

РЕШЕНИЕ

по делу № 034/05/18-842/2019

11 сентября 2019 года Волгоград

Резолютивная часть решения оглашена 11 сентября 2019 года

Решение изготовлено в полном объеме 17 сентября 2019 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области (далее – Волгоградское УФАС России, Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – Н.И.Б.– заместитель руководителя Управления;

член Комиссии – В.Е.А. – главный специалист-эксперт отдела контроля государственных и муниципальных закупок, недобросовестной конкуренции и рекламы,

член Комиссии – К.Т.С. – ведущий специалист-эксперт отдела контроля государственных и муниципальных закупок, недобросовестной конкуренции и рекламы,

с участием представителя ИП Я.С.В. генерального директора Ш.О.С. (приказ (распоряжение) о приеме на работу от 17.10.2016),

рассмотрев дело № 034/05/18-842/2019, возбужденное в отношении ИП Я.С.В. (ОГРН: 304344427400033, ИНН: 502713354360); по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

УСТАНОВИЛА:

В Волгоградское УФАС России поступило обращение физического лица (вх. № 7910 от 19.08.2018) с жалобой о нарушении рекламного законодательства, выразившееся в распространении смс-сообщения рекламного характера с текстом «*Вторая пицца с 50% скидкой! Промо:0650. Только 3 дня! vk.cc/9HDLy8*» 16 августа 2019 года в 12:34 от абонента с буквенным обозначением «Roosters» на номер телефона заявителя 8XXXXXXXXXX без его согласия.

Как указал заявитель, ранее им на сайте компании <https://roosters-pizza.ru> заказывалась пицца, заказ производился из корзины <https://roosters-pizza.ru/order/>. В правилах сайта, при этом, как указал заявитель, при заказе пиццы на сайте ни в какой форме не были указаны какие-либо пункты, касающиеся получения согласия на рассылку рекламных сообщений. Заявитель утверждает, что не подтверждал согласия на распространение рекламы посредством данной контактной формы.

Также заявителем в качестве доказательства был представлен скриншот с сайта компании «Рустерс», где приведена «Политика конфиденциальности и условия акций». В данном разделе сайта была указана в том числе информация следующего содержания:

«Соглашаясь с Условиями работы сайта (далее – Условия) и оставляя свои данные на сайте <http://roosters-pizza.ru/> (далее – Сайт) либо мобильном приложении "Рустерс-пицца" путем заполнения полей онлайн-заявки Пользователь:

подтверждает, что указанные им данные принадлежат лично ему;

признает и подтверждает, что он внимательно и в полном объеме ознакомился с настоящими Условиями;

признает и подтверждает, что все положения настоящего Условий ему понятны;

дает согласие на обработку Сайтом предоставляемых данных в целях для идентификации Пользователя, как клиента и связи с Пользователем для оказания услуг (выделение текста для настоящего решения);

выражает согласие с данными Условиями без каких-либо оговорок и ограничений.»

В ходе рассмотрения заявления был направлен запрос ПАО «Мегафон», в ответ на который была представлена информация о том, что ПАО «Мегафон» оказываются услуги «Мегафон. Таргет» ИП Я.С.В. согласно условиям оказания данной услуги (вх. № 8628 от 05.09.2019).

Также в ходе рассмотрения обращения был направлен запрос компании «Рустерс» (ИП Я.С.В.) о представлении информации о том, на каком основании абоненту с номером телефона 8XXXXXXXXXX поступает информация рекламного содержания от абонента с буквенным обозначением «Roosters» с текстом «Вторая пицца с 50% скидкой! Промо:0650. Только 3 дня! vk.cc/9HDLy8» с приложением подтверждающих документов, а также информации о наличии предварительного согласия абонента на получение данной рекламной информации.

В ответ на данный запрос (вх. № 8130 от 23.08.2019) ИП Я.С.В. была представлена информация о том, что смс - информирование клиентов компании «Рустерс» происходит только среди тех, кто когда-либо оформлял заказ через официальный сайт компании.

Клиент с номером телефона 8XXXXXXXXXX заказывал продукцию «Рустерс» через сайт компании 21.05.2019 в 10:37, где он подтверждал свой заказ, соглашаясь на обработку персональных данных. Также он соглашался с политикой конфиденциальности, где прописаны условия обработки персональных данных.

В подтверждение позиции был приложен скриншот со страницы сайта компании «Рустерс» с разделом «Политика конфиденциальности и условия акций» следующего содержания:

«Соглашаясь с Условиями работы сайта (далее – Условия) и оставляя свои данные на сайте <http://roosters-pizza.ru/> (далее – Сайт) либо мобильном приложении "Рустерс-пицца" путем заполнения полей онлайн-заявки Пользователь:

подтверждает, что указанные им данные принадлежат лично ему;

признает и подтверждает, что он внимательно и в полном объеме ознакомился с настоящими Условиями;

признает и подтверждает, что все положения настоящего Условий ему понятны;

дает согласие на обработку предоставляемых данных в целях получения Пользователем информации, СМС рассылок, Email рассылок, документов и материалов, в том числе рекламного характера; обработки заказов Пользователя на получение товаров и услуг; консультационной поддержки Пользователя (выделение – для текста настоящего решения);

выражает согласие с данными Условиями без каких-либо оговорок и ограничений.»

Таким образом, установлено, что представленный компанией «Рустерс» текст применяемой «Политики конфиденциальности и условий акций» отличается от текста, предоставленного заявителем.

Данный факт также подтверждается акте осмотра интернет-сайта № 481-р от 26 августа 2019 года, составленным сотрудниками Волгоградского УФАС.

Таким образом, в ходе рассмотрения заявления от рекламодателя не получены доказательства получения надлежащего согласия заявителя на распространение рекламы по сетям электросвязи на его абонентский номер.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 случае распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, только на территории, подведомственной одному территориальному органу Федеральной антимонопольной службы, дела возбуждаются и рассматриваются по месту распространения такой рекламы.

Определением от 28 августа 2019 года Волгоградским УФАС России в отношении ИП Я.С.В. было возбуждено производство по делу № 034/05/18-842/2019 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

На заседание Комиссии были представлены письменные объяснения от ИП Я.С.В., а также устные пояснения генерального директора ИП Я.С.В.- Ш. О.С., согласно которым в августе 2019 года после получения запроса антимонопольного органа с целью улучшения сервиса по продаже товаров, производимых компанией «Рустерс», проводилось обновление сайта, и были внесены изменения в политику конфиденциальности, размещаемую на сайте компании «Рустерс».

Также было указано, что рассылка сообщений рекламного характера компанией «Рустерс» производится один раз в две недели только среди клиентов компании, которые хотя бы раз делали заказ продукции данной компании.

Процесс заказа продукции возможен двумя способами: регистрация через личный

кабинет покупателя и путем заполнения формы на заказ продукции (путем указания имени, номера телефона, согласия с политикой конфиденциальности).

При оформлении заказа покупатель автоматически соглашается с рассылкой рекламного характера, поскольку без указания согласия в графе «Политика конфиденциальности и условия акции», дальнейшие действия по заказу товара не могут быть осуществимы.

Также было уточнено, что указанная смс-рассылка проводилась компанией «Рустерс» самостоятельно. ИП Я. С.В. при этом выступил в качестве рекламодателя и рекламодателем.

Заявитель на заседание комиссии не явился, дополнительных пояснений, заявлений, ходатайств в ходе рассмотрения дела не представил.

В ходе заседания Комиссией был произведен осмотр сайта компании «Рустерс» раздел заказа пиццы, в ходе которого было выявлено, что были внесены дополнительные изменения в раздел «Политика конфиденциальности и условия акций» (новое название раздела - «Условия предоставления услуг»), которое открывается уже не в новом окне браузера, как это было ранее, а на той же странице, где заполняются поля для осуществления заказа товара.

Данный раздел возможен к прочтению только после перехода в раздел «корзина» после непосредственного выбора товара для заказа, но теперь до оплаты покупки.

