

РЕШЕНИЕ

по делу № 074/05/18-1821/2021

06 октября 2021 года
Челябинск

г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе в составе (далее - Комиссия):

председателя Комиссии:	<...> – руководителя Челябинского УФАС России;
членов Комиссии:	<...> – начальника отдела контроля торгов и органов власти Челябинского УФАС России;
	<...> – ведущего специалиста - эксперта отдела контроля торгов и органов власти Челябинского УФАС России,

рассмотрев дело № 074/05/18-1821/2021, возбужденное по факту поступления СМС-сообщения рекламного характера без предварительного согласия абонента с признаками нарушения Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

Челябинским УФАС России рассмотрено заявление физического лица (вх. № 7780-ИП/21 от 07.06.2021) по факту поступления 05.03.2021 на телефонный номер +7-950-747-34-82 СМС-сообщения с рекламой: «ДАРИМ 800 РУБЛЕЙ! С 6 по 8 МАРТА! В DNS! => <https://clck.ru/TZSsj>», 05.06.2021 на телефонный номер +7-950-747-34-82 СМС-сообщения с рекламой: «-10% на комплект КБТ! Новые магазины на Комсомольском, 28д и Мамина, 15!» от отправителя под буквенным обозначением «DNS-SHOP» без предварительного согласия абонента.

В качестве доказательства заявителем представлен скриншот текстов сообщений.

Челябинским УФАС России осуществлен переход по ссылке <https://clck.ru/TZSsj>, указанной в СМС-сообщении, о чем составлен Акт осмотра № 64-2021 от 08.06.2021.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, телефонный номер +7-950-747-34-82 входит в ресурс нумерации оператора связи ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» представило письменные пояснения (вх. № 8482/21 от 18.06.2021), согласно которым направление СМС-сообщений абоненту +7-950-747-34-82 от отправителя под буквенным обозначением «DNS-SHOP» осуществляло Общество с ограниченной ответственностью «ИнфоБип» <...> (далее - ООО «ИнфоБип»).

Челябинское УФАС России направило запрос в ООО «ИнфоБип» (исх. № АК/7749/21 от 18.06.2021), в ответ на который ООО «ИнфоБип» сообщило, что направление СМС-сообщений произведено в рамках Договора оказания услуг № 16052018-708 от 19.11.2018 (далее - Договор), заключенного с Обществом с ограниченной ответственностью «ДНС Ритейл» <...> (далее - ООО «ДНС Ритейл»).

В соответствии с п. 2.1 Договора ООО «ИнфоБип» приняло на себя обязательства оказать ООО «ДНС Ритейл» комплекс услуг по организации и технологическому обеспечению возможности формирования и отправки посредством ООО «ИнфоБип» сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы, формируемые и отправляемые в отношении клиентов ООО «ДНС Ритейл». При этом в соответствии с условиями Договора, ответственность за наличие предварительного согласия абонента на получение любого рода сообщений, предусмотренного ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», возлагается на ООО «ДНС Ритейл» (п.п. 3.2.3., 3.2.4., 3.2.9., 5.4., 5.5. Договора). Указанное распределение обязанностей обусловлено функциями ООО «ИнфоБип», являющегося технологическим посредником при направлении сообщений от ООО «ДНС Ритейл» к его клиентам через операторов связи.

ООО «ИнфоБип» направлен запрос в ООО «ДНС Ритейл», в ответ на который ООО «ДНС Ритейл» сообщило, что абонент с телефонным номером +7-950-747-34-82 является участником программы ProZaPass. В соответствии с правилами программы ProZaPass при регистрации Участник программы указывает свой актуальный телефонный номер и дает согласие на получение информационных СМС-сообщений, а также на использование его персональных данных. В случае, если Потенциальный участник не дает согласие на получение СМС-сообщений и использование его персональных данных, последующая регистрация в программе ProZaPass невозможна.

Тем самым, факт регистрации абонента +7-950-747-34-82 подтверждает получение согласия на получение информационных СМС-сообщений, а также на использование его персональных данных.

Актуальная копия Правил Программы «ProZaPass» размещена по адресу: <https://prozapass.ru/rules.pdf>. Скриншот из базы данных по участнику с телефонным номером +7-950-747-34-82 представлен в приложении.

Челябинским УФАС России в адрес ООО «ДНС Ритейл» направлено Определение о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе № 074/05/18-1821/2021 (исх. № АК/8699/21 от 07.07.2021), которым у ООО «ДНС Ритейл» запрошены необходимые документы и сведения.

ООО «ДНС Ритейл» представило письменные пояснения, а также фототаблицы (вх. № 11857/21 от 25.08.2021):

расположение Уголка Покупателя в торговом зале магазина DNS по адресу: г. Челябинск, пр. Ленина, д. 71;

расположение Правил Программы «ProZaPass» в уголке Покупателя в торговом зале магазина DNS по адресу: г. Челябинск, пр. Ленина, д. 71;

скриншот из базы данных 1С: Предприятие о договоре купли-продажи между ООО «ДНС Ритейл» и Потребителем — Участником Программы с абонентским номером +7-950-747-34-82;

скриншот из базы данных 1С: Предприятие об оплате по договору купли-продажи между ООО «ДНС Ритейл» и Потребителем — Участником Программы с абонентским номером +7-950-747-34-82;

скриншот из базы данных 1С: Предприятие о регистрации Потребителя с абонентским номером +7-950-747-34-82 в качестве Участника Программы;

скриншот интерфейса базы данных 1С: Предприятие об активности кнопки «Получать СМС» с возможностью ее деактивации при регистрации нового Участника Программы в розничном магазине DNS;

скриншот с Интернет-сайта Общества о возможности войти в личный кабинет Участника Программы, используя абонентский номер телефона Участника;

скриншот с Интернет-сайта Общества о возможности редактирования настроек профиля Участника Программы в личном кабинете Участника Программы;

скриншот с Интернет-сайта Общества о возможности редактирования оповещений о скидках и предложениях (по СМС, по Email) в личном кабинете Участника Программы;

правила участия в программе Лояльности «ProZaPass».

Согласно письменным пояснениям, представленным ООО «ДНС Ритейл», 21 июня 2020 года между Обществом и Потребителем заключен договор купли-продажи, предметом которого является товар — кондиционер Electrolux EACM-13 CL/N3. Стоимость товара оплачена Потребителем наличными денежными средствами в месте заключения договора купли-продажи.

Одновременно 21.06.2020 от Потребителя получено волеизъявление в устной форме об участии в программе Лояльности «ProZaPass», проводимой Обществом, в целях получения моментальной скидки при покупке в размере 3000 рублей.

Правила участия в программе Лояльности «ProZaPass» доведены до сведения неопределенного круга лиц в Уголке покупателя в розничных магазинах, а также на Интернет-сайте Общества. Преамбула Правил участия в Программе «ProZaPass», предусматривает исчерпывающий перечень возможностей программы «ProZaPass», в том числе получать и накапливать бонусы за совершаемые покупки, получать предложения, информацию о скидках и акциях, проводимых в магазинах DNS и на сайтах: dns-shop и technopoint.ru.

Для участия в Программе Покупателю необходимо зарегистрироваться в Программе. Согласно Правилам участия, регистрируясь, Участник предоставляет свое согласие на использование своих персональных данных, а также на получение СМС-сообщений информационного содержания.

После регистрации в Программе Участник имеет возможность получить доступ к личному кабинету на Интернет-сайте <https://www.dns-shop.ru/>, используя номер телефона, зарегистрированный Участником в Программе, и код доступа, направленный на номер телефона. Личный кабинет предоставляет возможность Участнику редактировать настройки профиля, в частности редактировать оповещения о скидках и предложениях (по СМС, по Email), в том числе отказаться от получения указанных оповещений.

Отказ от получения оповещений о скидках и предложениях (по СМС, по Email) не влечет прекращение участия в Программе, в отличие от заявленного Участником отказа от обработки персональных данных, который прекращает участие в Программе.

21.06.2020 Потребитель в розничном магазине DNS по адресу: г. Челябинск, пр. Ленина, д. 71, зарегистрировался в качестве Участника Программы. Регистрация в Программе осуществляется только при прохождении лицом личной идентификации. Для подтверждения личности на указанный номер телефона направляется СМС-сообщение с кодом подтверждения, который необходимо ввести в предназначенное поле. Регистрация происходит только при совпадении кода, высланного в СМС-сообщении и указанного лицом в предназначенном поле.

При регистрации нового Участника доступна кнопка «Получать СМС», которая предусматривает проставление отметки («галочки») сотрудником Общества.

Поскольку Потребителем выражено волеизъявление при личном посещении розничного магазина, личность Потребителя подтверждена, Правила участия в Программе доведены до сведения неопределенного круга лиц в Уголке покупателя в торговом зале магазина DNS, тем самым Потребитель выразил свое согласие на получение от ООО «ДНС Ритейл» сообщений посредством СМС.

Таким образом, Потребителем было выражено согласие на направление ему информационных и рекламных сообщений, что следует из условий Правил. Потребитель не отказался от полученных СМС-рассылок, а также не отказался от получения рекламно-информационных материалов на Интернет-сайте Общества после регистрации.

В настоящий момент в отношении Участника прекращена рассылка оповещений о скидках и предложениях (по СМС, по Email).

ООО «ДНС Ритейл» представило дополнение к письменным пояснениям (вх. № 13653/21 от 30.09.2021), согласно которым согласие на участие в Программе «ProZaPass», а также ознакомление потребителя с условиями Программы было выражено простой электронной подписью и фактическими действиями абонента. Получая на телефонный номер код и называя его продавцу, будущий участник предоставил свое согласие на участие в Программе, то есть волеизъявление было получено от абонента надлежащим образом. Выражая свое согласие на участие в программе, абонент также подтвердил, что ознакомлен с условиями Программы и принимает все условия.

Подписывая согласие на участие в программе и принимая его условия, абонент согласился, в том числе получать информацию рекламного характера. Поскольку дефиниция слова «информация» имеет широкий смысл и включает в себя любые

сведения как рекламного характера, так и иные сведения.

ООО «ДНС Ритейл» 02.07.2021 стало известно об отсутствии у абонента намерения получать в будущем информационные сообщения рекламного характера. В этот же день данная возможность Программы «ProZaPass» деактивирована ООО «ДНС Ритейл» в учетной записи абонента.

Рассмотрение заявления и материалов дела приводит к следующим выводам.

Заявителю 05.03.2021 на телефонный номер +7-950-747-34-82 поступило СМС-сообщение с рекламой: «ДАРИМ 800 РУБЛЕЙ! С 6 по 8 МАРТА! В DNS! => <https://clck.ru/TZSsj>», 05.06.2021 СМС-сообщение с рекламой: «-10% на комплект КБТ! Новые магазины на Комсомольском, 28д и Мамина, 15!» от отправителя под буквенным обозначением «DNS-SHOP» без предварительного согласия абонента.

Согласно части 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», под рекламой понимается 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.

Согласно пункту 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» 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.

Информация, которая поступила заявителю посредством СМС-сообщений, является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к акциям, подаркам, скидкам на товары ООО «ДНС Ритейл».

Таким образом, информация, поступившая заявителю посредством СМС-сообщений, является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей.

В силу части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи», это пользователь

услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «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, не докажет, что такое согласие было получено.

Кроме того, положения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространяются на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару. Не может служить исключением информация от продавца, у которого абонент приобретал товар, услугу, и которой в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

Согласно Письму ФАС России от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» Федеральный закон «О рекламе» возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламораспространителя.

При этом согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и **подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя** (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Между тем, согласие абонента на получение рекламы должно четко содержать волеизъявление лица на получение рекламы. В случае отсутствия четкого волеизъявления абонента реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

В представленных сведениях заявитель указывает, что не давал согласия на получение СМС-сообщений рекламного характера от отправителя под буквенным обозначением «DNS SHOP», принадлежащего ООО «ДНС Ритейл».

