

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 20/18

«17» сентября 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: В.Ю. Строгин – главный специалист-эксперт отдела рекламы;

М.О. Хрипченко – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело №20/18, возбужденное по факту рассылки на телефонный номер заявителя SMS-сообщения, с признаками нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»),

в отсутствии:

- заявителя – абонент номера: + 7 <...>;

- представителей лица, в действии которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – АО «Загрузка» (ИНН 7703544582), ООО «Айти поток» (ИНН 7724352306), ИП Лукашенко А.Д. (ИНН 77290313475) - сведения о надлежащем уведомлении лиц имеются в материалах дела),

- в присутствии представителя ИП Цитури М. В. (ИНН 540452494450) по Доверенности. №54АА3050946 от 27.08.18г. <...>

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление физического лица (вх. № 805э от 19.02.2018г.) по факту распространения смс-сообщения на абонентский номер заявителя:...4, следующего содержания: «День Влюбленных! Свежие цветы в салонах Амур! Предъяви код 5307 на кассе – получи конфеты Раффаялло в подарок!», в 10:02 часов 14.02.2018г. (в качестве отправителя указан: «Amournsk.ru»), без получения предварительного согласия абонента - заявителя.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 рекламодатель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).

Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно сведениям, имеющимся в распоряжении Новосибирского УФАС России, оператором связи заявителя - абонента номера:..., является ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» сообщило (вх.№ 1091 от 07.03.18г., 1917 от 07.03.18г.), что отправку рассматриваемого смс-сообщения осуществила компания АО «Загрузка» (ранее – АО «Связной Загрузка, ИНН 7703544582), в силу заключенного между сторонами Договора на предоставление услуг № 217/SMS-BULK от 01.06.2015 г.

В соответствии с пунктом 1.19 данного Договора «сервисы» - информация, в том числе рекламного характера, о товарах, работах или услугах АО «Загрузка» или его клиентов, рассылаемая Исполнителем посредством SMS-MT-сообщений абонентам, выразившим свое предварительное согласие на получение такой информации.

Согласно пункту 3.2.8 Договора, АО «Загрузка» обязуется инициировать смс-рассылки с соответствующим сервисом только в отношении тех абонентов Исполнителей, которые выразили АО «Загрузка» или его клиентам свое согласие на получение такого сервиса, путем совершения действий, однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление.

Согласно пунктам 6.1, 6.2, 6.4 Договора, всю ответственность за содержание, достоверность и происхождение сервисов (информации) в SMS-MT-сообщениях несет АО «Загрузка», включая установление лица, в интересах которого осуществляется смс- рассылка. АО «Загрузка» несет ответственность за несоответствие содержания сервисов требованиям законодательства Российской Федерации, в том числе Федеральному закону от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

В ответ на Определение о возбуждении дела АО «Загрузка» представило пояснения, согласно которым рассылка рассматриваемого смс-сообщения осуществлялась с помощью технических услуг АО «Загрузка» по заказу ООО «Айти поток» (ОГРН 1167746141111) на основании Договора №СМС-09/16 от 01.06.16г.

19.04.18г. Определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела ООО «Айти поток» было привлечено к данному делу в качестве лица, в действии которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «Айти поток» направило в адрес Новосибирского УФАС России информацию

(вх№ 3077э от 09.06.18г.), согласно которой рассылку вышеуказанного смс-сообщения осуществил ИП Лукашенко А.Д. на основании Договора № 1605/5 от 05.05.2016 заключенного между ООО «АйТи Поток» и ИП Лукашенко А.Д. (ИНН 77290313475, 119192, Россия, г. Москва, Мичуринский пр-кт, 17-29).

В соответствии с пунктом 1.1. Договора Исполнитель (ООО «АйТи Поток») предоставляет за плату Заказчику (ИП Лукашенко А.Д.) услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS-сообщений.

Таким образом, Исполнитель обеспечивает Заказчику техническую возможность в формировании и отправке смс-сообщений. При этом, Заказчик самостоятельно, без участия Исполнителя, определяет и формирует содержание данных смс-сообщений, а также определяет круг абонентов, которым направляются данные сообщения.

В соответствии с условиями Договора ООО «АйТи Поток» оказывает услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS-сообщений. Рассылку и формирование СМС- сообщений ООО «АйТи Поток» не осуществляет, а также не определяет круг лиц, которым осуществляется рассылка.

В соответствии с положениями данного Договора ЗАКАЗЧИК обязан при формировании текста сообщения соблюдать Федеральный закон «О рекламе» и иное действующее законодательство; не использовать Услуги с нарушением действующего законодательства, в том числе для распространения информации и рекламы без предварительного Согласия Абонента или адресата, когда такое согласие требуется в соответствии с действующим российским или международным законодательством;

Согласно п. 2.3.6. Приложения № 1 к договору №1605/05 от 05.05.2016 ИП Лукашенко А.Д. должен самостоятельно получить согласие от абонентов сотовой связи на рассылку СМС-сообщений.

Кроме того ООО «АйТи Поток» в материалы дела представлены пояснения руководителя цветочного магазина «Амур» - ИП Цитури М.В., в силу которых, абонент с номером +7 <...> 30.08.2015 в 18.47 совершил заказ на сайте компании <https://amoumsk.ru>. При оформлении заказа на данном сайте клиент осуществил заказ, при котором произошло автоматическое принятие Договора - оферты и дал согласие на обработку персональных данных.

В силу пп. 14.1-14.2 Договора – оферты, при регистрации на Сайте и оформлении заказа Клиент дает согласие на получение от Продавца рассылок рекламно-информационного характера. Указанные рассылки содержат информацию о предстоящих акциях, розыгрышах и других мероприятиях Продавца. Рассылки поступают в виде электронного письма на электронный адрес и/или короткого сообщения (sms) на номер телефона, указанный Клиентом при регистрации и оформлении заказа. Рекламно-информационные материалы могут предоставляться в виде бумажно-полиграфической и сувенирной продукции, вкладываться в заказы клиентов и доставляться на указанный почтовый адрес в виде писем и посылок.

Таким образом, рассылка смс-сообщения следующего содержания: «День Влюбленных! Свежие цветы в салонах Амур! Предъяви код 5307 на кассе – получи конфеты Раффаэлло в подарок! +7 <...>», в 10:02 часов 14.02.2018г. (в качестве отправителя указан: «Amournsk.ru»), производилась в интересах ИП Цитури М.В. (выгодоприобретатель).

11.07.2018г. ИП Лукашенко А.Д. представлены пояснения и документы (вх. № 5920), согласно которым ИП Лукашенко А.Д. осуществляет деятельность по предоставлению другим организациям сервис (техническую возможность) по отправке различного рода смс-сообщений. Самостоятельно ИП Лукашенко А.Д. не формирует тексты смс-сообщений.

Одним из клиентов ИП Лукашенко А.Д. является ООО «БИС», в соответствии с договором № 80003015340/12 от 16.09.2015г., у которой имеется свой сайт. Клиенты ООО «БИС» регистрируются на данном сайте, получают доступ в личный кабинет, через который они самостоятельно могут осуществлять рассылку смс-сообщений своим клиентам.

У ООО «БИС» также имеется сеть дилеров, которые через свои сайты также предоставляют сервис по рассылке смс-сообщений своим клиентам. В целях недопущения распространения смс-сообщений рекламного характера без согласия абонентов, в каждом договоре с Дилером предусмотрены условия о том, что клиент должен в обязательном порядке получить предварительное согласие абонентов на получение смс-сообщений, а также любым доступным способом довести до сведения получателя SMS-сообщения информацию о возможности и способе, с помощью которого адресат сообщения может отказаться от дальнейшего получения рассылки SMS-сообщений. В какой форме будет получено согласие, каждый клиент определяет для себя сам. Это могут быть письменные анкеты либо заполнение определенных форм на страницах сайта. В связи с тем, что ИП Лукашенко непосредственно рассылку смс-сообщений не производит, у меня согласия абонентов на рассылку смс не хранятся. Такие согласия есть непосредственно у клиента дилера, наименование которого и контактные данные известны ООО «БИС».

Также ИП Лукашенко А.Д. представил письмо от ИП Цитури Марии Владимировны, которая, как указывает ИП Лукашенко А.Д., была непосредственным отправителем рассматриваемого смс-сообщения, согласно которому абонент с номером ... совершил заказ на сайте <https://amournsk.ru/>. При оформлении заказа абонент принял условия договора оферты, размещенного на сайте https://amournsk.ru/conversations/public_oferta.pdf. Согласно разделу 14 этого договора оферты при оформлении заказа клиент дал согласие на получение от продавца рассылок рекламно-информационного характера, в том числе об акциях, розыгрышах и предстоящих мероприятиях. Рассылки могут производиться путем отправки смс-сообщений на номер <...> указанный абонентом при оформлении заказа.

