

РЕШЕНИЕ

по делу № 02-38/12р-2019

г. Магадан

Резолютивная часть решения оглашена «25» ноября 2019 г.

В полном объеме решение изготовлено «09» декабря 2019 г.

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

рассмотрев дело № 02-38/12р-2019 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), возбужденное по заявлению К (вх. № 02/2651 от 26.06.2019) по факту направления 08.09.2019 в 12:32 и 04.03.2019 в 17:43 рекламных SMS – сообщений с именного номера **«EDELVEIS»** на номер абонента-заявителя К. (+7-926), без его предварительного письменного согласия,

УСТАНОВИЛА:

Магаданским УФАС России рассмотрено заявление гражданина К. по факту наличия признаков нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) при рассылке с именного номера

«**EDELVEIS**» на номер абонента +7-926 SMS – сообщений рекламного характера без предварительного согласия абонента.

Как установлено Магаданским УФАС России 08.09.2019 в 12:32 с именного номера «**EDELVEIS**» на номер абонента +7-926 поступило сообщение со следующим текстом:

«РАСПРОДАЖА ВЕЛОСИПЕДОВ 2018!

самые низкие цены

Предъявителю смс доп. Скидка 5 %

Жуковский ул. Пушкина д 8, д 2

+4999900092

velozhuk.ru»,

04.03.2019 в 17:43 со следующим текстом:

«РАСПРОДАЖА ЗИМА ОДЕЖДА СПОРТ

Скидки на велосипеды

Жуковский. Пушкина 8.

В качестве подтверждения получения указанных рекламных смс-сообщений к заявлению приложен скриншот с мобильного телефона заявителя, а также письменное согласие К.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 <...> -926) в сети оператора сотовой связи ПАО «Мегафон», необходимых для рассмотрения его обращений.

Согласно части 1 статьи 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 сообщил заявитель, им такого согласия какому-либо лицу не давалось.

Приложенными документами подтверждается, что на номер мобильного телефона заявителя поступили короткие текстовые сообщения с именного номера «EDELVEIS». При этом содержащаяся в данных сообщениях 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.

Распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц к деятельности по продаже одежды и велосипедов. Необходимую информацию можно узнать по указанной в сообщении ссылке, что формирует и поддерживает интерес к деятельности продавца, тем самым способствуя продвижению такой деятельности на рынке, что по всем признакам соответствует понятию рекламы.

В рамках рассмотрения указанного заявления антимонопольным органом направлен запрос о предоставлении информации в адрес ПАО «Мегафон» (исх. № 01-10/2000 от 28.06.2019).

В соответствии с информацией, представленной ПАО «Мегафон» (вх. № 02/2786 от 03.07.2019), отправка указанных СМС-сообщений на номер заявителя осуществлена АО «МегаЛабс» (Оружейный переулок, д. 41, оф. 157, г. Москва, 127006; 2-ой Казачий переулок, д. 11, стр. 1, г. Москва, 119180) на основании договора услуг связи № РМИ-МГФ 01012017 от 01.01.2017.

Учитывая изложенное, Магаданским УФАС России в адрес АО «МегаЛабс» был сделан соответствующий запрос о предоставлении информации.

В ответ на указанный запрос АО «МегаЛабс» пояснило (вх. № 02/3047 от 22.07.2019), что рассылка указанного рекламного сообщения была

осуществлена ООО «ДЭНИ КОЛЛ» на основании договора услуг связи № ДМИ-ДЕНИКОЛЛ-01072016 от 01.07.2016 года.

Общество пояснило, что не является оператором связи, не осуществляет непосредственно направление абоненту коротких текстовых сообщений, не участвует в процессе формирования и направления сообщений, а лишь предоставляет доступ к интерфейсу направления рекламно-информационных материалов. Непосредственное направление осуществляет ООО «ДЭНИ КОЛЛ».

В рамках договора ООО «ДЭНИ КОЛЛ» самостоятельно определяет желаемое имя отправителя, текст, предполагаемого к отправке текстового сообщения, и осуществляет выбор абонента-получателя в электронной форме с помощью имеющегося у него программного интерфейса.

Идентификатор «EDELVEIS» является именем отправителя, которое ООО «ДЭНИ КОЛЛ» самостоятельно указывает при формировании текстового сообщения.

Магаданским УФАС России был сделан запрос в ООО «ДЭНИ КОЛЛ» о предоставлении информации (исх. № 01-10/2132 от 09.07.2019) в срок до 31.07.2019 года.

