

ООО «Дна Медиа Диджитал»

наб.Серебряническая, д. 27,

г. Москва, 109028

ООО «Дэни Колл»

ул. Новокузнецкая, д. 67, оф. 32/2,

г. Краснодар, 350015

ООО «Девино Телеком»

ул. Юных Ленинцев, д. 83, корп. 4, оф. 41,

г. Москва, 109443

№ 5736/04-01 от 22.05.2018

РЕШЕНИЕ по делу № 04-01/21-18

«14» мая 2018 года г. Ярославль

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – временно исполняющий обязанности заместителя руководителя управления Гудкевич Е. В.,

члены Комиссии – главный специалист-эксперт отдела контроля органов власти и рекламы Солодяшкин С.Д., ведущий специалист-эксперт Семенюк А. В., специалист-эксперт Волкова Л. А.,

рассмотрев дело № 04-01/21-18 по признакам нарушения законодательства о рекламе по факту рассылки смс-сообщения рекламного характера без согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

ООО «Дна Медиа Диджитал», ООО «Дэни Колл», ООО «Девино Телеком», привлеченные к участию в деле в качестве лиц, в действиях которых содержатся

признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, на рассмотрение дела не явились, представителей не направили, уведомлены надлежащим образом.

ООО «Дна Медиа Диджитал», ООО «Дэни Колл», заявлены ходатайства о рассмотрении дела в отсутствие указанных лиц (вх. № 8074 от 14.05.2018, № 7985 от 11.05.2018).

В соответствии с пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие указанных лиц.

Дело возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), поскольку указанное смс-сообщение получено абонентом без согласия на его получение.

Рассмотрев материалы дела, представленные документы и пояснения сторон, Комиссия пришла к следующим выводам.

Ярославским УФАС России в связи с поступившим 31 января 2018 года обращением установлен факт распространения рекламного сообщения следующего содержания: «Исторический МАКСИМУМ выгод на новый HYUNDAI в РОЛЬФ Химки до 28.01! Больше сказать не можем! Звоните: +7-495-241-56-40», 26.01.2018 в 17:31 от отправителя «ROLF_himki» через смс-центр +7-903-701-11-11 на номер без согласия абонента на его получение.

Исходя из содержания рассматриваемой информации, она адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к автомобилям «HYUNDAI», формирование и поддержание интереса к данным товарам и продвижение их на рынке, и, следовательно, эта информация является рекламной.

В соответствии с частью 1 статьи 18 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.

Указанное сообщение получено абонентом без его предварительного согласия, что является нарушением требований, установленных в части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Получение указанного смс-сообщения 26.01.2018 в 17:31 от отправителя «ROLF_himki» через смс-центр +7-903-701-11-11 на номер подтверждается соответствующим скриншотом, предоставленным самим заявителем.

ООО «Рольф» в ответе на запрос Ярославского УФАС России сообщило (вх. № 2365 от 02.03.2018), что является рекламодателем рассматриваемой рекламы, между ООО «Рольф» и ООО «Дна Медиа» заключен договор № 17-03-14/Р от 15.03.2018 г. (а также дополнительное соглашение № 1 от 15.03.2018 г.), в соответствии с условиями

которого ООО «Дна Медиа» приняло на себя обязательства по оказанию услуг по распространению (размещению) рекламно-информационных материалов ООО «Рольф» среди абонентов путем отправки, в том числе смс-рассылок. Копии указанного договора, приложения № 4, дополнительного соглашения № 1, платежных документов представлены в материалы дела.

В пункте 1.1 данного договора указано, что исполнитель (ООО «Дна Медиа») по заданию заказчика (ООО «Рольф») обязуется оказывать определенные услуги по распространению (размещению) рекламно-информационных материалов заказчика среди абонентов путем отправки смс-сообщений.

Согласно пункту 2.2. исполнитель (ООО «Дна Медиа») вправе привлекать третьих лиц в целях исполнения своих обязательств перед заказчиком (ООО «Рольф»).

ПАО «Вымпелком» (оператор заявителя) в ответ на запрос Ярославского УФАС России (вх. № 5902 от 11.04.2018, № 6084 от 16.04.2018) сообщило, что отправителем рассматриваемого смс-сообщения является ООО «Дэни Колл», с которым заключен договор об оказании услуг связи № 576974438 от 09.11.2015, а также дополнительное соглашение № 1 от 09.11.2015. Копии указанного договора и соглашения представлены в материалы дела.

