

ОПРЕДЕЛЕНИЕ О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 03-01/18/2-2018

Номер документа: № 03-01/18/2-2018

Номер дела: № 03-01/18/2-2018

Тип документа: Определения

Управление: Ямало-Ненецкое УФАС России

Дата публикации: 22.04.2018

Сферы деятельности:

- Контроль рекламы

Комиссия Ямало-Ненецкого УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: «...». – руководитель управления;

Члены комиссии:

«...». – начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы;

«...». – главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы,

В отсутствие:

- заявителя, гражданина <К...а С.В.> надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе АО «МегаЛабс», надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела,

рассмотрев материалы дела № 03-01/18/2-2018, возбужденного в отношении АО «МегаЛабс» (ИНН 7713556058, ОГРН 1057747083767, адрес: 127006 РФ г. Москва, Оружейный переулок, дом 41, офис 157), по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03. 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», в части распространения нежелательной СМС-рекламы без предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ямало-Ненецкому автономному округу поступило обращение гражданина <К...а С.В.> (г. Ноябрьск) по

факту получения им нежелательной СМС-рекламы, из которого установлено:

13.12.2017 20:05 гражданин получил на мобильный телефон (номер +79220903335) нежелательное SMS-сообщение (рекламу). Данное сообщение было отправлено с номера Gazpromneft и содержало следующий текст:

«До 31.01 при каждой покупке от 40 л бензина получите 50 коп с каждого литра в виде прем.бонусов к обычному начислению на карту Нам по пути 7825682025566798. Прем.бонусы действуют 1 мес. Тел.88007005151»

Заявитель указывает оператора мобильной связи ПАО «МегаФон». В доказательство Заявитель прикладывает скриншот указанного рекламного SMS-сообщения «...» и, ссылаясь на часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), указывает, что согласия на получение данной рекламы им дано не было.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе реклама – это информация, распространяемая 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.

Пункт 2 статьи 3 Закона о рекламе определяет объект рекламирования как 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.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе ненадлежащей рекламой является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

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.

К обращению приложено согласие Заявителя на обработку персональных данных,

необходимых для рассмотрения и принятия мер по данному заявлению.

От ПАО «Мегафон» в материалы дела представлены документы, из которых установлено следующее.

Отправка указанного в запросе SMS-сообщения осуществлена АО «МегаЛабс» (далее – Партнер) на основании заключенного с Оператором договора.

В соответствии с договором № РМИ-МГФ 01012017 от 01.01.2017 Оператор оказывает Партнеру услуги по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов (далее – РИМ) Партнера (Клиента Партнера) среди абонентов, а также по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса.

13.12.2017 оборудованием Оператора зафиксировано отправление на номер +79220903335 SMS-сообщения от отправителя, имеющего буквенное обозначение «Gazpromneft», выделенное АО «МегаЛабс». Отправка указанного SMS-сообщения (размещение РИМ среди Абонентов) было осуществлено по Базе Абонентов Партнера.

Согласно п. 3.6 Договора № РМИ-МГФ 01012017 от 01.01.2017 в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ).

В соответствии с п. 4.10. Договора № РМИ-МГФ 01012017 от 01.01.2017 в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Партнером получено предварительное согласие Абонентов на получение рекламы. В случае не подтверждения либо отзыва согласия Абонента на получение РИМ Партнер обязуется незамедлительно прекратить направление РИМ посредством SMS/MMS/USSD-сообщений такому Абоненту, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от Оператора.

Согласно п. 4.7. Договора № РМИ-МГФ 01012017 от 01.01.2017 Партнер при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы.

Таким образом, распространителем рекламы в данном случае является АО «МегаЛабс», то есть лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые Оператором ПАО «Мегафон».

От АО «МегаЛабс» в материалы дела № 03-01/18/2-2018 представлены документы, из которых установлено следующее.

Рассылка указанного сообщения осуществлялись ООО «ОСК» по договору №ДМИ-ОСК-01072016 от 01.07.2016 (далее - Договор), по которому Общество оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов Клиента ООО «ОСК».

Согласно условиям Договора, ООО «ОСК» обязуется получать согласие абонентов, среди которых предполагается осуществить распространение рекламно-информационных материалов и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов, у которых такое согласие было получено (п. 4.8. Договора) - таким образом Обществом осуществляется контроль за рассылкой. В рамках Договора Клиент ООО «ОСК» 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.

Общество не осуществляет непосредственного направления абоненту короткого текстового сообщения, а лишь предоставляет доступ к интерфейсу направления рекламно-информационных материалов. Данные действия осуществляет Клиент ООО «ОСК». В рамках заключенного договора №РМИ-МГФ-010120174 от 01.01.2017 ПАО «МегаФон» оказывает Обществу услуги по рассылке СМС-сообщений, сформированных Клиентом ООО «ОСК», указанным Клиентом ООО «ОСК» в интерфейсе абонентам ПАО «МегаФон». Никакого отдельного дополнительного оборудования Общества в данном процессе не задействовано. То есть, технически Общество не имеет доступа к сети электросвязи и не участвует в процессе формирования и направления рекламных сообщений. Таким образом, Общество не может быть признано рекламораспространителем по сетям электросвязи в смысле статьи 18 Федерального закона «О рекламе». В связи с тем, что Общество не является субъектом указанной нормы, оно не обязано получать согласие абонента, при этом в договоре с ООО «ОСК» такая обязанность установлена именно в отношении ООО «ОСК», как лица, непосредственно либо с привлечением третьих лиц, формирующих текст рекламного сообщения. Согласно Договору, Общество предоставляет доступ к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов и не имеет технологической возможности осуществлять перемодерацию (в том числе предварительное получение согласий абонентов) от своих контрагентов, поскольку текст сообщения и выбор адресата производится самостоятельно на стороне партнера (п. 7.11 Договора). В связи с этим обязанность по получению согласия абонента возлагается по договору на ООО «ОСК».

Статьей 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» установлены требования по отношению к рекламораспространителю, осуществляющему распространение рекламы посредством сетей электросвязи, то есть для целей рассылки СМС-сообщений рекламного характера по сетям подвижной связи такой рекламораспространитель должен обладать технологическим доступом к сети электросвязи.

Таким образом, рассылка, указанного сообщения, была инициирована, ООО «ОСК», сформировавшим текст СМС-сообщения и выбравшим в качестве получателя указанного в Запросе абонента, то есть осуществившим волевые действия по рассылке сообщения по сетям электросвязи.

Рекламораспространителем по сетям электросвязи в рамках данной схемы правоотношений являются Клиент ООО «ОСК», чьи целенаправленные действия повлекли направление СМС-сообщения и его получение абонентом. Клиентская база получателей СМС-сообщений формируется на стороне Клиента ООО «ОСК». Согласно приведенным выше договорам рекламораспространителем (лицо, сформировавшее рассматриваемое сообщение и заказавшее рекламную рассылку) рассматриваемой рекламы является ООО «ОСК» и(или) его контрагенты (клиенты).

ООО «ОСК» в материалы дела № 03-01/18/2-2018 предоставило пояснительное письмо от АО «Топливная Процессинговая Компания» из которого следует.

Абонент с номером +79220903335 является участником программы лояльности «Нам По Пути» и активировал свою бонусную карту 15.09.2016 г. с помощью отправки СМС-сообщения с кодом активации на номер +7 (903) 767-6979.

В соответствии с п. 8.5. «Правил Программы», опубликованных на сайте www.gpnbonus.ru, участник, активируя Карту путем отправления СМС-сообщения об активации/подписывая заявление на получение Банковской карты, в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации, предоставляет Организатору право в рамках и целях ПЛ хранить, обрабатывать и использовать дату рождения (ДД.ММ) и номер телефона, указанные им в заявлении на получение Банковской карты, и при регистрации в ПЛ путем СМС-сообщения об активации Карты.

Активируя Карту/Банковскую карту по ПЛ, Участник также предоставляет Организатору согласие на получение любой информации о ПЛ на указанные в анкете/заявлении на получение Банковской карты каналы коммуникации, а также на номер телефона, с которого было отправлено СМС-сообщение об активации Карты. Участник может отказаться от получения рассылок в любое время, направив Организатору уведомление о том, что он не хотел бы получать информацию по какому-либо каналу связи путем подачи письменного заявления Организатору либо через Личный кабинет на Интернет-сайте www.gpnbonus.ru

По результатам внутренней проверки Общества обращений абонента с номером +79220903335 об отказе от рассылки не поступало.

В соответствии с [частью 1 статьи 18](#) 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.

Закон о рекламе 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.

[Пункт 21.1 статьи 2](#) Федерального закона "О связи" закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Федеральный [закон](#) "О связи" не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (то есть, например, с использованием "коротких" или "буквенных" номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи, и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

[Статья 44.1](#) Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования [статьи 44.1](#) Федерального закона "О связи".

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.

В соответствии с данной [нормой](#) согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента.

Таким образом, указанный клиент с номером +79220903335 выразил свое согласие на участие в программы лояльности «Нам По Пути» путем активации бонусной карты, и не сообщил организатору программы о своем отказе от получения рекламной рассылке, из чего следует, что распространение рассматриваемой рекламы осуществлено на абонентский номер +79220903335 с предварительного согласия.

С учетом изложенного, оснований полагать, что рассматриваемая реклама размещена в нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, у Комиссии не имеется.

В соответствие с п. 3.56 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного приказом ФАС России от 23.11.2012 N 711/12, Комиссия принимает решение о прекращении рассмотрения дела, если в процессе рассмотрения дела будет установлен факт отсутствия нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь подпунктом «а» пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, пунктами 3.56, 3.57 Регламента, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Производство по делу № 03-01/18/2-2018 в отношении АО «МегаЛабс» (ИНН 7713556058, ОГРН 1057747083767, адрес: 127006 РФ г. Москва, Оружейный переулок, дом 41, офис 157), прекратить в связи с отсутствием нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Дата изготовления решения в полном объеме считается датой принятия решения.

Председатель комиссии

«...»

Члены комиссии:

«...»

«...»