

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 055/05/18-965/2022

20 декабря 2022 года

город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее - Омское УФАС России, Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее - Комиссия) в составе:

заместитель председателя Комиссии - <...>, врио заместителя руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев материалы дела № 055/05/18-965/2022 по признакам нарушения обществом с ограниченной ответственностью «О КЕЙ» (ИНН 7826087713, ОГРН 1027810304950, далее - ООО «О КЕЙ», Общество) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие <...>, извещенной надлежащим образом, при участии посредства видеоконференцсвязи представителя ООО «О КЕЙ» - <...> (доверенность от 18.08.2022 № ОК/22-6646)

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России из ФАС России поступило заявления <...> по факту направления на принадлежащий ей абонентский номер <...> от абонента, имеющего обозначение «**O'KEY**», смс-сообщений рекламного характера:

- 25.08.2022 в 13:13 час. смс-сообщение: «279.99 р /кг филе цыпленка ТЧН!, - 25% йогурты, творожные сырники 25-28.08»;

- 30.08.2022 в 13:55 час. смс-сообщение: «-40% торты, -35% конфеты в коробках, - 50% канцтовары 30.08-1.09»;

- 01.09.2022 в 17:16 час. смс-сообщение: «39.99 р/кг томаты сливовидные, 69.99 р/кг виноград кишмиш 2-4.09»;

- 08.09.2022 в 14:56 час. смс-сообщение: «289.99 р/кг свинина карбонад, - 40% колбасы вареные 9-11.09.2022»;

- 13.09.2022 в 15:10 час. смс-сообщение: «-20% на день рождения! Действует 1 раз по карте **9461. Код 170694742».

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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;

объект рекламирования - это 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;

товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Распространенная в адрес заявителя (абонентский номер <...>) от абонента, имеющего обозначение «**O'KEY**», информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена по сетям электросвязи, направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования – товарам, реализуемым в гипермаркетах «O'KEY».

При этом указанная информация распространена с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена без ее предварительного согласия на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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 именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

Согласно информации из Базы данных перенесенных абонентских номеров, абонентский номер <...> принадлежит к ресурсу нумерации ООО «Т2 Мобайл».

На запрос Омского УФАС России ООО «Т2 Мобайл» была представлена информация, согласно которой направление смс-сообщений абоненту <...> от абонента, имеющего обозначение «**O'KEY**», осуществлялось ПАО «Мегафон».

По информации ПАО «Мегафон» отправка вышеуказанных смс-сообщений была осуществлена на основании договора № 100445733 от 01.06.2022, заключенного между ПАО «Мегафон» и ООО «O'KEY» (далее – Договор).

Согласно пункту 2.1 Договора Оператор (ПАО «Мегафон») обязуется оказать Заказчику (ООО «O'KEY») услугу «МегаФон Хаб», предусматривающую доступ к Системе, в том числе проводить необходимые технические и организационные мероприятия по обработке Сообщений с помощью Системы, обеспечивающие прием Сообщений Абонентами или от Абонентов и передачу Сообщений Операторами Абонентам, а Заказчик обязуется принимать оплачивать Услуги на условиях, предусмотренных Договором.

В силу пункта 3.2.2 Договора в случае отправки сообщений по перечню Заказчика, ООО «O'KEY» обязано получить от абонента предварительное согласие на получение сообщений посредством SMS/MMS – сообщений, электронных сообщений в мессенджере Viber, сообщений электронной почты, электронных сообщений в мессенджере WhatsApp, сообщений в аккаунты социальных сетей от корпоративного клиента или иным образом.

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая** реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ООО «О КЕЙ» является рекламораспространителем.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе», несет рекламораспространитель.

На запрос Омского УФАС России 07.12.2022 ООО «О КЕЙ» была представлена информация, согласно которой *«Согласие на получение рекламной рассылки на номер <...> дано 21.02.2010 <...>. О том, что в настоящее время данный номер используется <...>, ООО «О КЕЙ» не знало и не могло знать...*

... ООО «О КЕЙ» прекратило обработку номера <...>...».

Определение Омского УФАС России от 21.11.2022 в отношении ООО «О КЕЙ» было возбуждено дело № 055/05/18-965/2022 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В ответ на указанное определение ООО «О КЕЙ» 14.12.2022 представлены пояснения, согласно которым *«Согласие на получение рекламной рассылки на номер <...> дано 21.02.2010 <...>...*

... ООО «О КЕЙ» не может нести ответственность за допущенные <...> нарушения или, в их отсутствие, за нарушение оператором связи положений законодательства «О связи», равно как и любые иные действия указанных лиц, не подконтрольные ООО «О КЕЙ».

При этом ООО «О КЕЙ» не имело возможности заключить с оператором договор, на основании которого оператор сообщил бы ООО «О КЕЙ» о том, что номер передан новому абоненту (ст. 53 Федерального закона «О связи»).

Таким образом, ООО «О КЕЙ» были приняты все зависящие от него меры по соблюдению правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность.

В адрес ООО «Т2 Мобайл» и ПАО «МегаФон» ООО «О КЕЙ» были направлены письма с просьбой сообщить, существуют ли способы, с помощью которых ООО «О КЕЙ» могло установить факт и момент передачи абонентского номера другому абоненту. Также ООО «Т2 Мобайл» был задан вопрос, имела ли место передача абонентского номера <...> от одного абонента другому после 21.02.2010. по состоянию на данный момент ответ не получен.

В соответствии с п. 38 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24 ноября 2020 № 1922 (далее – Правила), рассмотрение дела может быть отложено антимонопольным органом: по ходатайству лица, участвующего в деле, в связи с невозможностью явки

этого лица или его представителя на рассмотрение дела по уважительно причине, подтвержденной соответствующими документами. При этом в отношении представителя ООО «О КЕЙ», ответственного за соответствующий сегмент работы, на знание и опыт которого ООО «О КЕЙ» предпочитает положиться для наиболее полной реализации своего права на защиту, выдан листок нетрудоспособности сроком по 20.12.2022, в связи с чем он не может принять участие в рассмотрении дела, назначенного на 20.12.2022...».

Кроме того, в указанном письме ООО «О КЕЙ» просит:

«1. Прекратить рассмотрение дела № 055/05/18-965/2022 в отношении ООО «О КЕЙ» в связи с неподтверждением наличия фактов нарушения ООО «О КЕЙ» законодательства Российской Федерации о рекламе;

2. В случае невозможности прекращения дела в отношении ООО «О КЕЙ» на данной стадии отложить рассмотрение дела № 055/05/18-965/2022.

3. Привлечь к участию в деле в качестве заинтересованных лиц ООО «Т2 Мобайл» и ПАО «МегаФон».

4. Запросить у ООО «Т2 Мобайл» информацию о том, какому абоненту и когда принадлежал номер<...>, а также причинах передачи данного номера новым абонентам».

19.12.2022 в адрес Омского УФАС России от ООО «О КЕЙ» поступили дополнительные пояснения, согласно которым «1. В рассматриваемом случае рассылки на номер<...> осуществлялись от имени ООО «О КЕЙ» в полном соответствии с действующим законодательством РФ. Начиная с 21.02.2016 года ООО «О КЕЙ» имел разрешение клиента на направление ему информационных и рекламных рассылок. В подтверждение данного факта ООО «О КЕЙ» была представлена копия собственноручно заполненной анкеты. В связи с тем, что анкета заполнена в режиме онлайн в стационарном Гипермаркете, личность клиента была проверена и соответствовала действительности. Со своей стороны ООО «О КЕЙ» добросовестно исполняло обязанности, возложенные на него нормами действующего законодательства: разрешение было получено, заключен договор на осуществление рассылки, рассылка прекращена в момент получение информации из УФАС о наличии претензий со стороны <...>.

Обращаем особое внимание на тот факт, что <...> на обращалась непосредственно в ООО «О КЕЙ» с просьбой прекратить рассылку рекламных сообщений, несмотря на то, что все контакты ООО «О КЕЙ» находятся в свободном доступе. В случае обращения физического лица с жалобой на рассылку, рассылка была бы прекращена до выяснения ситуации. Обращение <...> в первую очередь в контролируемую инстанцию лишило ООО «О КЕЙ» возможности разрешить вопрос в добровольном порядке, а учитывая отсутствие вины ООО «О КЕЙ» в сложившейся ситуации, обращение с жалобой может рассматриваться как злоупотребление правом, при котором защита прав не осуществляется...

... ООО «О КЕЙ» не согласно с тем, что в Определении о возбуждении дела ООО «О КЕЙ» определен в качестве рекламораспространителя. В данном случае ООО «О КЕЙ» является рекламодателем. Рекламодатель – изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Распространение спорной рекламы осуществлялось в рамках Договора № 100445733 от

01.06.2022г., заключенного с ПАО «МегаФон».

Условия договора следующие:

п.2.1 Исполнитель обязуется оказывать Заказчику услугу «Мегафон Хаб», предусматривающую доступ к Системе, в том числе проводить необходимые технические и организационные мероприятия по обработке сообщений с помощью Системы, обеспечивающие прием Сообщений Абонентами или от Абонентов и передачу Сообщений Операторами Абонентам.

п. 2.5 В рамках оказания услуг Оператор осуществляет размещение РИМ посредством каналов коммуникации среди Конечных получателей (Абонентов), являющихся Абонентами других операторов связи России, пользователями услуг Партнеров, при условии наличия у Оператора технической возможности совершения таких действий.

п. 3 Правил оказания услуг (Приложение № 4) Передача информации (текст Сообщений, телефон и доп. информация) переходят от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет.

По совокупности указанных пунктов и условиям сотрудничества ООО «О КЕЙ» определяет объект рекламирования и передает список абонентов, которым реклама должна быть направлена, а ПАО «МегаФон» непосредственно осуществляет размещение РИМ. Таким образом, рекламораспространителем рекламы является не ООО «О КЕЙ», а ПАО «МегаФон»...

...В связи с этим, просим привлечь ПАО «МегаФон», являющегося рекламораспространителем, в качестве лица, участвующего в деле...

...В рамках рассмотрения настоящего дела со стороны ООО «О КЕЙ» было предоставлено согласие клиента на получение рекламных рассылок на номер телефона <...>, в связи с чем отсутствует факт нарушения требований законодательства «О рекламе». ООО «О КЕЙ» приняты достаточные меры по соблюдению требований законодательства о рекламе при направлении смс-сообщения рекламного характера.

На основании вышеизложенного, ООО «О КЕЙ», руководствуясь положениями ФЗ «О рекламе» и Порядком просит:

1. Прекратить рассмотрение дела № 055/05/18-965/2022 в отношении ООО «О КЕЙ» в связи с неподтверждением наличия фактов нарушения ООО «О КЕЙ» законодательства Российской Федерации о рекламе.
2. Привлечь к участию в деле ПАО «МегаФон».
3. Истребовать у ООО «Т2 Мобайл» информацию о заключении договора оказания услуг связи и выделении номера телефона абоненту <...>.
4. Отложить рассмотрение дела в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств».

На заседании Комиссии 20.12.2022 представитель ООО «О КЕЙ» поддержал вышеуказанную позицию, дополнительно указав, что анкета была заполнена <...> в магазине в г. Омске 21.02.2016.

Учитывая установленные при рассмотрении дела обстоятельства, в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств и для привлечения к

участию в деле иных лиц, в соответствии с пунктами 31- 33 и 38 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Рассмотрение дела № 055/05/18-965/2022 отложить.
2. Продлить срок рассмотрения дела № 055/05/18-965/2022 до 21 февраля 2023 года.
3. Назначить рассмотрение дела № 055/05/18-965/2022 на **24.01.2023 в 15:00 часов** по адресу: г. Омск, пр. К. Маркса, д. 12 А, к. 102.
4. Привлечь к рассмотрению дела в качестве заинтересованного лица:
 - публичное акционерное общество «МегаФон» (ИНН 7812014560 ОГРН 1027809169585, адрес: <...>);
 - общество с ограниченной ответственностью «Т2 Мобайл» (ИНН 7743895280, ОГРН 1137746610088, адрес: <...>).
5. ПАО «МегаФон» в срок **до 19.01.2023** представить в адрес Управления письменный отзыв на настоящее определение с приложением документов, обосновывающих позицию ПАО «МегаФон».
6. ООО «Т2 Мобайл» в срок **до 19.01.2023** представить в адрес Управления информацию о владельцах абонентского номера <...> в период с 21.02.2016 по настоящее время, с приложением копии договора оказания услуг связи, заключенного между ООО «Т2 Мобайл» и абонентом.

Ссылка на предоставление возможности участия в рассмотрении дела путем видеоконференцсвязи (далее – ВКС): <https://fas3.tconf.rt.ru/c/8665240224>.

С инструкцией для участников ВКС можно ознакомиться по ссылке: https://fas.gov.ru/in_ca.pdf.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>