

Заявитель:

М

**Лица, в действиях которых содержатся
признаки нарушения законодательства
Российской Федерации о рекламе:**

ООО «ДЕНИ КОЛЛ»

ООО «ДНА Медиа»

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»

ООО «ДНА Медиа Диджитал»

Заинтересованные лица:

ООО «Рольф»

ПАО «ВымпелКом»

РЕШЕНИЕ

по делу № 03-21/10-2018

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«27» апреля 2018 года
Йошкар-Ола

Г.

Резолютивная часть решения объявлена: «17» апреля 2018 года

Полный текст решения изготовлен: «27» апреля 2018 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя управления ,

член Комиссии – ведущий специалист-эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов ,

член Комиссии – специалист 1 разряда отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов ,

рассмотрев дело № 03-21/10-2018, возбужденное в отношении ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «ДНА Медиа» и ООО «ДНА Медиа Диджитал» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), выразившимся в направлении на телефонный номер +79688179777 без предварительного согласия абонента sms – сообщения рекламного характера следующего содержания: «Дни «Mercedes-Benz» в Рольф. Согласны на любые условия. Только 17 и 18 декабря. Подробности +74959742223 Звезда Столицы Каширка 24 км МКАД»,

в отсутствии лиц, участвующих в деле, надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы поступило заявление гражданина М(вх. № 239-М от 19.12.2017).

В заявлении указано о распространении смс-рекламы без получения предварительного согласия абонента на телефонный номер +79следующего содержания: «Дни «Mercedes-Benz» в Рольф. Согласны на любые условия. Только 17 и 18 декабря. Подробности +74959742223 Звезда Столицы Каширка 24 км МКАД». Сообщение отправлено 17.12.2017 в 13 часов 50 минут. В качестве отправителя указан буквенный идентификатор INFORMBURO. К заявлению приложена копия согласия Мна получение Федеральной антимонопольной службой России информации о детализации счета,

телефонных соединениях, смс-сообщениях и иных переданных данных на абонентский номер <...> , также скрин-шот с текстом рассматриваемого смс-сообщения.

Марийским УФАС России возбуждено дело о нарушении законодательства о рекламе №03-21/09-2018 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

Определением от 19.02.2018 о возбуждении дела о нарушении законодательства о рекламе к участию в рассмотрении дела привлечены: М (заявитель), ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «ДНА Медиа», ООО «Девино Телеком», (лица, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе), ПАО «ВымпелКом», ООО «Рольф» (заинтересованные лица). А также определением от 16.03.2018 привлечено ООО «ДНА Медиа Диджитал» в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «Рольф» пояснило, что не является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы и не обязано получать согласие абонента на получение рекламной рассылки.

ООО «ДНА Медиа Диджитал» указало, что, заполняя виджет на сайте <https://sales.mercedes-zsk.ru/> абонент добровольно дал согласие на обработку персональных данных, расположенных по ссылке <https://www.rolf.ru/agreement/>.

В письменных пояснениях от 05.04.2018 вх. № 3268 М сообщил, что согласие на получение рассматриваемой смс-рекламы не давал, заявку на сайте <https://sales/mercedes-zsk.ru> не заполнял, письменное согласие на обработку своих персональных данных в автосалонах не давал, а также указал, что рассматриваемое смс-сообщение на его абонентский номер не поступало.

Комиссия Марийского УФАС России, рассмотрев полученные материалы и документы, письменные и устные пояснения лиц, участвующих в деле, приходит к выводу о нарушении законодательства о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы на основании следующего.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ (далее - Закон о рекламе) реклама - 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.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и

конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена (письмо ФАС России от 05 апреля 2007 года исх. № АЦ/4624).

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. В рассматриваемой смс-рекламе объектом рекламирования является автоцентр Рольф, а также товары, реализуемые данным автоцентром, в частности автомобили марки Mercedes-Benz.

Информация, направленная гр. М в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, из текста смс-сообщений не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам, смс-сообщение распространено посредством подвижной радиотелефонной связи, сведения в нем направлены на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Таким образом, информация, поступившая М содержит следующие признаки рекламы: смс-сообщение распространено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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.

Марийским УФАС России направлен запрос о предоставлении информации оператору связи М ПАО «ВымпелКом». Из представленной информации следует, что данный номер <...> выделен ООО «ПУЧ РУС» согласно договору об оказании услуг связи «Билайн» № 367266219 от 07.09.2010.

Сведения о получении согласия абонента на получение рекламных смс-сообщений в договоре отсутствуют.

Согласно письменных пояснений ООО «ПУЧ РУС» от 31.01.2018 вх. №835 телефонный номер <...> передан в пользование М с возложенным на него правом выполнять все действия, связанные с использованием данного телефонного номера.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

В письме Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436 указано, что в соответствии с законом о связи, операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Согласно представленному договору оказания услуг связи между М. и ПАО «ВымпелКом» заключен договор об оказании услуг подвижной связи, в соответствии с которым оператор связи обязан предоставить абоненту в пользование телефонный номер для пользования услугой передачи данных, а абонент использует указанные средства по назначению, а также оплачивает данные услуги.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения

законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

Также ПАО «ВымпелКом» сообщило, что согласно данным автоматизированной системы общества, направление рассматриваемого смс-сообщения 17.12.2017 в 12 часов 50 минут на абонентский номер было осуществлено ООО «ДЕНИ КОЛЛ» (ИНН 4345404971, юридический адрес: 350015, г. Краснодар, ул. Северная, д. 327, офис 835) через программно-аппаратный комплекс – SMS платформа.

Между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ДЕНИ КОЛЛ» заключен договор №576974438 от 09.11.2015, а также дополнительное соглашение №1 от 09.11.2015, в соответствии с которым ПАО «ВымпелКом» предоставило ООО «ДЕНИ КОЛЛ» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений.

Согласно пункту 4.2 Дополнительного соглашения ООО «ДЕНИ КОЛЛ» осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

В свою очередь в письменных пояснениях от 16.02.2018 вх. № 1506 ООО «ДЕНИ КОЛЛ» сообщило, что между ООО «ДЕНИ КОЛЛ» (Исполнитель) и «ООО ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Заказчик) заключен партнерский договор № ДП/SMS-5/01122017 от 01.12.2017, в соответствии с которым Исполнитель оказывает Заказчику услуги путем предоставления доступа к сервису рассылки SMS-сообщений Исполнителя.

Согласно пункту 3.1.2 указанного договора, Заказчик обязуется самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от Абонента, на Абонентское устройство которого планируется отправка смс-сообщений, согласие абонента на получение таких смс-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение смс-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания услуг.

В соответствии с пунктом 4.5 указанного договора, Заказчик самостоятельно формирует смс-сообщения, инициирует отправку смс-сообщения и HLR-запросов, производит выбор конкретных настроек и опций оказания услуг и совершает другие действия в рамках оказания Исполнителем услуг по договору.

Также, согласно пункту 6.3 договора, Исполнитель предоставляет исключительно техническую возможность для размещения смс-рассылок, а

Заказчик несет полную ответственность за соблюдение законодательства Российской Федерации, в том числе Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе», Федерального закона от 29.12.2010 № 436 – ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», Федерального закона от 07.02.1995 №2300-1 «О защите прав потребителей», Федерального закона от 07.07.2003 № 126 – ФЗ «О связи» и Федерального закона от 27.07.2006 № 152 – ФЗ «О персональных данных».

Между «Девино Телеком» (Исполнитель) и ООО «ДНА Медиа Диджитал» (Заказчик) заключен договор оказания услуг № ДТ-К/026276 от 30.06.2017, согласно которому заказчик получил доступ в личный кабинет с целью рассылки смс-сообщений.

Пунктом 3.3.2 определено, что заказчик обязан получить от абонента согласие, выраженное посредством совершения абонентом действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщения.

Марийское УФАС России установило, что между ООО «ДНА Медиа Диджитал» (Исполнитель) и ООО «ДНА Медиа» (Заказчик) заключен договор от 18.04.2017 № 641, по условиям которого Исполнитель обязуется оказать по заданию Заказчика услуги по размещению рекламных материалов, предоставляемых Заказчиком, путем проведения смс оповещений, а также текстовых оповещений с использованием мессенджеров «Viber» и «WhatsApp» и/или электронной почты (e-mail).