Рассмотрев материалы дела о нарушении рекламного законодательства № 074/05/18-1821/2021, Челябинское УФАС России приходит к следующим выводам:

1. ООО «ДНС Ритейл» в своих пояснениях указало, что при регистрации нового Участника доступна кнопка «Получать СМС», которая предусматривает проставления отметки («галочки») сотрудником Общества.

Формулировка «**Получение СМС**» подразумевает получение информации посредством СМС-сообщений как информации рекламного характера (например, об акциях, скидках, предложениях), так и нерекламного характера (например, о

количестве бонусов). Тем самым, покупатель, соглашаясь на получение информации о количестве бонусов, получает и информацию рекламного характера, что противоречит принципу добровольного волеизъявления.

В связи с вышеизложенным, Челябинское УФАС России критически отнеслось к представленному согласию.

2. ООО «ДНС Ритейл» пояснило, что Правила участия в программе Лояльности «ProZaPass» доведены до сведения неопределенного круга лиц в Уголке покупателя в розничных магазинах, а также на Интернет-сайте Общества (<https://prozapass.ru/rules.pdf>).

Доказательств того, что на момент регистрации в Программе «ProZaPass» Потребитель ознакомился с Правилами участия ООО «ДНС Ритейл» не представлено.

Включение в Правила участия согласие на получения рекламы, внимание потребителя на котором отдельно не акцентируется, позволяет Обществу распространять, в том числе информацию рекламного характера, что также противоречит принципу свободы выбора.

3. Правила участия в программе Лояльности «ProZaPass» содержат следующие положения: «Участие в Программе выгодных покупок «ProZaPass» позволяет:

- получать и накапливать бонусы за совершаемые покупки;
- при приобретении товара получать скидку на количество накопленных бонусов. При этом, максимальный размер скидки составляет 100 % от стоимости товара за вычетом 1 рубля. 1 (один) рубль стоимости товара оплачивается участником Программы в обязательном порядке;

- получать предложения, информацию о скидках и акциях, проводимых в магазинах «DNS» и на сайтах: dns-shop и technopoint.ru».

Условия участия в Программе закреплены в разделе 2, а именно согласно пункту 2.7. регистрируясь в Программе, Участник предоставляет согласие на использование своих персональных данных, указанных при регистрации, для целей участия в Программе. Также Участник предоставляет согласие на получение **SMS-сообщений информационного содержания** или телефонных уведомлений на мобильный номер телефона, указанный при регистрации.

В соответствии со статье 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» под информацией понимаются сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления, а под распространением информации - действия, направленные на получение информации неопределенным кругом лиц или передачу информации неопределенному кругу лиц.

Реклама представляет собой специальный вид, разновидность информации. Для отличия рекламы установлены необходимые признаки.

Согласно статьи 3 Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Федеральным законом «О рекламе».

Товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот;

В соответствии с пунктом 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре (в том числе товарного знака).

Согласно части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Таким образом, доказательства, что при регистрации в Программе «ProZaPass» Потребитель дал согласие на получение **рекламы**, отсутствуют.

Таким образом, распространение указанной СМС-рекламы противоречит части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

На основании части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

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.

Рекламораспространителем следует признать ООО «ДНС Ритейл» <...>, как лицо, осуществившее распространение рекламы.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 «ДНС Ритейл»

05.03.2021 на телефонный номер +7-950-747-34-82 посредством направления СМС-сообщения с рекламой: «ДАРИМ 800 РУБЛЕЙ! С 6 по 8 МАРТА! В DNS! => <https://clck.ru/TZSsj>», 05.06.2021 на телефонный номер +7-950-747-34-82 СМС-сообщения с рекламой: «-10% на комплект КБТ! Новые магазины на Комсомольском, 28д и Мамина, 15!» от отправителя под буквенным обозначением «DNS-SHOP» без предварительного согласия абонента, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

2. Предписание ООО «ДНС Ритейл» прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Челябинского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «ДНС Ритейл» и его должностного лица.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.