Соглашаясь с «Условиями предоставления услуг» покупатель соглашается с рассылкой рекламного характера, поскольку без указания согласия в графе «принять наши условия предоставления услуг», дальнейшие действия по заказу товара не могут быть осуществимы.

При этом согласие на получение сообщений рекламного характера выражено явным образом. Информация о том, что покупатель дает согласие на обработку предоставляемых данных в целях получения информации, СМС рассылок, Email рассылок, документов и материалов, в том числе рекламного характера, то есть информация, в том числе, о согласии с рассылкой рекламного характера, указана в данных «Условиях предоставления услуг».

При этом, как пояснил директор компании, у покупателей остается возможность заказа продукции компании «Рустерс» без дачи согласия на получение рекламных сообщений – посредством заказа по продукции телефону.

Комиссия Волгоградского УФАС России, изучив материалы дела, а также оценив устные и письменные пояснения лиц, участвующих в деле, установила следующее.

Материалами дела подтверждается, что 16 августа 2019 года в 12:34 на номер телефона заявителя 8XXXXXXXXX от абонента с буквенным обозначением «Roosters», принадлежащего ИП Я. С.В. поступило смс-сообщения с текстом «Вторая пицца с 50% скидкой! Промо:0650. Только 3 дня! vk.cc/9HDLy8».

Согласно ст. 3 Закона о рекламе рекламой признается 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

поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения заявителя посредством сообщения на его телефонный номер <...> XXXXXXXXXX, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы. Объектом рекламирования в данном случае выступает пицца, производимая компанией «Рустерс».

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 от нему с таким требованием (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС 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.

Также в соответствии с ч. 1 ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «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 или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Комиссия не соглашается с позицией ИП Я.С.В. о наличии у рекламодателя на момент распространения рекламы согласия заявителя на распространение в его адрес рекламных сообщений по сетям электросвязи в виду следующего.

Как подтверждается материалами дела, содержание раздела «Политика конфиденциальности и условия акций» на сайте <https://roosters-pizza.ru>, до момента направления запроса антимонопольного органа (исх. № 02-3/6155 от 21.08.2019) с требованием предоставить объяснения по факту распространения рекламы в

адрес заявителя, вообще не предусматривало возможности получения явно выраженного согласия потребителей на получение сообщений рекламного характера. Таким образом, осуществляя 21.05.2019 заказ пиццы заявитель вообще не имел возможности, исходя из формата и содержания сайта явным образом выразить согласие на получение в дальнейшем рекламы.

Предоставление рекламы в указанном случае является формой навязывания информации, на получение которой абонент не согласен.

Таким образом, в ходе дела рекламораспространителем ИП Я. С.В. не доказано наличие предварительного надлежащего согласия заявителя на получение рекламы по сетям электросвязи.

Комиссия приходит к выводу о том, что рассматриваемая реклама была распространена без надлежащего согласия абонента, что нарушает ч. 1. ст. 18 Закона о рекламе.

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

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение ст. 18 Закона о рекламе ответственность несет рекламораспространитель.

Пунктом 7 ст. 3 Закона о рекламе установлено, что рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем с учетом обстоятельств дела является ИП Я. С.В. (ОГРН: 304344427400033, ИНН: 502713354360)

В соответствии с п.п. 3-4 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закон о рекламе и в соответствии с п. 37-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия Волгоградского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: *«Вторая пицца с 50% скидкой! Промо:0650. Только 3 дня! vk.cc/9HDLy8»*, распространявшуюся посредством смс-сообщения 16 августа 2019 года в 12:34 абоненту с номером телефона 8XXXXXXX от абонента с буквенным обозначением «Roosters», ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

2. Выдать ИП Я.С.В. (ОГРН: 304344427400033, ИНН: 502713354360) предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

2. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для принятия решения о возбуждении административного производства по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП Я.С.В. (ОГРН: 304344427400033, ИНН: 502713354360).

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд Волгоградской области в течение трех месяцев со дня вынесения решения в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.