

РЕШЕНИЕ

15. июня 2018 г. г. Саратов

Комиссия Саратовского УФАС России по рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства (далее – Комиссия) в составе:

1. <...> •
2. <...> •
3. <...> •

рассмотрев дело № 1-18р по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», возбужденного по заявлению гр. <...> (вх. № 107 от 18.01.2018) о получении им на номер <...> СМС-сообщения рекламного характера следующего содержания:

- «СУМАШЕДШАЯ РАСПРОДАЖА в РИВ ГОШ! С 17 по 31 января скидки до -50%! Подробности: т.88003332020, goo.gl/QiQVqW», поступившее 18.01.2018 в 14:24,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Саратовского УФАС России поступило заявление гр. <...> (далее Заявитель) о получении им на номер <...> рекламного СМС-сообщения следующего содержания: «СУМАШЕДШАЯ РАСПРОДАЖА в РИВ ГОШ! С 17 по 31 января скидки до -50%! Подробности: т.88003332020, goo.gl/QiQVqW».

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 35-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.

Как следует из заявления гр. <...>, данное СМС-сообщение, поступило 18.01.2018 в 14:24 без предварительного согласия на его получение, с номера, имеющего буквенно-цифровое обозначение RiveGauche, через СМС-центр +79037011111.

Саратовским УФАС России был направлен запрос оператору мобильной связи абонента <...> ПАО «ВымпелКом» (исх. № 02/1-737 от 20.02.2018).

Согласно представленному ответу ПАО «ВымпелКом» (исх. № б/н от 07.03.2018) между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Айдиджитал» был заключен Договор об оказании услуг

связи «Билайн» № 557898006 от 01.05.2015, а также Дополнительное соглашение №3 от 01.11.2016 на оказание услуги по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (SMS-сообщений) от Абонента к Пользователю. В соответствии с условиями Дополнительного соглашения Оператор предоставляет Абоненту услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц Абонентом/партнерами Абонента. При пользовании услугами Абонент самостоятельно, без участия Оператора, определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст, и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера своих клиентов, являющихся Пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Оператора и/или других Операторов подвижной радиотелефонной связи в интересах Абонента/партнеров Абонента. При этом Абонент обязуется осуществлять отправку СМС-сообщений Пользователю, только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально (п. 4.2 Дополнительного соглашения № 3 от 01.11.2016). Согласно п.п. 4 п. 4.1 Типового договора об оказании услуг связи Билайн абонент обязуется не использовать телефонный номер для проведения викторин, конкурсов, рекламы, опросов, массовых рассылок и пр.

В ходе рассмотрения дела, ООО «АйДиджитал» представило письменные объяснения (исх. № 1604/18-003 от 16.04.2018) из которых следует, что ООО «АйДиджитал» является техническим провайдером, предоставляющим своим клиентам возможность осуществления отправки СМС-сообщений через выделенные операторами сотовой связи номера и идентификаторы путем заключения договоров возмездного оказания услуг.

Так, ООО «БИФРИ» заключило договор №0412/08 от 4 декабря 2008 года (далее - «Договор») с ООО «Ритейл Трейд», на основании которого ООО «БИФРИ» приняло на себя обязательство по оказанию ООО «Ритейл Трейд» услуг по обработке и передаче СМС-сообщений, формируемых ООО «Ритейл Трейд» до СМС-Центра операторов с целью их последующей передачи абонентам. Исходя из данных, находящихся в открытом доступе на сайте <https://egrul.nalog.ru/>, ООО «Ритейл Трейд» является правопродшественником ООО «АромаЛюкс» и именуется в соответствии с актуальным наименованием юридического лица. Договор №0412/08 от 4 декабря 2008 года на основании соглашения о замене стороны к вышеуказанному Договору от «01» апреля 2015 года был переуступлен ООО «АйДиджитал».

После заключения и во исполнение вышеуказанного Договора ООО «АромаЛюкс» был выделен аккаунт на сайте www.smsdirect.ru (далее - «Сайт»), администратором которого является ООО «АйДиджитал», в результате чего ООО «АромаЛюкс» получило возможность посредством Сайта ООО «АйДиджитал» производить со своего оборудования СМС-рассылку путем ручного набора СМС-сообщений и номеров абонентов, в том числе, направлять СМС-сообщения с любым текстом конкретным абонентам на конкретные телефонные номера при условии соблюдения условий Договора и действующего законодательства РФ.

ООО «АйДиджитал» пояснило, что Данными Системы статистического учета приема-передачи сообщений ООО «АйДиджитал» подтверждается факт отправки ООО «АромаЛюкс» 18 января 2018 года в 14:24:33 смс-сообщения с текстом «СУМАШЕДШАЯ РАСПРОДАЖА в РИВ ГОШ! С 17 по 31 января скидки до -50%! Подробности: т.88003332020, goo.gl/QiQVqW», абоненту с номером <...> (далее - «Абонент») посредством соединения с оборудованием ООО «АйДиджитал».

Определением Комиссии об отложении рассмотрения дела № 1-18р от 10.05.2018 было

привлечено в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по делу № 1-18р ООО «АромаЛюкс» (ИНН 7810022460, ОГРН 1057810129266, зарегистрированное по адресу: 198095, г. Санкт-Петербург, Митрофаньевское шоссе, д. 2, корпус 9, литер В, помещение 18).

В ходе рассмотрения дела ООО «АромаЛюкс» представило письменные пояснения (исх. № 1206 от 14.06.2018) из которых следует, что ООО «АромаЛюкс» действительно являлось рекламодателем, рекламопроизводителем и рекламораспространителем рекламы следующего содержания: «СУМАШЕДШАЯ РАСПРОДАЖА в РИВ ГОШ! С 17 по 31 января скидки до -50%! Подробности: т.88003332020, goo.gl/QiQVqW» (далее - рассматриваемая реклама) посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде СМС-сообщения, в том числе и на абонентский номер <...>.

Распространение вышеуказанной рекламы осуществлялось на основании договора № 0412/08 от 04.12.2008 г., заключенного между ООО «Ритейл Трейд» и ООО «БИФРИ». ООО «Ритейл Трейд» было присоединено к ООО «АромаЛюкс» (соответствующие изменения зарегистрированы МИФНС России № 15 по Санкт-Петербургу 20 мая 2011 года, отображено в выписке из ЕГРЮЛ в открытом доступе на сайте <https://egrul.nalog.ru/> 01 апреля 2015 года к указанному договору было заключено соглашение о замене стороны: ООО «БИФРИ» на ООО «АйДиджитал». Согласно п.3.1. Договора №0412/08 от 04.12.2018 ООО «АйДиджитал» предоставляет ООО «АромаЛюкс» доступ и интернет-сайту www.smsdirect.ru ООО «АромаЛюкс» формирует содержание рекламного сообщения и определяет адресатов рекламы.

Периодом распространения вышеуказанной рекламы был один день - 18 января 2018 года, в настоящее время указанная реклама не распространяется.

Рассматриваемая реклама была направлена абонентам - владельцам дисконтных карт (стандартных и золотых) РИВ ГОШ, предоставившим согласие Обществу с ограниченной ответственностью «АромаЛюкс» на получение информации о рекламных акциях и мероприятиях в сети РИВ ГОШ (далее - CRM система ООО «АромаЛюкс»).

Также, Общество пояснило, что направление рассматриваемой рекламы на абонентский номер <...> было осуществлено с согласия абонента - <...>, которое было выражено путем заполнения анкеты при активации золотой карты, что подтверждается скриншотом карточки клиента <...> из CRM системы ООО «АромаЛюкс». Так, по данным CRM системы ООО «АромаЛюкс» <...> является владельцем золотой карты РИВ ГОШ. Золотая карта активирована 26 июля 2017 года путем заполнения анкеты на информационной интерактивной стойке в магазине РИВ ГОШ по адресу: г. Москва ул. Земляной вал, д. 33 ТРК «Атриум». Указанный порядок действий предусмотрен пп. 4.2.6., 4.2.7.1. Положения о дисконтной программе, утвержденного генеральным директором ООО «АромаЛюкс» 01.06.2014 г. (редакция, которая действовала на момент активации <...> золотой карты РИВ ГОШ). Положение о дисконтной программе находится в открытом доступе на сайте <http://www.rivegauche.ru/> и в каждом магазине РИВ ГОШ в Уголке потребителя.

Согласно пояснениям ООО «АромаЛюкс», заполнение анкеты осуществляется в три этапа:

На первом этапе владелец дисконтной карты заполняет обязательные поля: номер золотой карты для активации, фамилия, имя, дата рождения, пол.

На втором этапе осуществляется ввод контактной информации с указанием приоритетного канала информирования: посредством смс-сообщения на телефонный номер или по электронной почте.

На третьем этапе происходит подтверждение принадлежности введенного номера телефона или адреса электронной почты путем введения кода, полученного клиентом на указанный им канал информирования.

Согласно приложенному к пояснениям скриншоту формы анкеты, на всех трех этапах содержится следующая информация:

«Настоящим я подтверждаю, что проинформирован о том, что, предоставляя свои персональные данные при авторизации/регистрации, я становлюсь участником Программы лояльности, в том числе даю свое согласие Компании (ООО «АромаЛюкс») осуществлять обработку (получение, сбор, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение, извлечение, использование, передачу (распространение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение, в том числе с помощью средств автоматизации и вычислительной техники), а также поручать обработку другому лицу указанных в анкете моих персональных данных, в целях исполнения Компанией своих обязательств перед клиентом в рамках Программы лояльности, на предоставление информации о рекламных акциях и программах для клиентов (владельцев дисконтных карт РИВ ГОШ). Я проинформирован, что настоящее согласие может быть мною отозвано в любой момент путем направления письменного уведомления на почтовый ящик info@rivegouche.ru или устно по телефону 8 800 333 20 20. Настоящим гарантируется конфиденциальность при обработке Ваших персональных данных».

Таким образом, заполнение анкеты означает акцепт клиентом размещенной оферты и присоединение к Положению о дисконтной программе (п. 4.3.1 Положения о дисконтной программе).

П. 4.3.3. Положения о дисконтной программе - принимая участие в дисконтной программе и заполняя анкету, каждый участник тем самым подтверждает свое согласие на использование предоставленной информации компанией в маркетинговых и/или рекламных целях методами, которые не нарушают действующее законодательство РФ.

П. 5.2. Положения о дисконтной программе - данные, предоставляемые при заполнении анкеты, будут использованы для формирования базы данных о покупателях и для информирования покупателей об акциях и специальных предложениях сети РИВ ГОШ. Заполнение анкеты означает согласие на использование и обработку данных, содержащихся в анкете, до момента отзыва такого согласия. Покупатель может отозвать согласие письменным заявлением в свободной форме.

По мнению ООО «АромаЛюкс» вышеописанный порядок получения согласия соответствует требованиям действующего законодательства РФ. А именно:

Частью 1 ст. 18 Закона N 38-ФЗ установлено, что 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.

В п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» установлено, что 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.

В соответствии с п. 3 ст. 438 ГК РФ такое согласие (акцепт) может быть получено путем выполнения действий по выполнению указанных в оферте условий.

В связи с изложенным, ООО «АромаЛюкс» считает, что гр. <...>, выполнив совокупность действий при заполнении анкеты на информационной интерактивной стойке, выразил согласие на получение на телефонный номер <...> СМС-сообщений рекламного содержания от ООО «АромаЛюкс».

В результате анализа информации и документов, представленных по запросам, Комиссией Саратовского УФАС России установлено следующее:

В соответствии с п. 1 ст. 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.

Согласно [письму](#) ФАС России от 25.06.2013 N АК/24455/13 под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному списку. Информация, указанная в рассматриваемом SMS-сообщении, содержит сведения об услугах обобщенного характера, представляет интерес для неопределенного круга лиц и является рекламой.

Из текста рекламной информации: «СУМАШЕДШАЯ РАСПРОДАЖА в РИВ ГОШ! С 17 по 31 января скидки до -50%! Подробности: т.88003332020, goo.gl/QiQVqW» не следует, что указанная распродажа распространяется только на абонента <...>, в адрес которого поступило вышеуказанное СМС-сообщение.

Таким образом установлено, что указанная рекламная информация распространяется на неопределенный круг лиц и направлена на привлечение внимания к продукции, реализуемой в магазинах РИВ ГОШ, следовательно является рекламой.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с Письмом ФАС России от 25.09.2017 N АК/65823/17 «О распространении рекламы по сетям электросвязи посредством SMS-рассылки»

согласно части 1 статьи 44.1 Федерального 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.

Согласно п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако 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.

Из информации, содержащейся в Анкете на информационной интерактивной стойке в магазине РИВ ГОШ, представленной в виде скриншота к письменным пояснениям ООО «АромаЛюкс», следует: *«Настоящим я подтверждаю, что проинформирован о том, что, предоставляя свои персональные данные при авторизации/регистрации, я становлюсь участником Программы лояльности, в том числе даю свое согласие Компании (ООО «АромаЛюкс») осуществлять обработку (получение, сбор, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение, извлечение, использование, передачу (распространение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение, в том числе с помощью средств автоматизации и вычислительной техники), а также поручать обработку другому лицу указанных в анкете моих персональных данных, в целях исполнения Компанией своих обязательств перед клиентом в рамках Программы лояльности, на предоставление информации о рекламных акциях и программах для клиентов (владельцев дисконтных карт РИВ ГОШ). Я проинформирован, что настоящее согласие может быть мною отозвано в любой момент путем направления письменного уведомления на почтовый ящик info@rivegouche.ru или устно по телефону 8 800 333 20 20. Настоящим гарантируется конфиденциальность при обработке Ваших персональных данных».*

Вместе с тем, анкеты на информационной интерактивной стойке в магазине РИВ ГОШ как правило находятся на кассе магазина, в связи с чем анкету с личными данными покупателя заполняет сотрудник магазина РИВ ГОШ.