Кроме того ИП Лукашенко А.Д. сообщил, что номер абонента +7 <...> поставлен в «стоп-лист», то есть в программе, используемой для рассылки смс-сообщений установлен запрет на отправку смс на данный номер телефона. Установленный запрет распространяется не только на ИП Лукашенко, но и на всех других клиентов компании. Подобная процедура установлена для любого абонента, подавшего ИП Лукашенко А.Д. письменное либо устное заявление о нежелании получать смс-

сообщения.

ИП Цитури Мария Владимировна представила документы и пояснения (вх№6437 от 30.07.18г.) согласно которым, абонент +7 <...> совершил заказ 30.08.2015г. в 18:47 на сайте компании <https://amoumsk.ru/> и оставил свой контактный номер телефона, на который в дальнейшем, в силу договора оферты, ему направлялись смс-сообщения рекламного характера.

ООО «БИС», привлеченное к делу в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства, сообщило (вх№4176э от 02.08.18г.), что ООО «БИС» является компанией, которая предоставляет другим организациям и индивидуальным предпринимателям сервис по отправке различного рода смс-сообщений. Рассылку смс-сообщений для компании «БИС» производит ИП Лукашенко А.Д. (копия договора прилагается). У ИП Лукашенко А.Д. с операторами сотовой связи заключены соответствующие договоры. Непосредственно ООО «БИС» рассылку смс-сообщений не осуществляет.

Согласно условиям Договора между ООО «БИС» и ИП Лукашенко А.Д. рассылка смс производится через Систему (специальный комплекс программных средств) с использованием ресурсов сервера компании ИП Лукашенко А.Д.

У компании «БИС» создан свой сайт, на котором регистрируются все Клиенты. После регистрации каждый Клиент получает доступ в «Личный кабинет», зайдя в который, они могут формировать тексты смс-сообщений и осуществлять рассылку по своей клиентской базе. Вход в «Личный кабинет» возможен только по индивидуальным логину и паролю, которые известны только самому клиенту. Каждый Клиент осуществляет рассылку по собственной клиентской базе, которая также не доступна для ООО «БИС».

С каждым Клиентом заключается договор на предоставление технической возможности (сервиса) для передачи любых смс-сообщений, а не на рассылку рекламы. В каждом договоре между компанией «БИС» и Клиентом в целях недопущения распространения смс-сообщений рекламного характера без согласия абонентов предусмотрены условия о том, что Клиенты обязуются использовать Сервис в соответствии с нормами законодательства о рекламе, не производить массовую рассылку смс-сообщений рекламного характера без предварительного согласия адресатов рассылки, полученного в любой форме, а также любым доступным способом довести до сведения получателя смс-сообщения информацию о возможности и способе, с помощью которых адресат сообщения может отказаться от дальнейшего получения рассылки смс-сообщений. В какой форме будет получено согласие, каждый Клиент определяет для себя сам.

В связи с тем, что ООО «БИС» не производит рассылку смс-сообщений, согласия абонентов на рассылку рекламных смс-сообщений не хранятся, сведения об основаниях направлении рекламы на абонентский номер заявителя и территории распространения рекламы отсутствуют, сведения о критериях отбора абонентских номеров Клиентом отсутствуют.

Одним из клиентов ООО «БИС» является ИП Цитури М.В. (ИНН 540452494450), договор №80006043874/1 от 05.02.2018г. Данный клиент отправил из своего личного

кабинета от буквенного имени отправителя «Amoumsk.ru» смс-сообщение, в отношении которого и поступила жалоба, на номер абонента При проведении данной рассылки, как и при проведении других рассылок клиентом ИП Цитури М.В., текст смс-сообщения определялся отправителем самостоятельно, с ООО «БИС» не согласовывался. ООО «БИС» обеспечивает только техническую возможность по рассылке смс-сообщений. При этом ООО «БИС» не обладает информацией о том, являются данные сообщения рекламными или нет.

16.04.2018 г. согласно условиям договора между ООО «БИС» и ИП Цитури М.В. личный кабинет клиента был заблокирован сразу после получения ООО «БИС» информации о том, что поступила жалоба на рассылку клиента ИП Цитури М.В., до момента предоставления согласия от абонента, пожаловавшегося на рассылку. Номер абонента +7 <...> незамедлительно был внесен в стоп-лист для ограничения рассылки смс-сообщений в будущем любым клиентом ООО «БИС» на данный номер.