В соответствии с пунктом 1.1 дополнительного соглашения к указанному договору в рамках услуги «Партнерские смс-сервисы» оператор предоставляет абоненту (ООО «Дэни Колл») услуги доступа к программно-аппаратному комплексу оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений.

Согласно пунктам 1.3, 4.2 дополнительного соглашения при пользовании услугами абонент (ООО «Дэни Колл») самостоятельно без участия оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений; абонент осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили абоненту или партнерам свое согласие на получение рекламных сообщений.

ООО «Дэни Колл» представило в адрес ПАО «Вымпелком» пояснения от 14.03.2018 № 367, согласно которым абонент с номером предоставил согласие на получение рекламной информации от ООО «Дна Медиа Диджитал» при заполнении заявки в сети Интернет.

К указанным пояснениям ПАО «Вымпелком», в том числе, приложены копии счетов, платежных поручений, выписки из приложения к счету с указанием ID отправителя «ROLF_himki», а также копия письма ООО «Дэни Колл».

В представленном письме ООО «Дэни Колл» указано, что данной организацией заключен договор с ООО «Девино Телеком» № ДП/SMS-5/01122017 от 01.12.2017 г. Со стороны ООО «Девино Телеком» представлена пояснительная записка от ООО «Дна Медиа Диджитал». Копия записки представлена в материалы дела.

ООО «Дэни Колл» также в материалы дела представлены пояснения (вх. № 7985 от 11.05.2018), в которых, в частности, указано, что ООО «Дэни Колл» не является заказчиком и рекламораспространителем рассылки данного сообщения. В соответствии с договором № ДП/SMS-5/01122017 от 01.12.2017. ООО «Дэни Колл»

оказывает услуги ООО «Девино Телеком» по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки смс-сообщений.

В соответствии с пунктом 2.1 договора № ДП/SMS-5/01122017 от 01.12.2017 г. исполнитель ООО «Дэни Колл» обязуется оказывать заказчику ООО «Девино Телеком» услуги путем предоставления доступа к сервису рассылки смс-сообщений исполнителя и обеспечению возможности пользования сервисом исполнителя для самостоятельной отправки заказчиком смс-сообщений абонентам, а заказчик обязуется принимать и оплачивать оказанные исполнителем услуги в соответствии с условиями договора.

Согласно пункту 3.1.12 договора заказчик ООО «Девино Телеком» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым заказчиком получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы.

В пункте 3.2.2 также указано, что заказчик ООО «Девино Телеком» при пользовании услугами исполнителя ООО «Дэни Колл» самостоятельно без участия исполнителя определять содержание смс-сообщений, редактировать и формировать их текст, определять, является ли информация в смс-сообщении рекламой, осуществлять отправку смс-сообщений.

Между ООО «Девино Телеком» и ООО «Дна Медиа Диджитал», в свою очередь, заключен договор оказания услуг № ДТ-К/026276 от 30.06.2017 г.

В пункте 2.1 данного договора указано, что исполнитель (ООО «Девино Телеком») оказывает заказчику (ООО «Дна Медиа Диджитал») услуги путем предоставления доступа к личному кабинету пользователя, что позволяет заказчику самостоятельно отправлять на мобильный терминал подписчика сообщения.

В соответствии с пунктами 3.3.2, 3.3.4 договора заказчик (ООО «Дна Медиа Диджитал») обязан самостоятельно в обязательном порядке получить от абонента, на номер которого планируется отправка сообщений, согласие на их получение; не использовать подключение для рассылки спам-сообщений.

Согласно пункту 7.2 исполнитель (ООО «Девино Телеком») не несет ответственности за содержание сообщений, обеспечивает пропуск через свою систему сообщений без проверки и редактирования и без изменения их содержания и объема. Полную ответственность за содержание, достоверность, полноту, законность информации в сообщениях несет заказчик (ООО «Дна Медиа Диджитал»).

Далее между ООО «Дна Медиа Диджитал» и ООО «ДНА Медиа» заключен договор № 641 от 18.04.2017 г.

В соответствии с пунктом 1.1 данного договора исполнитель (ООО «Дна Медиа Диджитал») обязуется оказать по заданию заказчика (ООО «ДНА Медиа») услуги по размещению рекламных материалов, предоставляемых заказчиком, путем проведения смс-оповещений.

