

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

РЕШЕНИЕ №072/05/18-3/2020

17.04.2020 г. г. Тюмень

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: - заместитель руководителя управления – начальник отдела КСЗ;

- главный специалист-эксперт отдела КСЗ;

Члены Комиссии:

- ведущий специалист-эксперт отдела КСЗ,

рассмотрев дело № 072/05/18-3/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие:

- заявителя – *

- лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе,

- ООО СЗК *

- ООО «*»,

в присутствии лица, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе,

- ООО «Т*»

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступили заявления гражданина *, указывающие на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В заявлениях указывается, что на абонентский номер <...> *, зарегистрированный за гражданином, поступили SMS-сообщения рекламного характера следующего содержания:

«http://salutytmn.ru/?mode=product&product_id=2884816», дата и время: * г. в 20:12, 20:14 от Saluti tmn через SMS-центр +7*4.

Определением от 17.01.2020г. возбуждено дело №072/05/18-3/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Т*» и ООО «СЗК «*».

Определением от 21.02.2020г. рассмотрение дела №072/05/18-3/2020 было отложено в связи с необходимостью получения антимонопольным органом дополнительных доказательств, а также привлечением к рассмотрению дела в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «*».

Комиссия, рассмотрев материалы дела №072/05/18-3/2020, пришла к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ (далее – Закон о рекламе), рекламой является 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 и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке; 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; товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Реклама является средством продвижения товаров, работ и услуг, а также самого изготовителя или продавца рекламируемого товара на определенном рынке. Вместе с тем способ, форма и средства распространения соответствующей информации имеет существенное значение. Ненадлежащей рекламой согласно подпункту 4 статьи 3 Закона о рекламе является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Вместе с тем, из акта осмотра Интернет-сайта, следует, что на сайте http://salutytmn.ru/?mode=product&product_id=2884816 размещена информация о фейерверках, организации и проведении пиротехнического шоу и о продаже пиротехники оптом и в розницу, содержимое данной страницы зафиксировано в приложении №1 акта осмотра Интернет-сайта.

Таким образом, рассматриваемая информация является рекламой, где **объектом** рекламирования является продукция и услуги, предоставляемые в магазине «Салюты Тюмени».

В соответствии с частью 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 материалы дела, надлежащего согласия от ООО «СЗК «*», ООО «*», ООО «Т*» не представлено. Таким образом, в распространении вышеуказанной рекламы содержатся признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Согласно сведениям, представленным ООО «Т2 *», * является абонентом компании, использующим абонентский номер <...> *. Согласно детализации вызовов, * ему действительно поступил телефонный звонок от Saluti tmn через SMS-центр +7* в 15:23.

Согласно сведениям, представленным ООО «Т2*» (ИСПОЛНИТЕЛЬ), рассылка смс-сообщения осуществлена по инициативе компании - ООО Северо-Западная компания «*» (ЗАКАЗЧИК) (адрес местонахождения: 192012, г. Санкт-Петербург, ***) в соответствии с **Договором № 228/SMS-BULK от 01.06.2015г.**

Кроме того, в **п. 3.3.2 Договора** говорится, что ИСПОЛНИТЕЛЬ должен обеспечить настройку каналов связи, с использованием которых ЗАКАЗЧИКУ оказываются УСЛУГИ ПО МАРШРУТИЗАЦИИ ТРАФИКА (в соотв. с п.1.4 Договора «Услуги по маршрутизации трафика» - это действия Исполнителя в Сети, направленные на смс-рассылку на Абонентов, осуществляемую через каналы связи с использованием ИСНН и/или Псевдонимов, а также доставку от Абонентов смс-мо-сообщений на ИСНН). Стороны признают, что Исполнитель по умолчанию осуществляет настройку канала связи в форме мультиподпись, если иное не согласовано сторонами в заказе.

Также согласно **п. 3.4.3 Дополнительного соглашения №3** Исполнитель обязуется осуществлять маршрутизацию смс-мт-сообщений и смс-мо-сообщений, а также обеспечить своевременную и достоверную тарификацию смс-сообщений и размещенных Сервисов в соответствии с условиями, указанными в Приложении №3 настоящего Договора, и результатами Шаблонирования.

Кроме того, из **п. 4.2.4 Договора** следует, что ИСПОЛНИТЕЛЬ имеет право ограничивать маршрутизацию и доставку SMS-MT-сообщений на всех Абонентов либо на определенных Абонентов, в том числе определенного исполнителя, в случае если направляемые SMS-MT-сообщения или содержания сервиса не получено или отозвано согласие абонента на получение смс-рассылки или не соответствует ФЗ-38 «О рекламе».

В связи с чем, ООО «Т2*» было привлечено в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ч.1 ст. 18 Закона о рекламе.

На рассмотрение дела 21.02.2020 ООО «Т2 *» предоставило запрашиваемые документы и сведения, а также письменные пояснения из которых следует, что Договор предусматривает лишь право ООО «Т2 *» на приостановление оказания Сервиса или пропуск смс-рассылок, если в ходе исполнения Договора будет установлено, на основании обращения самих абонентов, надзорных органов или иных лиц, что Заказчик/Клиент Заказчика нарушает условия Договора и требования действующего законодательства РФ.

Комиссия указанный довод ООО «Т2 *» не принимает во внимание в силу нижеследующего.