Представитель ИП Цитури М.В. самостоятельно, без участия представителя ООО «БИС», осуществил подготовку и проведение рассылки по некой группе адресатов, в том числе и на номер заявителя.

В приложенных ИП Цитури М.В. и ООО «БИС» документах, имеется скриншот из базы данных сайта: <https://amoumsk.ru/>, где указан абонентский номер телефона, имя, электронный адрес почты Клиента, однако, представленные лицам данные не соответствуют персональным данным заявителя, являющемся абонентом номера:....

Таким образом, лицом, совершившим распространение смс-сообщения рекламного характера на абонентский номер заявителя, без получения его согласия, является индивидуальный предприниматель Цитури

17.09.18г. на рассмотрении дела Комиссией Новосибирского УФАС России представитель ИП Цитури М.В. сообщил, что заказчик, при составлении заявки, указал телефон получателя цветов в качестве своего контактного номера телефона, в связи с чем, указанный номер был занесен в 2015г. в базу клиентов ИП Цитури М.В. Заказ был выполнен без замечаний клиента и получателя, отчет о доставке цветов был отправлен на электронную почту заказчику, который также был указан в заполненной заявке-анкете.

На данный момент, абонентский номер:+7 <...> внесен в стоп –лист.

В материалах дела имеется маршрутный лист №3338, подтверждающий факт осуществление доставки заявителю (персональные данные лица, указанного в качестве получателя совпадают с персональными лица заявителя - абонента номера:+7 <...>).

Представитель ИП Цитури М.В. не согласен с наличием в действиях лица нарушений рекламного законодательства, поскольку у ИП Цитури М.В. не было оснований для проверки на достоверность данных лица- клиента, заполнившего анкету.

Новосибирское УФАС России не согласно с позицией ИП Цитури М.В. на основании следующего.

Реклама - средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации. Согласно Международному кодексу рекламной практики под потребителем рекламы «понимается любое лицо, которому адресуется реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем».

Как и следует из материалов дела Клиент, при заполнении анкеты-заявки, указал телефонный номер, абонентом которого он не является. Соответственно, абонентский номер, на который была осуществлена отправка смс-сообщения, принадлежит иному лицу.

Распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель.

ИП Цитури М.В. имела возможность для проверки предварительного согласия абонента, но полагала, что этого не требуется. Лицом не были предприняты исчерпывающие меры для соблюдения требований законодательства о рекламе, в том числе, доказательства осуществления контроля за рассылкой на предмет его законности и обоснованности.

Таким образом, поскольку согласие абонента не было получено, рассылка ИП Цитури М.В. сообщений рекламного характера была осуществлена без согласия абонента-заявителя.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе, ненадлежащая реклама - это реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

РЕШИЛА:

1. Признать информацию, распространенную путем рассылки sms-сообщений на абонентский номер заявителя: +79 <...>, следующего содержания: «День Влюбленных! Свежие цветы в салонах Амур! Предъяви код 5307 на кассе – получи конфеты Раффаэлло в подарок! +7 <...>», в 10:02 часов 14.02.2018г. (в качестве отправителя указан: «Amournsk.ru»), ненадлежащей рекламой,

а индивидуального предпринимателя Цитури Марию Владимировну (ИНН 540452494450, ОГРНИП 309540431700102) нарушившей 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

2. Выдать индивидуальному предпринимателю Цитури Марии Владимировне 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.

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 20/18
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«01» октября 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: В.Ю. Строгин – главный специалист-эксперт отдела рекламы,

М.О. Хрипченко – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы,

на основании своего решения от «01» октября 2018 г. по делу № 20/18 о признании информации, распространенной путем рассылки sms-сообщений на абонентский номер заявителя:..., следующего содержания: «День Влюбленных! Свежие цветы в салонах Амур! Предъяви код 5307 на кассе – получи конфеты Рафаэлло в подарок! ...», в 10:02 часов 14.02.2018г. (в качестве отправителя указан: «Amournsk.ru»), ненадлежащей рекламой,

в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»), пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. Индивидуальному предпринимателю Цитури Марии Владимировне (ИНН 540452494450, ОГРНИП 309540431700102) в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания, прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе.

Для этого не допускать распространения рекламы с нарушением требований 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 распространённой 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 том числе, не допускать к распространению вышеуказанную информацию, без согласия абонента: +7 <...>.

2. ИП Цитури М. В. представить в Новосибирское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до «26» октября 2018г.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Новосибирское УФАС России вправе в соответствии с частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 г. № 195-ФЗ наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей, на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

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