Согласно пункту 2.1.10 исполнитель (ООО «Дна Медиа Диджитал») обязан в обязательном порядке получить от адресата, на телефон которого планируется отправка текстовых сообщений, письменное согласие на получение таких сообщений.

В пункте 2.3.1 указано, что заказчик (ООО «Дна Медиа») обязан предоставить исполнителю (ООО «Дна Медиа Диджитал») рекламные материалы, соответствующие техническим требованиям исполнителя.

В пояснениях ООО «Дна Медиа Диджитал» также указано, что 18 апреля 2017 г. между ООО «Дна Медиа» и ООО «Дна Медиа Диджитал» был заключен договор об оказании информационных услуг с целью оказания информационных услуг по договору, заключенному с ООО «Рольф».

30 июня 2017 г. между ООО «Дна Медиа Диджитал» и ООО «Девино Телеком» был заключен договор оказания услуг ДТ-К/026276, согласно которому ООО «Дна Медиа Диджитал» получило доступ в личный кабинет с целью рассылки смс-сообщений. Таким образом, ООО «Дна Медиа Диджитал» самостоятельно формирует текст рекламы и осуществляет отправку смс-сообщений, используя для этого технические возможности ООО «Девино Телеком».

В пояснительной записке ООО «Дна Медиа Диджитал» также указано, что абонентом с номером была заполнена заявка в сети Интернет на сайте <http://huindai-losinyostrov.ru> через форму обратной связи, в которой абонент оставил контактный номер для связи. При этом, заполняя форму на сайте, абонент добровольно дал согласие на обработку персональных данных. Кроме того, предоставляя свои персональные данные, абонент дал согласие на направление рекламной информации и участие в маркетинговых опросах.

В связи с нежеланием абонента получать оповещения о новых акциях, рекламная информация абоненту далее направляться не будет.

Вместе с тем, какие-либо доказательства, подтверждающие данные пояснения, и предоставление непосредственно абонентом с номером согласия на получение рекламы, в материалы дела не представлены.

ООО «Дна Медиа Диджитал» также дополнительно представлены пояснения (вх. № 7199 от 09.04.2018, вх. № 8074 от 14.05.2018), в которых указано, что номер абонента, на который было отправлено сообщение, принадлежит подвижной связи «Билайн». Из договора об оказании услуг подвижной связи «Билайн», заключенного между ПАО «Вымпелком» и абонентами следует, что при подписании договора абонент выражает согласие с условиями оказания услуг подвижной связи «Билайн» и иными частями договора. Согласно положениям условий оказания услуг связи «Билайн», размещенных на официальном сайте <http://moskva.beeline.ru/>, неотъемлемой частью договора являются, в том числе, настоящие условия. В соответствии с условиями абонент имеет право выразить свой отказ от осуществления каких-либо действий путем проставления отметки в специальной графе «не согласен» информационной карты, либо путем предоставления оператору соответствующего письменного уведомления. Из изложенного следует, что подписание абонентом договора, а точнее информационной карты, приравнивается оператором к предоставлению абонентом согласия на получение рекламы. Отказ от получения рекламы абонент должен выразить указанными выше способами, в том числе, путем заполнения графы «не согласен» информационной карты. Представляется бесспорным, что фактически абонент свое согласие на получение рекламы выразил, поскольку как условия оказания услуг связи, так и информационная карта содержали заранее внесенный пункт о том, что подписание договора означает выражение такого согласия, а доказательств,

подтверждающих наличие отказа в материалах дела не имеется. Таким образом, подписав договор об оказании услуг связи, абонент подтвердил, что ознакомлен и согласен со всеми условиями оказания услуг связи «Билайн». Следовательно, на момент осуществления рассылки ПАО «Вымпелком» объективно располагало согласием абонента на получение рекламного смс-сообщения.

Кроме того, абонентом была заполнена заявка в сети «Интернет» на сайте через виджет рекламы автосалона «Рольф», в котором абонентом был оставлен контактный номер для связи. При этом, заполняя виджет на сайте, абонент добровольно дал согласие (поставил отметку в графе согласия) на обработку персональных данных в соответствии с правилами, размещенными на данном сайте. Также, предоставляя свои персональные данные, абонент дал согласие на получение рекламы и разрешил осуществлять рассылки, в том числе, рекламного характера. Поскольку распространение спорной смс-рекламы было невозможно без совокупности действий ПАО «Вымпелком», ООО «Девино Телеком», ООО «Дна Медиа Диджитал», ООО «ДНА Медиа», ООО «Рольф», а смс-сообщение было направлено абоненту посредством оборудования ПАО «Вымпелком», которым было получено согласие заявителя на получение рекламы, в том числе от его партнеров, нарушение отсутствует. Скриншот с указанного сайта представлен. Абонент с номером исключен из списка получателей рекламных сообщений.