Так как, согласно **п. 4.2.6 Дополнительного соглашения №3** Исполнитель имеет

право ограничить направление и доставку смс-мт-сообщений на абонентов либо на определенных абонентов, в том числе определенного Исполнителя либо приостановить организацию размещения Сервисов среди получателей Сервисов, в случае установления факта нарушения п.3.2 и п.3.3 Договора, в том числе в связи с обращением органов власти относительно законности направления смс-сообщения либо относительно содержания Сервиса, а именно: если Сервисы не соответствуют требованиям действующего законодательства РФ, в том числе ФЗ «О рекламе».

Проанализировав последовательность договорных отношений между ООО «Т2 *», ООО «СЗК «*», ООО «*» прослеживаются взаимосвязанные действия рекламодателей и непосредственное участие ООО «Т2 *» в распространении SMS-сообщения, содержащего рекламу.

Отсутствие ООО «Т2 *» в цепочке рекламодателей привело бы к невозможности доставки спорного SMS-сообщения абоненту.

Исходя из заключенных соглашений Общество осуществляло фактическое доведение сведений об услугах до абонента, то есть являлось рекламодателем, чем прямо опровергается довод заявителя об обратном.

Таким образом, ООО «Т2 *» является рекламодателем, которым нарушена ч.1 ст. 18 Закона о рекламе.

Вместе с тем, из информации предоставленной ООО «Т2 *» следует, что ООО СЗК «*» несет персональную ответственность перед ООО «Т2 *» и должно размещать рассылку только среди Абонентов, которые выразили свое согласие на получение рекламы. В письменных пояснениях ООО «СЗК «*» сообщается, что рекламодателем вышеуказанного смс-сообщения является ООО «*» (Заказчик), согласно Договору оказания услуг №8600/18-ЛК8. ООО «СЗК «*», поясняет, что Общество обеспечивает техническую возможность для осуществления заказчиком рассылок смс-/e-mail/viber-сообщений.

Комиссия указанный довод ООО «СЗК «*» не принимает во внимание в силу нижеследующего.

В соответствии с пунктом **3.2.8** Договора от 01.06.2015г. и Дополнительного соглашения №3 к Договору № 228/SMS-BULK от 01.06.2015г., ООО «СЗК «*» обязуется инициировать смс-рассылки только в отношении тех абонентов, которые выразили ООО «СЗК «*» или его клиентам согласие на получение такого сервиса, путем совершения действий, однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление.

Таким образом, ООО «СЗК «*» несет персональную ответственность перед ООО «Т2 *» и должно размещать рассылку только среди Абонентов, которые выразили свое согласие на получение рекламы.

Таким образом, ООО «СЗК «*» является рекламодателем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Вместе с тем, ООО «СЗК «*», предоставила письменные объяснения от ООО «*» в которых сообщается, что гр. Ильиных А.А. был зарегистрирован на сайте интернет магазина PIROFF Тюмень, тем самым добровольно согласился на получение рекламной информации от ООО «*».

При этом **Комиссия критически относится к доводам ООО «*»** о получении у последнего письменного согласия гр. * на получение рекламной информации посредством смс-сообщений, поскольку согласие полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в сети «Интернет» не позволяет однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы. В связи с чем, приложенные к материалам дела скриншоты, свидетельствующие о даче согласия *, не могут являться достоверными доказательствами получения такого согласия.

Кроме того, согласно п.3.2.1 Договора оказания услуг №8600/18-ЛК8, ООО «*» обязано соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении Договора в отношении использования Услуг, в том числе ФЗ «О рекламе».

Также, Комиссия указывает что, согласно Письму ФАС от 11.11.2019г № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах и информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, **является ненадлежащим** и влечет нарушение указанного требования статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Закон о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно пункту 16 статьи 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно пункту 32 статьи 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 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 или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования)

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Анализ договорных отношений позволяет сделать вывод о том, что все действия сторон соглашений были направлены на рассылку SMS-сообщений. При этом все Общества были осведомлены относительно целей использования их услуг, в том числе о возможности распространения рекламы. Указание в каждом последующем договоре на обязанность заказчика получить согласие абонента на получение SMS-сообщений не освобождает исполнителя от совершения аналогичных действий.

Довод о том, что Общества не формировали SMS-сообщение и не являлись инициаторами его отправки, не имеет правового значения для определения их статуса в качестве рекламораспространителей.

Таким образом, ООО «Т2 *», ООО «СЗК «*», ООО «*», обязаны иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых обязательств при заключении упомянутых выше Договоров. Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента * на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела не представлено.

Учитывая, что в материалы дела не представлено письменное согласие абонента на получение sms-сообщений рекламного характера, в действиях ООО «Т2*», ООО «СЗК «*», ООО «*» содержатся нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **рекламодатель** – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение рекламодателя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Однако, по смыслу приведенной нормы права необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Согласно материалам дела ООО «Т2 *», ООО «СЗК «*», ООО «*» являются рекламодателями.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая, что в материалах дела отсутствуют доказательства того, что на абонентский номер <...> продолжают поступать sms-сообщения рекламного характера от Saluti tmn через SMS-центр +7*, Комиссия считает выдачу предписания нецелесообразной.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального

закона «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 рекламу продукции и услуг, предоставляемых в магазине «Салюты Тюмени», распространенную путем направления смс-сообщений абоненту +7*, *. в 20:12, 20:14 от Saluti tmn через SMS-центр +7*, **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушений требований законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с отсутствием оснований для его выдачи.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме _____ года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии *

*

Члены комиссии

*