Согласно информации, представленной ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (вх.№ 02/3138 от 26.07.2019), общество не является заказчиком и распространителем данной рекламы в силу того, что между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (Исполнитель) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Заказчик) заключен партнерский договор № ДП/SMS-5/01122017 JN 01.12/2017 года, в соответствии с которым ООО «ДЭНИ КОЛЛ» оказывает услуги исключительно по предоставлению технической возможности для рассылки СМС-сообщений.

Условия договора содержат указание на то, что распространение рекламы посредством технической возможности Исполнителя без предварительного согласия абонента несет Заказчик. Заказчик гарантирует, что все СМС-сообщения, отправляемые в рамках договора по своему содержанию полностью соответствуют нормам действующего законодательства, в том числе законодательства о рекламе.

В п. 4.5. договора № ДП/SMS-5/01122017 JN 01.12/2017 года предусмотрено, что Заказчик самостоятельно формирует СМС-сообщения, инициирует отправку СМС-сообщений, HLR-запросов,

производит выбор конкретных настроек и опций оказания услуг и совершает другие действия оказания Исполнителем услуг по договору.

Согласно п. 6.14 стороны пришли к соглашению, что Исполнитель не несет ответственности за содержание рекламных сообщений, поскольку не осуществляет постоянный мониторинг рассылки, размещаемой Заказчиком посредством интерфейса. Также исполнитель не несет ответственность за наличие согласия абонентов на получение рекламы, при размещении рекламных сообщений среди абонентов из базы абонентов Заказчика

В целях правильного и всестороннего рассмотрения заявления Магаданским УФАС России был сделан запрос в ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» о предоставлении информации (исх. № 01-10/2131 от 09.07.2019) в срок до 31.07.2019 года.

Из пояснений, представленных ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (вх. № 02/2965 от 16.07.2019) следует, что Общество не является распространителем указанной рекламы.

В своих пояснениях также указало, что рекламораспространителем рассматриваемого смс - сообщения является ООО «ИнфоБип», которому принадлежит буквенный номер «EDELVEIS».

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет ООО «ИнфоБип» техническую возможность отправки СМС-сообщений через программу ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора № ДТ-К/025791 от 25.07.2016 года.

В соответствии с п. 3.3.2 указанного договора ООО «ИнфоБип» («Заказчик») обязан самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно получить от абонента, которому планируется отправка сообщений, письменное согласие на получение таких сообщений.

На основании п. 7.3. Договора ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» не несет ответственность за содержание СМС-сообщений. Полную ответственность за содержание, достоверность, полноту, законность информации несет Заказчик, причем Заказчик обязуется самостоятельно решать все вопросы, связанные с происхождением и содержанием данной информации.

По условиям Договора Заказчик обеспечивает защиту исполнителя от любых исков, административных и судебных разбирательств, претензий со стороны государственных (надзорных) органов, абонентов, операторов связи и иных третьих лиц, связанных с нарушением Заказчиком обязательств, установленных Договором, в том числе, вследствие отсутствия документов, подтверждающих предварительное согласие абонента на получение сообщений от Заказчика.

Учитывая изложенное, Магаданским УФАС России в адрес ООО «ИнфоБип» сделан запрос о предоставлении информации, необходимой антимонопольному органу для правильного и всестороннего рассмотрения заявления.

Из пояснений, представленных ООО «ИнфоБип» следует, что рассылка рассматриваемых смс – сообщений, осуществлялась в рамках договорных отношений с ООО «Интернет – Платформа» на основании договора № 09042018-679 от 01.04.2019 года в соответствии с которым ООО «ИнфоБип» (Исполнитель) обязуется оказывать Заказчику (ООО «Интернет-Платформа») телематические услуги связи по организации и технологическому обеспечению передачи, приема и обработки телематических электронных сообщений в интересах Заказчика.

Согласно п. 3.2.8. договора ООО «Интернет-Платформа» обязуется представить подтверждение наличия согласия Абонентов на получение сообщений Заказчика для ИнфоБип.

В соответствии с п. 3.1.6. Договора Исполнитель обязан не задерживать, не удалять, не редактировать, не влиять, на содержание SMSсообщений, не формировать текст SMS-сообщений, не определять, является ли информация рекламой.

В п. 3.2.3. договора установлена обязанность Заказчика ООО «Интернет-Платформа» использовать услугу только для передачи информации Абонентам, от которых получено предварительное письменное согласие на получение таких сообщений.

Согласно п. 3.2.4. Заказчик (ООО «Интернет-Платформа») обязуется не использовать Услугу для распространения СПАМа.

В своих пояснениях ООО «ИнфоБип» указало, что не является рекламным агентством и не является рекламораспространителем,

не инициировало рассылку, а также не осуществляло контроль содержания SMS - сообщений, не могло определять адресата SMS-сообщений, не имело сведений о содержании SMS - сообщений, а только осуществляло исключительно техническую функцию.

Согласно пункту 5.8 Договора в связи с тем, что Исполнитель не является создателем и рекламодателем сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой Абонентам, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение Сообщений и их содержание в полном объеме несет Заказчик.

ООО «ИнфоБип» оказывает услуги по приему и передаче электронных SMS - сообщений, являясь технологическим посредником между заказчиками и операторами подвижной радиотелефонной связи. Кроме того, в Договоре между Сторонами прямо указан запрет для Общества каким-либо образом влиять на отправку сообщений (п. 3.1.6 Договора).

Общество также сообщило, что оказывало ООО «Интернет-Платформа» телематические услуги связи и не инициировало рассылку спорного SMS - сообщения. Соответственно, обязанность по предварительному получению надлежащего согласия абонента законом возложена на инициатора рассылки. Именно инициатор рассылки формирует содержание сообщений и базу абонентских номеров, а также осуществляет рассылку. ООО «ИнфоБип» оказывает услуги по приему и передаче SMS - сообщений, являясь технологическим посредником между заказчиками (рекламодателями, рекламодателями) и оператором подвижной радиотелефонной связи.

Также в своих пояснениях, по запросу контрагентов ООО «ИнфоБип» предоставило пояснения от ИП К, согласно которым, рассылка сообщения была осуществлена через учетную запись на основании того, что гражданин К. приобрел в розничном магазине по адресу: г. Жуковский ул. Пушкина д.8, велосипед nameless cross 20 20.05.2018. К. была выдана дисконтная карта 5%. Факт получения дисконтной карт зафиксирован в реестре выдачи карты. В данном реестре содержится запись о том, что гражданин К. согласен на получение смс - оповещения по контактному номеру 8 926 от 20 мая 2018 (день покупки велосипеда и получение дисконтной карты). Согласно дисконтной программе магазина Эдельвейс (правила использования

дисконтных карт), держатели дисконтных карт автоматически соглашаются на смс-оповещение, предоставляемое сервисом imobis.ru.

Однако, в данном реестре отсутствует личная подпись К, подтверждающая получение дисконтной карты и, следовательно дачу согласия на доведение рекламной информации абонента путем направления рекламных сообщений.

Таким образом, рассматриваемая рекламная информация доведена до Заявителя в отсутствие его письменного согласия.

Также из указанных пояснений следует, что смс-сообщение было отправлено на основании того, что ИП К. является клиентом ООО «Информер» в подтверждение Общество предоставило акцепт на публичную оферту об оказании услуг об оказании услуги «СМС-рассылки» между ИП К ООО «Информер»

Из указанного следует, что отправку сообщения осуществил ИП К, который являлся инициатором рассылки. Однако в пояснениях не представлено сведений о месте регистрации указанного лица, а также договора, заключенного между ООО «Интернет-Платформа» и ООО «Информер», подтверждающих обстоятельства, изложенные в пояснениях ООО «ИнфоБип».

Учитывая изложенное, Определением 228/1 от 26.08.2019 в отношении ООО «Интернет-Платформа» было возбуждено дело о нарушении рекламного законодательства № 02-38/12р-2019.

Указанным Определением у Общества «Интернет – Платформа» запрошены сведения и информация необходимые для правильного и всестороннего рассмотрения дела.

В ответ на указанное Определение ООО «Интернет-Платформа» пояснило, что рекламодателем не является. Рассылка указанного сообщения была осуществлена ООО «Информер» на основании договора, заключенного между «Интернет-Платформа» и ООО «Информер» № 01/01072018/СР от 01 апреля 2018 года.

Также Общество пояснило, что отправку сообщения осуществил ИП К, который являлся инициатором рассылки. Однако в пояснениях не представлено сведений о месте регистрации указанного лица и иной информации, позволяющих заменить ненадлежащее лицо, в

отношении которого может быть вынесено решение по делу, на надлежащее лицо.

В связи с изложенным, Определением Магаданского УФАС России № 255 от 20.09.2019 года рассмотрение настоящего дела было отложено и назначено к рассмотрению на 28 октября 2019 года в 14 час. 00 мин.

Указанным определением у ООО «Интернет-Платформа» были запрошены сведения о лице, распространившем рекламу на номер Заявителя, а именно информация о месте регистрации данного лица (при наличии), а также иные документы и пояснения, которые могут иметь значение для правильного и всестороннего рассмотрения дела.

10 октября 2019 года во исполнение указанного определения от Общества «Интернет-Платформа» в адрес Управления поступили письменные пояснения, согласно которым, рекламораспространителем спорного смс-сообщения является К, с указанием данных о месте регистрации данного лица.

Также Обществом было представлено пояснительное письмо ИП К., согласно которому, данное смс-сообщение было отправлено на основании того, что Заявителю была выдана дисконтная карта, и тем самым он согласился с правилами ее выдачи и условий действия. В пояснительном письме ИП К сообщил, что по факту поступления жалобы от Абонента была проведена проверка, по итогам которой было выявлено, что сотрудник переносивший данные клиентов, внес в базу данные К несмотря на то, что в ведомости не было его подписи. По причине данной ошибки Абонент получил рассматриваемые рекламные сообщения. По итогам проверки сотруднику вынесено предупреждение. Номер Заявителя внесен в черный список.

Определением Магаданского УФАС России от 28.10.2019 года ненадлежащее лицо, в отношении которого может быть вынесено решение по делу, - ООО «Интернет-Платформа» было заменено на надлежащее – ИП К.

Согласно п. 32 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утв. Постановлением Правительства РФ № 508 от 17.08.2016 года, в случае если при подготовке дела к рассмотрению или во время рассмотрения дела

антимонопольным органом будет установлено, что решение по делу может быть вынесено в отношении ненадлежащего лица, антимонопольный орган обязан по ходатайству лиц, участвующих в деле, либо по собственной инициативе принять решение о замене такого лица. В этом случае рассмотрение дела откладывается.

Указанным определением рассмотрение настоящего дела было отложено, у ИП К были затребованы письменные пояснения по указанному вопросу.

К установленному в определении сроку, запрошенная информация в территориальное управление не поступила.

Согласно части 1 статьи 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.

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

Таким образом, **реklamораспространителем** в рассматриваемом случае является ИП К (ИНН 504024660014).

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

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.

Несмотря на то, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи и, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме. ВАС установил, что **данная форма должна быть достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.**

Рекламным законодательством четко установлена обязанность получения рекламодателем **предварительного согласия абонента до момента доведения такой рекламы.**

Иных документов о получении согласия Заявителя на распространение ему рекламы посредством использования сети электросвязи не представлено, антимонопольным органом не получено.

Лица, осуществляющие распространение рекламных смс-сообщений, действуют с целью продвижения своих услуг на рынке и привлекают внимание потенциальных клиентов и потребителей к своим услугам и осуществляемой ими деятельности.

Кроме того, Заявитель в своем заявлении подтвердил, что им не было дано предварительного согласия на получение рекламной информации.

Собранными материалами и пояснениями подтверждается, что ИП К является **рекламодателем.**

Таким образом, материалами дела подтверждается направление рассматриваемых смс-сообщений Заявителю без его

предварительного согласия.

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

В силу части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями и рекламодателями рекламного законодательства влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частями 6, 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет только рекламодатель.

Согласно пункту 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при добровольном устранении лицом совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Поскольку из представленных пояснений следует, что указанный номер Заявителя внесен в черный список и распространение сообщений на указанный номер прекращено, Комиссия считает возможным не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 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, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ИП К (ИНН 504024660014) с именного номера «EDELVEIS» на номер абонента -

заявителя +7-926, закрепленный за абонентом К без его предварительного согласия на получение рекламы, от 04.03.2019 в 17:43 со следующим текстом: «РАСПРОДАЖА ЗИМА ОДЕЖДА СПОРТ Скидки на велосипеды Жуковский. Пушкина 8» и от 08.09.2019 в 12:32 с текстом: «РАСПРОДАЖА ВЕЛОСИПЕДОВ 2018! самые низкие цены Предъявителю смс доп. Скидка 5 % Жуковский ул. Пушкина д 8, д 2 +4999900092 velozhuk.ru», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. В связи с тем, что в настоящее время телефонный номер абонента (+7-926) внесен в черный список и распространение сообщений на указанный номер прекращено, рекламодателю – ИП К предписание не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Магаданского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении лица, в действиях которого содержится состав административного правонарушения.

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