

## РЕШЕНИЕ

по делу № 012/05/18-1045/2020

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«29» марта 2021 года  
Ола

г. Йошкар-

Резолютивная часть решения объявлена: «24» марта 2021 года

Полный текст решения изготовлен: «29» марта 2021 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя - начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов,

член Комиссии – ведущий специалист-эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов,

член Комиссии – специалист-эксперт отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов,

рассмотрев дело № 012/05/18-1045/2020 по факту распространения сообщения посредством мессенджера WhatsApp без согласия абонента в присутствии представителя ООО «Мир Вендинга» по доверенности от 05.06.2020 № 2,

### УСТАНОВИЛА:

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление О. вх. № 216-О от 29.10.2020.

В своем заявлении О. указал, что на его абонентский номер 29.10.2020 в 12:08 посредством мессенджера Whatsapp поступило сообщение с телефонного номера +79172944429 без предварительного согласия абонента следующего содержания:

*«БЕСПЛАТНАЯ ДОСТАВКА (725 г / 28 шт роллов) 299 руб. + ПИЦЦА В ПОДАРОК «Мясная» 21 см на традиционном тесте ПРОМОКОД, 999 38-00-28 радуга вкуса служба доставки еды».*

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе реклама - 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.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

В пункте 2 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» установлено, что 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 соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе, 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.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределенному кругу лиц.

Согласно Письму ФАС России от 05.04.2007 года исх. № АЦ/4624 под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно Письму ФАС России от 20.06.2018 № АД/45557/18 «Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе» квалификация информации как рекламы либо иного рода информации зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации.

Информация, направленная О. в виде сообщения, не обращена к конкретному потребителю, она не была адресована каким-либо определенным лицам,

следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством электросвязи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам) формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются услуги, оказываемые ИП К., осуществляющей деятельность по доставке еды под коммерческим названием «Радуга вкуса». Следовательно, указанная информация по своему содержанию и целевой направленности является рекламой.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами 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 Законом о рекламе.

Согласно Письму ФАС России от 24.06.2019 № АК/52901/19 в случае выявления признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в содержании рекламных сообщений, распространение которых осуществляется с использованием приложений WhatsApp Messenger, Viber и иных приложений, передающих и принимающих информацию с использованием сетей электросвязи, в целях установления рекламодателя антимонопольными органами, исходя из содержания рекламного сообщения в соответствии с пунктом 1.5 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12 может быть направлен соответствующий запрос в адрес лица, на привлечение внимания к деятельности (товарам, работам, услугам, средствам индивидуализации) которого направлено распространяемое рекламное сообщение, для установления рекламодателя и рекламораспространителя указанной рекламы.

В ответ на запрос Марийского УФАС России от 25.11.2020 № 03-13/406 ИП К., осуществляющая деятельность по доставке еды под коммерческим названием «Радуга вкуса», сообщила, что указанную рекламную информацию не распространяла. Абонентский номер, с которого было получено указанное рекламное сообщение, не зарегистрирован на ИП К., а также на кого-либо из сотрудников предпринимателя.

Также ИП К. сообщила, что указанную информацию о проведении акции

распространяла организация «PRONTO SMS», что является коммерческим наименованием ООО «Мир Вендинга». Сотрудник ИП К. согласовывал посредством переписки в мессенджере WhatsApp с сотрудником ООО «Мир Вендинга» проект листовки, информирующей о начале проведения акции для ее дальнейшей обработки и направлению потребителям – пользователям мессенджера WhatsApp. Оплата услуг информирования потребителей службы доставки еды «Радуга вкуса» о товарах, услугах, производимых акциях в размере 6900 руб. совершалась с помощью платежной системы «Яндекс.Деньги».

В ответ на запрос Марийского УФАС России от 03.12.2020 № 03-13/422 ООО «Мир Вендинга» сообщило, что не распространяло указанное сообщение, так как не предоставляет заказчикам услуг по отправке сообщений посредством мессенджера WhatsApp, в связи с отсутствием технической возможности для распространения сообщений с помощью данного мессенджера.

ООО «Мир Вендинга» сообщило, что в октябре 2019 г. между ООО «Мир Вендинга» и ИП К. заключен публичный договор по предоставлению доступа к сервису prontosms, принадлежащего обществу. Вышеуказанный договор заключался с ИП К. посредством регистрации предпринимателя в сервисе prontosms, расположенный в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» по адресу: [https://clk.prontosms.ru/ru/reg.html?roistat\\_visit=15584](https://clk.prontosms.ru/ru/reg.html?roistat_visit=15584). Договор был заключен и вступил в силу с момента регистрации ИП К. в сервисе prontosms.

Согласно пункту 1.3 договора, заказчик в лице ИП К. подтверждает, что при регистрации в сервисе prontosms с условиями договора ознакомлен, для него они понятны и им приняты в полном объеме. Разногласий по договору не имеет.

В рамках вышеуказанного договора, исполнитель в лице ООО «Мир Вендинга» только предоставляет заказчику доступ к сервису prontosms, справочную информацию и техническую поддержку при работе с сервисом, но не формирует, не преобразует и не вмешивается в содержание текста сообщения, а также не совершает каких-либо действий по отправке и выбору получателя согласно пунктам 3.2.5, 6.2.4 договора.

Согласно пункту 6.2.4 договора заказчик подтверждает, что рекламодателем и рекламораспространителем является заказчик, так как самостоятельно совершает действия по доведению рекламного сообщения до получателя.