Указанные доводы и пояснения ООО «Дна Медиа Диджитал» о наличии в данном случае согласия абонента на получение рекламы, по мнению Комиссии, являются не состоятельными по следующим основаниям.

Комиссией установлено, что на сайте <http://huindai-losinyostrov.ru> при заполнении формы обязательно нужно поставить отметку в графе «Я согласен на обработку данных», без этого действия по отправлению формы не возможны.

Только в случае нажатия на ссылку «обработка данных», выделенную синим цветом, в графе «Я согласен на обработку данных», появляется окно, в котором указано следующее: «Правила обработки персональных данных. Согласие дается мною в отношении персональных данных..для рекламных, исследовательских, информационных, а также иных целей, в том числе, путем осуществления со мной прямых контактов по различным средствам связи..».

В пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", указано, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Сам факт заполнения формы на сайте не подтверждает согласие на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление абонента (или лица, действующего в его интересах) исключительно на заполнение формы на сайте с целью получения ответов на интересующие вопросы, при этом предусмотренный соглашением автоматически действующий независимо от волеизъявления абонента (или лица, действующего в его интересах) порядок регистрации вынуждает его (осознанно либо неосознанно) согласиться на получение смс-сообщений рекламного характера в целях осуществления желаемой регистрации, получения ответа на

вопрос.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Конкретные доказательства, подтверждающие наличие предварительного согласия абонента на получение рекламного сообщения, в том числе непосредственно от ООО «Дна Медиа Диджитал», данной организацией не представлены.

В данном случае согласие абонента с условиями оказания услуг связи «Билайн», размещенными на официальном сайте <http://moskva.beeline.ru/>, не позволяет считать, что данное согласие равнозначно предоставлению согласия ООО «Дна Медиа Диджитал» на получение рекламы. ПАО «Вымпелком» не указывает в данном случае, что согласие на рассылку от ООО «Дна Медиа Диджитал» на номер абонента-заявителя предусмотрено условиями оказания услуг связи «Билайн».

Нахождение заполнения формы на сайте в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по заполнению формы на сайте как дачу им своего согласия на получение рекламной рассылки, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие будет действовать как минимум от одного до нескольких дней или бесконечно, если абонент не обратит внимания на не имеющее отношения к заполнению формы на сайте условие.

В данном случае возможно отозвать только ранее данное при заполнении формы на сайте согласие, при том, что заполнение формы на сайте не могло бы состояться без принятия соглашения в целом. Данное обстоятельство также не позволяет признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления.

Аналогичная позиция также содержится в Постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 13.12.2016 г. по делу № А82-574/2016.

Следовательно, в данном случае, по мнению Комиссии, согласие на получение рекламного сообщения не было надлежащим образом получено.

На основании изложенного, Комиссией установлено, что указанное сообщение направлено абоненту без его согласия на получение данной информации, что не соответствует требованиям, установленным в части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 данного закона, несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании изложенного, в соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ООО «Дна Медиа Диджитал», поскольку, как следует из представленных в материалы дела документов и пояснений, данное лицо непосредственно участвовало в отправке рассматриваемого смс-сообщения.

Следовательно, ООО «Дна Медиа Диджитал» как рекламораспространитель рассматриваемой рекламы нарушило требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей.

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 «О рекламе» предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 4, 37-43, 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «Исторический МАКСИМУМ выгод на новый HYUNDAI в РОЛЬФ Химки до 28.01! Больше сказать не можем! Звоните: +7-495-241-56-40», 26.01.2018 в 17:31 от отправителя «ROLF_himki» через смс-центр +7-903-701-11-11 на номер без согласия абонента на ее получение, поскольку в данном случае нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание об устранении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с добровольным устранением нарушения.

Решение изготовлено в полном объеме «18» мая 2018 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии Е. В. Гудкевич

Члены Комиссии: С.Д. Солодяшкина

А. В. Семенюк

Л. А. Волкова