ от 01.12.2018.

В силу Договора ООО «Мобилипэй» обеспечивает техническую возможность подключения к оборудованию для отправки СМС-сообщений, при этом формирование текста сообщений и назначение адресата осуществляется ООО «Нева Брендинг» самостоятельно.

В соответствии с информацией, представленной ООО «Мобилипэй» и информацией, которой располагает в настоящее время Магаданское УФАС России, рекламораспространителем в данном случае является ООО «Нева Брендинг».

Магаданским УФАС России направлен запрос в ООО «Нева Брендинг» о предоставлении информации (от 25.03.2019 №01-10/837) в срок до 09.04.2019 по факту распространения вышеуказанной рекламы.

Согласно представленным сведениям и документам ООО «Нева Брендинг» в адрес терруправления (вх. 02/1617 от 15.04.2019) Общество является рекламной компанией, оказывающей услуги по продвижению продукции под знаком обслуживания «2 Берега» на рынке общественного питания.

Рекламирование осуществляется, в том числе путем направления рекламных предложений брэнда «2 Берега» через СМС-сообщения потребителям, которые заказывали эту продукцию ранее.

Согласно представленным документам ООО «Нева Брендинг» 03.02.2018 был оформлен заказ на сайте 2-berega.ru, в процессе оформления заказа Абонент +7 905*** предоставил свои персональные данные (фамилия, имя, отчество, контактный телефон, адрес доставки), необходимые компании для исполнения заказа.

При оформлении заказа на изготовление и доставку продукции «2 Берега», Абонент соглашается с правилами оказания услуг.

Правила оказания услуг являются публичной офертой и ознакомиться с ними можно на официальном сайте «2 Берега» https://2- berega.ru/o-nas/rules.

Субъект персональных данных, акцептируя указанную оферту, осуществляет конклюдентные действия, выражающие его волю и согласие на обработку его персональных данных, предоставленных при заполнении заявки на покупку товаров.

Абонент, в момент оформления заказа, выражает свое согласие на обработку персональных данных путем нажатия кнопки, подтверждающей предоставление согласия на обработку персональных данных, отсутствие которого не дает возможности продолжить оформления заказа.

Согласно п. 9.1. Правил оказания услуг, предоставляя свои персональные данные при оформлении Заказа продукции, Потребитель соглашается на их обработку Исполнителем, в том числе в целях продвижения продукции и услуг, а также дает согласие на получение информационных и рекламных сообщений в виде SMS, электронных писем и иных форм передачи информации.

Политикой Конфиденциальности (https://2-berega.ru/o-nas/confidence) предусмотрено, что Пользователь имеет право отменить ранее данное согласие на обработку персональных данных путем направления сообщения по форме обратной связи, размещенной на сайте. В случае получения сообщения об отмене согласия на обработку персональных данных Пользователя Администрация сайта принимает незамедлительные меры к исключению персональных данных Пользователя из базы данных и прекращает их обработку любым способом, кроме случаев, предусмотренных законом.

Общество пояснило, что абонент +7 (905)*** исключен из базы рассылки ООО «Нева Брендинг», о чем проинформирован клиентской службой «2 Берега».

Таким образом, имеется необходимость в замене ненадлежащего лица, в отношении которого может быть вынесено решение по делу, - ООО «Мобилипэй» на надлежащее - ООО «Нева Брендинг».

На основании вышеизложенного СМС-сообщение, доставленное 05.01.2019 в 14:56 с именного **2-berega** на номер абонента - заявителя (*****)** (+7 905 *****)** по сети подвижной радиотелефонной связи, направлено с его предварительного согласия, не содержит признаки нарушения требований ч. 1 ст. 18 Закона «О рекламе».

В соответствии с п. 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 N 508, Комиссия прекращает рассмотрение дела о нарушении законодательства о рекламе в случае неподтверждения в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Магаданского УФАС России приходит к выводу об отсутствии в действиях ООО «Нева Брендинг» признаков нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

На основании изложенного, в соответствии с п. 32, пп. «а» п. 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением РФ от 17.08.2018 №508, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Заменить ненадлежащее лицо, в отношении которого может быть вынесено решение по делу, - ООО «Мобилипэй» на надлежащее - ООО «Нева Брендинг» .
2. Производство по делу № 02-38/6р-2019 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе в отношении ООО «Нева Брендинг» (ИНН 7805729293, 198097, г. Санкт-Петербург, ул. Трефолева, д. 2, лит. Б, оф. 311) прекратить.