ООО «ДНА Медиа» в письменных пояснениях сообщило, что между ООО «ДНА Медиа» (Исполнитель) и ООО «Рольф» (Заказчик) заключен договор № ДМ 17-03-14/Р от 15.03.2017, в соответствии с которым исполнитель по заданию Заказчика обязуется оказывать определенные в Приложениях услуги по распространению(размещению) РИМ Заказчика среди Абонентов путем отправки sms/mms/usdd/e-mail и иных рассылок.

Рассылка рассматриваемого рекламного смс-сообщения осуществлялась исполнителем в рамках Приложения № 29 от 01.12.2017 к указанному договору.

Согласно пункту 3.1.1 вышеуказанного договора, Исполнитель оказывает услуги по настоящему договору и приложениям к нему, используя базы данных третьих лиц (в т.ч. Операторов), Исполнитель гарантирует наличие согласия Абонентов/Адресатов на обработку персональных данных и получение ими РИМ.

ООО «ДНА Медиа» указало, что, заполняя виджет на сайте <https://sales.mercedes-zsk.ru/> абонент добровольно дал согласие на обработку персональных данных, расположенных по ссылке <https://www.rolf.ru/agreement/>.

Однако ООО «ДНА Медиа» не представило доказательства того, что абонентский номер <...> фактически регистрировался на сайте общества и оставлял сведения о контактном номере. Также документально не подтверждено, что именно ООО «ПУЧ РУС» либо Мпредоставляли свое согласие на получении информации рекламного характера.

Кроме того, согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, телефонный номер <...> , указанный в рассматриваемом смс-сообщении принадлежит номерной платформе ПАО «МТС».

ПАО «МТС» сообщило, что телефонный номер <...> выделен ООО «Рольф» (Филиал «Звезда Столицы», почтовый адрес: 141410, г. Москва, Варшавское шоссе, д. 127), и предоставило договор оказания услуг связи № 2-07/МБ/70543.

В силу пункта 5 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо

Таким образом, ООО «Рольф» является рекламодателем рассматриваемого смс-сообщения.

В спорных правоотношениях смс-сообщение было передано абоненту по подвижной радиотелефонной связи. Тем самым поставщиком услуг связи Мв рассматриваемом случае выступает оператор сотовой связи ПАО «ВымпелКом», при этом ПАО «ВымпелКом» только предоставило ООО «ДЕНИ КОЛЛ» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений, и не направляло смс-сообщение М

Следовательно, из анализа механизма распространения ненадлежащего рекламного смс-сообщения следует, что согласие абонента для отправки спорного смс - сообщения через оператора сотовой связи ПАО «ВымпелКом» и далее в сеть электросвязи для дальнейшего направления смс-сообщения абоненту М. должно было быть получено ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «ДНА Медиа» и ООО «ДНА Медиа Диджитал».

Вместе с тем, в Марийское УФАС России согласие М или ООО «ПУЧ РУС» на распространение рассматриваемого рекламного смс-сообщения ни одно из указанных обществ не представило.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе ответственность, за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несёт рекламораспространитель.

На основании изложенного, Комиссия Марийского УФАС России приходит к выводу о том, что ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «ДНА Медиа» и ООО «ДНА Медиа Диджитал» являются

рекламораспространителями рассматриваемой рекламы и должны соблюдать требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе и иметь в наличии надлежащим образом оформленное согласие, из которого четко можно определить желание именно конкретного потребителя получать на телефонный номер смс-сообщения рекламного характера.

Следовательно, в действиях указанных лиц имеется нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Комиссией Марийского УФАС России установлено, что М рекламные смс-сообщения от указанных обществ в настоящее время не поступают не поступают, что исключает необходимость выдачи предписания.

Руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «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: «Дни «Mercedes-Benz» в Рольф. Согласно на любые условия. Только 17 и 18 декабря. Подробности +74959742223 Звезда Столицы Каширка 24 км МКАД», направленную 17.12.2017 в 13 часов 50 минут на телефонный номер <...> гражданина М, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд Республики Марий Эл.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии