Исх. №ВЧ-08/3993 от 23.04.2024 г.

Комиссия Татарстанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: <…> – (должностное лицо)
Члены Комиссии: <…> – (должностное лицо)

<…> – (должностное лицо)

рассмотрев дело №016/05/18-307/2024 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы по сетям электросвязи с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от <…> (вх. № 538/ж от 19.01.2024) о распространении <…>на телефонный номер заявителя <…> без предварительного его согласия смс-сообщения.

<…>

Факт поступления, сообщения подтверждается скриншотом.

Смс-сообщение рекламного характера поступило с буквенного номера «<…>».

Исходя из содержания сообщение осуществлялось мультибрендовым магазином женской и мужской обуви и аксессуаров.

Указанный буквенный номер принадлежит ООО «Раппорто».

Согласно информации поступившей от ООО «Раппорто», рассматриваемая рассылка смс-сообщения осуществлялись в рамках исполнения договора №СМС-11/21 от 01.03.2021 г. (далее-Договор) между АО «Загрузка» (с 12.01.2024 реорганизовано в форме присоединения к ООО «Раппорто» (далее-Исполнитель, Общество) и ООО «ПронтоТех» (ОГРН 1145749005786 ИНН 5751201888) (далее- Заказчик).

В соответствии с условиями Договора Заказчик поручает, а Исполнитель берет на себя обязательства по предоставлению Заказчику услуг по доступу к коммуникационной платформе Исполнителя для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы Заказчика либо клиента Заказчика, формируемых и отправляемых Заказчиком, для дальнейшей отправки СМС - сообщений Заказчика Абонентам, а также услуги по оказанию информационно-технического обслуживания (п. 2.1.; 2.1.1.;2.1.2. Договора).

Согласно п.3.1.3. Договора Заказчик обязуется самостоятельно определять объект (предмет) рассылки, а также содержание Сообщения, получателя, время рассылки.

Также Заказчик обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие Абонента на получение которых отсутствует, объявляются СПАМом (п.3.1.4. Договора). Под СПАМом понимается рассылка сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована Заказчиком без согласия Абонентов и/или вводящая Абонентов в заблуждение относительно характера таких сообщений или их отправителя.

Общество не участвует в формировании смс-сообщения и круга получателей, не определяет дату и время рассылки, а выполняет только технологическую функцию по передаче сообщений через свою коммуникационную платформу от Заказчика оператору. Общество не обладает техническим

оборудованием для непосредственной передачи сообщений на номера Абонентов, минуя оператора. При этом инициатором рассылки является Заказчик.

Таким образом, обязанность по предоставлению согласия Абонента, на получение им смс-рассылок на номер <…> лежит на ООО «ПронтоТех» или его клиенте.

В связи с получением указного запроса, Обществом была заблокирована возможность Заказчика, использующего имя «TWOFEET», направлять рассылки на номер абонента, что подтверждается скриншотом черного списка Общества.

Кроме того, согласно пояснениям ООО ПронтоТех», между ООО ПронтоТех» и ООО «Променад» заключен Договор на оказание услуг по обеспечению доступа к сервису prontosms.

В рамках указанного Договора, ООО ПронтоТех» предоставляет ООО «Променад» исключительно только техническую поддержку для рассылки сообщений, доступ к сервису (п. 10.2 Договора).

Согласно п. 3.3. Договора, Заказчик обязуется самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получить от конечного получателя письменное согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение сообщений.

В соответствии с п. 10.2 Договора, Заказчик является рекламораспространителем и несет полную ответственность за соблюдение законодательства Российской Федерации, в т.ч. о рекламе.

Пунктом 10.3 Договора предусмотрено, что полную ответственность за содержание, достоверность, полноту, законность информации в сообщениях несет Заказчик, причем Заказчик обязуется самостоятельно решать все вопросы, связанные с происхождением и содержанием передаваемой в сообщениях информации.

Короткое сообщение от имени отправителя «TWOFEET» с текстом «<…>» было создано и отправлено ООО «Променад» (ИНН: 1650379451; юридический адрес: 426008, Удмуртская Республика, г Ижевск, ул. Карла Маркса, д. 264а, офис 111/2).

Относительно вопроса о наличии согласия абонента +79033199000 на получение сообщений сообщаем, что ООО «Променад» предоставило запрашиваемое согласия по нашему запросу (согласие прилагается).

<…>

Кроме того, согласно пояснениям ООО «Променад», 23.02.2021 <…>, номер телефона <…> была оформлена электронная дисконтная карта в магазине STEP (название магазинов TWOFEET до проведения ребрендинга в 2022 г), находящийся по адресу г. Набережные Челны, ТРЦ «Омега», пр-т Сююмбике 2/19. Анкета была заполнена покупателем в ручном виде, где было дано согласие на получение смс, емейл и прочих рассылок. Далее эти данные были введены продавцами-консультантами в базу данных для создания дисконтной карты клиенту. Бумажный носитель ввиду давности сохранен не был.

В период с даты создания карты до 28 июля включительно клиент получал смс рассылки от кампании, в общей сложности получим 26 смс сообщений. За все это время никаких жалоб и просьб от клиента об отключении от смс рассылки получено не было.

Начиная с июля 2022 года смс рассылки клиенту не отправлялись в связи с несовершением покупок за долгий промежуток времени.

Помимо того, в системе настроена автоматическая отправка сообщений-поздравлений с днем рождения всем тем клиентам, у которых стоит согласие на получение рассылок. Так как у клиента стояло данное согласие, за время существования карты он получал поздравления 3 раза в 2022, 2023 и 2024 годах. О чем свидетельствует скриншот из личного кабинета ниже. Ни после одного из сообщений никаких просьб от отключении от рассылки от клиента получено не было.

<…>

Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

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.

В пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы — это 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.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

При направлении сообщения в тексте рекламы присутствуют слова «Поздравляем Вас с Днем рождения», на восприятие которого направлена распространенная информация.

Однако Комиссия приходит к выводу, что поздравление абонента в данном случае не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации. Подобное обращение к потенциальному клиенту свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

При этом в случае направления посредством СМС-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщённый характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой.

Таким образом, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Распространяемые Обществом СМС-сообщения являются шаблонными для всех клиентов магазина, что позволяет Обществу включать в них рекламные материалы.

Распространяемое Обществом СМС-сообщение является рекламой, так как направляется всем клиентам магазина, которые имеют определенный объем характеристик исходя из проводимого на момент отправки специального предложения.

На основании изложенного Комиссия Татарстанского УФАС России приходит к выводу, что рассматриваемое СМС-сообщение является рекламой, распространялось неограниченному кругу лиц, имела целью формирование и поддержание интереса к услугам Общества и его продвижению.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе объектом рекламирования является 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 3 статьи 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Данная текстовая информация направлена на привлечение внимания к магазину, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Информация, распространенная посредством направления СМС-сообщения на номер телефона Заявителя, отвечает всем признакам рекламы, распространена посредствам смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда 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 рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие абонента должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Исходя из материалов дела следует, что заявителем была заполнена анкета в ручном виде, где было согласие на получение смс, емейл и прочих рассылок. Далее эти данные были введены продавцами-консультантами в базу данных для создания дисконтной карты клиенту. Бумажный

носитель ввиду давности сохранен не был.

Вместе с тем, Заявитель утверждает, что не давал согласия на их рекламные рассылки, обратных доказательства в материалах дела не содержится, так как скриншот с базы данных с информацией перенесенной с анкеты не является достоверным доказательством того, что Заявитель собственноручно поставил галочку или дал согласие на получение рекламных сообщений.

Согласно части 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушения части 1 статьи 18 несёт рекламораспространитель.

Рекламораспространителем является ООО «Променад» (ИНН: 1650379451; юридический адрес: 426008, Удмуртская Республика, г Ижевск, ул. Карла Маркса, д. 264а, офис 111/2).

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «Променад» при помощи смс-сообщений <…> на мобильный номер заявителя (<…>) с буквенного номера «<…>», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Променад» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 23 апреля 2024 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии:	<…> – (должностное лицо)
Члены Комиссии:	<…> – (должностное лицо)
	<…> – (должностное лицо)