

Заявителю

АО «Загрузка»

115280, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 19, комната 21ф

ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС»

127015, г. Москва, ул. Вятская, д. 27, строение 23, эт 3 пом IV, ком 11

РЕШЕНИЕ

14 мая 2020 года

г. Челябинск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе в составе (далее - Комиссия):

председателя Комиссии: < ... > – заместителя руководителя Челябинского УФАС России;

членов Комиссии: < ... > – начальника отдела контроля торгов и органов власти Челябинского УФАС России,

< ... > – специалиста-эксперта отдела контроля торгов и органов власти Челябинского УФАС России,

рассмотрев дело № 074/05/18-2688/2019, возбужденное по факту поступления 22.09.2019 на телефонный номер заявителя <...> смс-сообщения с рекламой: «15% на ВСЕ еще 2 дня, по 23/09! От 1495р., код 97777, www.bonprix.ru» от отправителя под буквенным обозначением bonprix без предварительного согласия абонента, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального Закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

В Челябинское УФАС России обратилось физическое лицо с заявлением по факту поступления 22.09.2019 на его телефонный номер <...> смс-сообщения с рекламой: «15% на ВСЕ еще 2 дня, по 23/09! От 1495р., код 97777, www.bonprix.ru» от отправителя под буквенным обозначением bonprix без предварительного согласия абонента.

В качестве доказательств заявителем представлен скриншот экрана мобильного телефона с рассматриваемой рекламой.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, а также сведениям, представленным заявителем, телефонный номер <...> входит в ресурс нумерации оператора связи ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» представлена детализация предоставленных услуг абоненту <...> за период с 21.09.2019 по 24.09.2019, в соответствии с которой абоненту <...> 22.09.2019 в 10:40 было направлено смс-сообщение от отправителя под буквенным обозначением bonprix.

Согласно письменным пояснениям ООО «Т2 Мобайл» буквенное обозначение «bonprix» принадлежит АО «Загрузка» (ОГРН: 1057746396113, дата присвоения ОГРН: 10.03.2005, ИНН: 7703544582, КПП: 772501001, адрес регистрации: 115280, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 19, комната 21ф), с которой ООО «Т2 Мобайл» заключен Договор № 217/SMS-BULK от 01.06.2015 в редакции, изложенной в дополнительном соглашении № 4 от 01 марта 2018 года (далее – Договор).

Согласно пункту 3.2.8 Договора АО «Загрузка» обязуется инициировать смс-рассылку с соответствующим сервисом или размещение сервисов только в отношении тех абонентов исполнителей или получателей сервисов, которые выразили заказчику (АО «Загрузка») или клиентам заказчика свое согласие на получение сервиса путем совершения действий, однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление.

В соответствии с пунктом 1.25 Договора под сервисами понимается информация, которая может быть отнесена к сведениям рекламного, справочного или технического характера либо к сведениям, имеющим признак национальной или интернациональной принадлежности, и предназначенная для передачи абонентам или получателям сервисов, выразившим свое предварительное согласие на ее получение.

Согласно письменным пояснениям ООО «Т2 Мобайл», а также пунктам 6.1, 6.2, 6.4 Договора всю ответственность за содержание, достоверность и происхождение сервисов в рамках смс-рассылки, включая установление лица, в интересах которого осуществляется смс-рассылка, несет АО «Загрузка». АО «Загрузка» несет ответственность за несоответствие содержания сервисов требованиям законодательства Российской Федерации.

Челябинским УФАС России запрошена информация у АО «Загрузка».

20.01.2020 АО «Загрузка» представило письменные пояснения по делу № 074/05/18-2688/2019, с приложением соответствующих доказательств.

Согласно данным пояснениям АО «Загрузка» осуществляло смс-рассылку с помощью своих технических услуг по заказу ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» (127015, г. Москва, ул. Вятская, д. 27, строение 23, эт 3 пом IV, ком 11, ОГРН: 5067746543200, дата присвоения ОГРН: 12.09.2006, ИНН: 7713595804, КПП: 771401001), с которым АО «Загрузка» заключен договор № ДКС 05/14 (далее – Договор).

Согласно письменным пояснениям АО «Загрузка» данное общество не участвует в определении получателя, содержания, текста, времени отправки, круга получателей смс-рассылки, а также иных характеристиках рассылки СМС-сообщений, выполняет исключительно технологическую функцию и не является рекламодателем в понимании Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 5.5 Договора АО «Загрузка» не несет ответственности за содержание СМС-сообщений, рассылаемых Заказчиком с использованием Системы Rapporto.

В силу пункта 3.3.6 Договора ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» обязано не допускать при использовании Системы Rapporto нарушений прав и законных интересов третьих лиц, в т.ч. абонентов, а также не допускать своими действиями причинения убытков и/или вреда указанным лицам.

Челябинским УФАС России запрошена информация у ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС».

ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» представило письменные пояснения по делу №074/05/18-2688/2019, с приложением соответствующих доказательств.

Согласно представленным пояснениям заявитель, которому принадлежит телефонный номер <...>, является клиентом ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС».

ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» указывает, что данный клиент зарегистрировался на сайте www.bonprix.ru и таким образом выразил согласие с Сервисными условиями.

Так, в пункте 1.2 Сервисных условий предусмотрено следующее: оформление заказа товара (заключение Договора) означает согласие покупателя с настоящими Сервисными условиями и условиями заказа в целом.

Пунктом 2.1 Сервисных условий предусмотрено, что при совершении любого из действий п. 2.3 настоящих Сервисных условий, покупатель (пользователь Интернет-магазина) дает продавцу согласие: на обработку персональных данных, на получение рекламы и информации от продавца и/или ее партнёров по сетям электросвязи, в том числе через Интернет, в соответствии со статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 2.2 Сервисных условий согласие может быть отозвано Покупателем только при условии письменного уведомления продавца **не менее чем за 180 дней до предполагаемой даты** прекращения использования данных продавцом (соглашение между продавцом и покупателем).

17.09.2019 заявителем отозвано согласие на получение рекламы от www.bonprix.ru (ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС»), которое содержится в переписке между заявителем и представителем ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС».

ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» указывает, что заявителю необходимо было заполнить форму отказа от получения рекламы на сайте www.bonprix.ru.

ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» также представлена карточка клиента, в которой зафиксирован отказ заявителя от рассылки.

22.09.2019 заявителем получено рекламное сообщение от ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС».

В переписке между заявителем и представителем ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» содержатся сведения о запланированных рассылках.

При этом, ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» не пояснило относительно сроков действия запланированных рассылок.

Рассмотрев заявление и материалы, Комиссия приходит к следующим выводам.

Заявителю на его телефонный номер <...> 22.09.2019 в 10:40 поступило смс-сообщение с рекламой: «15% на ВСЕ еще 2 дня, по 23/09! От 1495р., код 97777, www.bonprix.ru» от отправителя под буквенным обозначением bonprix (АО «Загрузка») без предварительного согласия абонента.

Согласно части 1 статьи 3 Федерального 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.

В соответствии с частью 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», объект рекламирования - товар, средства

индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Таким образом, информация, поступившая заявителю посредством смс-сообщения от отправителя под буквенным обозначением bonprix (ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС») является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к услугам компании ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС».

В силу части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи», это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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, не докажет, что такое согласие было получено.

Материалами дела установлено, что на момент направления абоненту рекламного сообщения 22.09.2019 заявитель отозвал свое согласие на получение рекламы.

Доказательств наличия согласия абонента на получение рекламных сообщений ответчиком не представлено.

При этом, Челябинское УФАС России не принимает доводы ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» о наличии у общества согласия абонента на обработку персональных данных и на получение рекламы, которое в силу Сервисных условий, Законодательства о персональных данных может быть **отозвано только при условии письменного уведомления продавца не менее чем за 180 дней до предполагаемой даты** прекращения использования данных продавцом.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в п. 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления **на получение рекламы** от конкретного рекламодателя.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение **именно рекламы**, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с Сервисными условиями в отношении обработки персональных данных. Обратное может привести к злоупотреблениям со стороны рекламодателя, стремящегося любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям законности.

При этом, согласно статье 3 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее – Закон о персональных данных) обработка персональных данных - любое действие (операция) или совокупность действий (операций), совершаемых с использованием средств автоматизации или без использования таких средств с персональными данными, включая сбор, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передачу (распространение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение персональных данных.

В соответствии с частью 5 статьи 21 Закона о персональных данных в случае отзыва субъектом персональных данных согласия на обработку его персональных данных оператор обязан прекратить их обработку или обеспечить прекращение такой обработки (если обработка персональных данных осуществляется другим лицом, действующим по поручению оператора) и в случае, если сохранение персональных данных более не требуется для целей обработки персональных данных, уничтожить персональные данные или обеспечить их уничтожение (если обработка персональных данных осуществляется другим лицом, действующим по поручению оператора) **в срок, не превышающий тридцати дней с даты поступления указанного отзыва**, если иное не предусмотрено договором, стороной которого, выгодоприобретателем или поручителем по которому является субъект персональных данных, иным соглашением между оператором и субъектом персональных данных либо если оператор не вправе осуществлять обработку персональных данных без согласия субъекта персональных данных на основаниях, предусмотренных настоящим Федеральным законом или другими федеральными законами.

Согласно части 6 статьи 21 Закона о персональных данных в случае отсутствия возможности уничтожения персональных данных в течение срока, указанного в частях 3 - 5 настоящей статьи, оператор осуществляет блокирование таких персональных данных или обеспечивает их блокирование (если обработка персональных данных осуществляется другим лицом, действующим по поручению оператора) и обеспечивает уничтожение персональных **данных в срок не более чем**

шесть месяцев, если иной срок не установлен федеральными законами.

Вместе с тем, согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе, рекламодатель обязан **немедленно** прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

При этом, Законом о рекламе **не установлена обязательная письменная форма** отказа от получения рекламы.

Таким образом, порядок обработки персональных данных, закрепленный в Законе о персональных данных, отличен от порядка, закрепленного в Законе о рекламе.

Учитывая, что заявитель отозвал свое согласие на получение рекламы 17.09.2019, то реклама, поступившая на его телефонный номер <...> 22.09.2019, с телефонного номера под буквенным обозначением boprix (ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС») осуществлена без предварительного согласия абонента, и, следовательно, противоречит части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Доказательств отсутствия технической возможности прекращения смс-рассылки незамедлительно после отказа от нее со стороны абонента ответчиком не представлено.

Пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

На основании части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламодателем является ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» (127015, г. Москва, ул. Вятская, д. 27, строение 23, эт 3 пом IV, ком 11, ОГРН: 5067746543200, дата присвоения ОГРН: 12.09.2006, ИНН: 7713595804, КПП: 771401001), которым было направлено смс-сообщение рекламного характера без предварительного согласия абонента с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Поскольку ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» представлена карточка клиента, в которой зафиксирован отказ заявителя от рассылки, то Комиссия считает возможным не выдавать ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 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, распространенную ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» 22 сентября 2019 года путем направления смс-сообщения на телефонный номер заявителя <...> с рекламой: «15% на ВСЕ еще 2 дня, по 23/09! От 1495р., код 97777, www.boprix.ru» от отправителя под буквенным обозначением boprix без предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «ДИРЕКТ КАТАЛОГ СЕРВИС» и его должностного лица.

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>

Исп. <...>