Таким образом, информацию в анкете о том, что покупатель становится участником Программы лояльности, а также о том, что обработка персональных данных, осуществляется, в том числе, в целях исполнения Компанией своих обязательств

перед клиентом в рамках Программы лояльности, на предоставление информации о рекламных акциях и программах для клиентов (владельцев дисконтных карт РИВ ГОШ), покупатель увидеть не может.

Кроме того, из заявления гр. <...> следует, что согласие на получение рекламных СМС-сообщений на номер <...> он не давал, что свидетельствует о том, что сотрудники магазина РИВ ГОШ не проинформировали гр. <...> о вышеуказанной информации из анкеты.

Из письменных пояснений ООО «АромаЛюкс» следует, что заполнение анкеты означает акцепт клиентом размещенной оферты и *присоединение к Положению о дисконтной программе* (п. 4.3.1 Положения о дисконтной программе), ссылаясь при этом на п. 4.3.3 и п. 5.2 указанного Положения, из которых следует:

- принимая участие в дисконтной программе и заполняя анкету, каждый участник тем самым подтверждает свое согласие на использование предоставленной информации компанией в маркетинговых и/или рекламных целях методами, которые не нарушают действующее законодательство РФ (п. 4.3.3. Положения о дисконтной программе).

- данные, предоставляемые при заполнении анкеты, будут использованы для формирования базы данных о покупателях и для информирования покупателей об акциях и специальных предложениях сети РИВ ГОШ. Заполнение анкеты означает согласие на использование и обработку данных, содержащихся в анкете, до момента отзыва такого согласия. Покупатель может отозвать согласие письменным заявлением в свободной форме (П. 5.2. Положения о дисконтной программе).

Вместе с тем, в представленном скриншоте анкеты на интерактивной стойке в магазине РИВ ГОШ не содержится отсылки к положению о дисконтной программе от 01.06.2014.

В связи с изложенным, доказательства того, что абонент номера <...>, на который поступило рекламное СМС-сообщение следующего содержания: «СУМАШЕДШАЯ РАСПРОДАЖА в РИВ ГОШ! С 17 по 31 января скидки до -50%! Подробности: т.88003332020, goo.gl/QiQVqW», был проинформирован о присоединении к Программе лояльности, о возможности ознакомления с положением об указанной программе на сайте магазина РИВ ГОШ, а также о том, что заполнив анкету (указав в ней ФИО, номер мобильного телефона и адрес электронной почты), он автоматически дал согласие на получение рекламных СМС-сообщений на указанный в анкете номер мобильного телефона, отсутствуют.

Таким образом, волеизъявление абонента номера <...> на получение от ООО «АромаЛюкс» рекламного СМС-сообщения следующего содержания: «СУМАШЕДШАЯ РАСПРОДАЖА в РИВ ГОШ! С 17 по 31 января скидки до -50%! Подробности: т.88003332020, goo.gl/QiQVqW» не установлено.

На основании изложенного, указанная реклама содержит признаки нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение ч. 1 ст. 18 настоящего Федерального закона несет рекламораспространитель.

Согласно п.7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме, с использованием любых средств.

Таким образом, ООО «АромаЛюкс», распространив СМС-сообщение рекламного характера следующего содержания: «СУМАШЕДШАЯ РАСПРОДАЖА в РИВ ГОШ! С 17 по 31 января скидки до -50%! Подробности: т.88003332020, goo.gl/QiQVqW», поступившее 18.01.2018 в 14:24, без предварительного согласия абонента телефонного номера <...>, нарушило ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Вместе с тем, из письменных пояснений ООО «АромаЛюкс» следует, что вышеуказанная рекламная информация распространялась только один день – 18 января 2018 года. В связи с изложенным, основания для выдачи предписания отсутствуют.

Руководствуясь пунктом 2 части 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 следующего содержания: «СУМАШЕДШАЯ РАСПРОДАЖА в РИВ ГОШ! С 17 по 31 января скидки до -50%! Подробности: т.88003332020, goo.gl/QiQVqW», поступившее 18.02018 в 14:24 на телефонный номер <...>, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Саратовского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 [ст. 14.3](#) Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 29 июня 2018 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии:

<...>

<...>