В соответствии с пунктом 6.2.4 договора, исполнитель предоставляет исключительно техническую возможность для рассылки сообщений, а заказчик является распространителем и несет полную ответственность за соблюдение законодательства Российской Федерации, в том числе Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

В силу пункта 6.2.15 договора заказчик гарантирует, что в случае возбуждения любого рода дел в отношении исполнителя в связи с нарушением норм законодательства, допущенных в результате отправки (рассылки) и доставки сообщений, отправляемых заказчиком в рамках оказания услуг, надлежащим ответственным лицом (в случае нарушения законодательства о рекламе и связи) является заказчик.

Также, ООО «Мир Вендинга» сообщило, что не получало денежные средства в

размере 6900 руб. от ИП К. при помощи платежной системы «Яндекс.Деньги» в качестве оплаты услуг информирования потребителей службы доставки еды «Радуга вкуса» о товарах, услугах, производимых акциях.

В ответ на определение о возбуждении дела № 012/05/18-1045/2020 по признакам нарушения законодательства о рекламе от 29.12.2020 ООО «Мир Вендинга» сообщило, что с февраля 2020 не оказывает услуги по предоставлению доступа к сервису prontosms.

В ответ на определение об отложении дела № 012/05/18-1045/2020 от 29.01.2021 ИП К. пояснила, что договор, предметом которого является оказание услуг по обеспечению доступа к сервису исполнителя, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS/Viber сообщений, заключен с ИП Ф.

В соответствии с пояснениями от 22.03.2021 № 2496, представленными ИП Ф., договор № 75 от 30.11.2020 заключен с ИП К. после осуществления рассылки на номер О. рассматриваемого рекламного сообщения.

Также, ИП Ф. указывает, что предмет договора № 75 от 30.11.2020, указанный в пункте 2.1, не включает рассылку посредством мессенджера WhatsApp.

Кроме того, в соответствии с пунктом 4.5 указанного договора заказчик в лице ИП К. обязуется формировать сообщения и отправлять их только при наличии согласия на получение таких сообщений от получателя сообщений. Заказчик самостоятельно и за свой счет предварительно получает согласия, урегулирует претензии любых третьих лиц, в том числе получателей сообщений, органов государственной власти по всем вопросам, вытекающим из условий настоящего договора.

Согласно пункту 4.6 договора, рекламодателем и рекламораспространителем по указанному договору выступает заказчик в лице ИП К., который совершает определенные действия по доведению рекламы до получателя сообщения. Исполнитель в лице ИП Ф. только обеспечивает доступ к сервису и не осуществляет непосредственно распространение рекламных сообщений и рекламодателем и рекламораспространителем не является. Заказчик в рамках указанного договора является рекламодателем и рекламораспространителем.

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.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

В Письме от 24.06.2019 № АК/52901/19 ФАС России указывается, что требование части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространяется на всю без исключения рекламу, распространяемую по сетям электросвязи, в том числе на приложения WhatsApp Messenger, Viber и иных приложений, передающих и принимающих информацию с использованием сетей электросвязи.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В соответствии с частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе почтовых отправлений и электронных сообщений, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Вместе с тем, О. не выражал согласие на получение рассматриваемой рекламной информации.

Из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Комиссия Марийского УФАС России считает, что поскольку согласие абонента О. на получение им подобных сообщений отсутствует, следовательно, допущено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе со стороны рекламодателя.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе за нарушение статьи 18 данного закона ответственность несет рекламодатель.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламодателя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Комиссия Марийского УФАС России считает, что рекламодателем и рекламопроизводителем в соответствии со статьей 3 Закона о рекламе является ИП К., что подтверждается предпринимателем в ответе на запрос Марийского УФАС России вх. № 11133 от 01.12.2020.

В соответствии с Письмом ФАС России от 24.06.2019 № АК/52901/19 само по себе распространение рекламы с использованием приложений WhatsApp Messenger, Viber и иных приложений, передающих и принимающих информацию с использованием сетей электросвязи, не является основанием для признания разработчиков указанного программного обеспечения рекламодателями.

В соответствии с публичным договором по предоставлению доступа к сервису prontosms, заключенным между ООО «Мир Вендинга» и ИП К., а также договором № 75 от 30.11.2020, заключенным между ИП К. и ИП Ф., рекламодателем рассматриваемого сообщения является ИП К.

На основании вышеизложенного, Комиссия Марийского УФАС России приходит к выводу о наличии в действиях ИП К. нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламного сообщения на абонентский номер О. посредством мессенджера WhatsApp без его согласия.

В ходе рассмотрения дела Комиссией установлено, что в материалах дела отсутствуют документальные доказательства, подтверждающие прекращение распространения рассматриваемой рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Комиссия Марийского УФАС России считает, что в данном случае имеются основания для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Учитывая изложенное, руководствуясь частью 1 статьи 18, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

### **РЕШИЛА:**

1. Признать ненадлежащей рекламу, следующего содержания:

*«БЕСПЛАТНАЯ ДОСТАВКА (725 г / 28 шт роллов) 299 руб. + ПИЦЦА В ПОДАРОК «Мясная» 21 см на традиционном тесте ПРОМОКОД, 999 38-00-28 радуга вкуса служба доставки еды»*, направленную ИП К. на абонентский номер О. посредством мессенджера WhatsApp без предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Выдать ИП К. обязательное для исполнения предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для рассмотрения вопроса о привлечение лица к административной ответственности.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд Республики Марий Эл.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии