

РЕШЕНИЕ

по делу № 018/05/18-221/2023

Резолютивная часть оглашена 20 апреля 2023 года

В полном объеме изготовлено 27 апреля 2023 года г. Ижевск

Постоянно действующая Комиссия Удмуртского УФАС России по рассмотрению дел,

возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о

рекламе, в составе:

председатель Комиссии: (ФИО) – заместитель руководителя Управления
Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике

члены Комиссии: (ФИО) – старший государственный инспектор отдела

контроля рекламы и недобросовестной конкуренции; (ФИО) – специалист-эксперт

отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции; кворум соблюден,

рассмотрев заявление гр. (ФИО) о распространении на его номер телефона

+7(909) 063-**-** рекламного смс-сообщения от отправителя с алфанумерическим

именем «Sportmaster» следующего содержания: «Двойная выгода: до -50% и 4000 бонусов

за 1000р до 9.01 clck.ru/339Zd6» с признаками нарушения Федерального закона от

13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

в присутствии:

- гр. (ФИО);

- представителя ООО «Спортмастер»: (ФИО) (по доверенности от

31.08.2022), явка представителя общества обеспечена путем подключения к видео-конференц-связи;

УСТАНОВИЛ:

18.01.2023 в Удмуртское УФАС России из Роспотребнадзора по УР по

подведомственности поступило заявление гр. (ФИО) (исх. б/н от 09.01.2023, вх.

№ 371/23 от 18.01.2023) о распространении 06.01.2023 на его номер телефона +7 (909)

063-**-** рекламного смс-сообщения от отправителя с алфанумерическим именем

«Sportmaster» следующего содержания: «Двойная выгода: до -50% и 4000 бонусов за

1000р до 9.01 clck.ru/339Zd6». Согласно заявлению, гражданин обратился в ООО

«Спортмастер» с требованием о прекращении распространения рекламы в его адрес.

Общество в переписке с гражданином отказало ему в связи с тем, что не смогло идентифицировать заявителя по имени и дате рождения.

В обоснование доводов своей жалобы Заявитель представил в материалы дела детализацию мобильного номера +7 (909) 063-**-** за период с 01.11.2022 по 25.01.2023. Как следует из содержания детализации 06.01.2023 в 12:03 на его номер телефона поступило смс-сообщение от отправителя с альфанумерическим именем «Sportmaster».

ООО «Спортмастер» (далее – Общество) представило письменные пояснения (вх. №1285/23 от 20.02.23) и копии следующих документов: анкета участника Клубной программы ООО «Спортмастер» № 2006006290955 на имя (ФИО), договор заключенный с ООО «Раппорто» № СМ-04/19 от 01.04.2019, дополнительные соглашения к нему № 37 от 01.12.2022, № 38 от 30.12.2022, акты оказанных услуг № СМ-12/22 от 31.12.2022, № СМ-01/23 от 31.01.2023.

Из содержания письменных пояснений Общества следует, что база абонентов для осуществления смс-рассылки и рассылки по электронной почте формируется из участников клубной программы «Спортмастер», заполнивших соответствующую анкету и давших согласие на данный вид информирования. Правила участия в клубной

программе ООО «Спортмастер» размещены в сети интернет по адресу:

<https://www.sportmaster.ru/clubpro/rules/>. В прежней редакции Правил клубной

программы предусматривался вариант регистрации в качестве участника клубной

программы путем заполнения Анкеты участника клубной программы. Фактом

регистрации участники КП подтверждают согласие на получение информации в рамках

КП и обработку своих персональных данных посредством сбора, записи,

систематизации, накопления, хранения, уточнения, извлечения, обогащения, использования, осуществляемую с использованием средств автоматизации, в том числе

в информационно-телекоммуникационных сетях, или без использования таких средств

в целях организации направления им специальных предложений, информации о новых

товарах и рекламных акциях, обработки их запросов и обращений. Абонент с номером

+7 (909) 063-**-** (ФИО) зарегистрировался 07.08.2007 в

качестве участника Клубной программы «Спортмастер» путем заполнения анкеты в магазине «Спортмастер» № 2006006290955. В анкете указал следующие данные: имя,

номер мобильного телефона, номер домашнего телефона, дата рождения, адрес места

жительства. Участники КП могут отказаться от получения информации от Компании, изменив настройки в Личном кабинете на сайте www.sportmaster.ru, обратившись в Справочную службу Спортмастер по тел: 8 800-777-7771 или по e mail:

contact@sportmaster.ru. Для отказа от получения информации необходимо сообщить

номер КК или номер мобильного телефона/адрес e-mail, на который оформлена подписка. Абонент номера +7 (909) 063-**-** отказ от получения информации в Компанию не направлял.

Согласно ответам ПАО «ВымпелКом», абонентский номер +7 (909) 063-**-** принадлежит гр. (ФИО) с февраля 2012 года. В 2007 году и до 2012 года указанный абонентский номер никому не принадлежал.

Из содержания представленной в материалы дела анкеты установлено, что согласие на получение специальных предложений было дано от имени (ФИО), **, **, ** г.р., проживающего по адресу: г. /.../, ул. /.../, д./.../, кв. /.../, который указал в том числе номер мобильного телефона +7 (909) 063-**-**.

Согласно условиям договора №СМ-04/19 от 01.04.2019, заключенного между ООО «Раппорто» (Исполнитель) и ООО «Спортмастер» (Заказчик):

2.1 Заказчик поручает, а Исполнитель берет на себя обязательства по техническому

обеспечению рассылки Сообщений Абонентам Оператора (далее - Услуга) посредством предоставления Заказчику доступа к КПИ через Личный кабинет Заказчика с целью:

2.1.1 технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы Заказчика

(информацию о самом Заказчике или о предоставляемых Заказчиком услугах), формируемых и отправляемых Заказчиком, до СМСЦ Операторов для дальнейшей отправки Сообщений Заказчика Абонентам,

2.1.2 осуществления информационно-технического обслуживания обработке трафика и разделению (сепарации) его по Операторам, установление принадлежности

абонентского номера к какому-либо Оператору по базе MNP (базе перенесенных номеров), технической поддержке, (далее - «Услуги»).

Коммуникационная платформа Исполнителя (КПИ) - аппаратно-программный комплекс, принадлежащий Исполнителю, способный осуществлять передачу телематических электронных сообщений от Заказчика до СМСЦ либо оборудования

Оператора/партнера Оператора в реальном масштабе времени для дальнейшей конвертации Оператором телематических электронных сообщений и отправки Сообщений на мобильные устройства Абонентов.

СМСЦ (центр обработки коротких сообщений) - комплекс аппаратнопрограммных средств, принадлежащий Оператору, который принимает, обрабатывает и отправляет Сообщения.

В разделе 3 договора определены обязанности Заказчика и Исполнителя. Заказчик

обязуется:

3.1.3 Самостоятельно определять объект (предмет) рассылки, а также содержание

Сообщения, получателя, время рассылки Обеспечить соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации и норм существующих этических норм и принципов при формировании Сообщений и гарантировать, что Сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации, не содержит нецензурных

слов и выражений на любом языке, объект рекламирования соответствует политике и

требованиям Операторов, а также что Сообщения не нанесут ущерб деловой репутации

Операторов, не содержат политическую агитацию При использовании персональных

данных Абонентов Заказчик обязан соблюдать требования Федерального закона «О

персональных данных» № 152-ФЗ от 27 июля 2006 года, а также других нормативных

актов, регулирующих правоотношения в данной области Если объектом

информирования является информационная продукция, отнесенная Федеральным

законом «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью», к

информационной продукции, подлежащей обязательному сопровождению знаком

информационной продукции, Заказчик обязуется направлять Сообщения, содержащие

знак информационной продукции, в соответствии с категорией, предусмотренной указанным законом.

3.1.4 Не инициировать отправку Сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ В частности, сообщения, согласие Абонента на получение которых отсутствует, объявляются СПАМом.

Исполнитель обязуется:

3.3.2. Обеспечить технологическую передачу через КПИ сообщений и передачу

данных по Сети без потерь, искажений и не согласованных с Заказчиком изменений в

точном соответствии с требованиями Заказчика Однако Исполнитель не несет

ответственность за недоставленные по причинам, не зависящим от Исполнителя, Сообщения Заказчика, в том числе в случае отказа Абонента от получения Сообщений на мобильное устройство.

Таким образом, отправление смс-сообщения на телефон Заявителя осуществлялось ООО «Спортмастер» в рамках исполнения договора №СМ-04/19 от 01.04.2019.

Доказательства того, что абонент, которым является гр. (ФИО), дал согласие ООО «Спортмастер» на распространение рекламы в свой адрес в материалы

дела не представлены.

17.03.2023 по результатам рассмотрения имеющихся документов и информации

Управление возбудило дело № 018/05/18-221/2023 в отношении ООО «Спортмастер» по

признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» и назначило дело к рассмотрению на 11.04.2023.

Определением от 11.04.2023 рассмотрение дела было отложено на 20.04.2023.

20.04.2023 на заседании Комиссии представитель ООО «Спортмастер» возражал против доводов жалобы и признаков нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Пояснил, что при регистрации физических лиц в Клубной программе проверка

документов и идентификация лиц не производится, в связи с тем, что добросовестность

участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагается,

пока не доказано иное. Также полагает, что рассматриваемое информационное смссообщение не является по определению рекламой, поскольку было отправлено конкретному абоненту - (ФИО), зарегистрированному в Клубной программе.

То обстоятельство, что смс-сообщение получено иным лицом (ФИО), который

в соответствии с договором оказания услуг связи является абонентом номера 8 (909)

063-**-**, не свидетельствует, что круг лиц стал неопределённым, а

информационное

сообщение приобрело признаки рекламы. Также представитель ООО «Спортмастер»

предоставил в материалы дела документ, свидетельствующий о прекращении направления рекламных сообщений на абонентский номер +7 (909) 063-**-**.

Заявитель на заседании Комиссии опровергал факт оформления анкеты и получения Клубной карты на его имя.

Рассмотрев документы и сведения, представленные в материалы дела, письменные

и устные пояснения сторон, Комиссия установила следующее.

06.01.2023 на номер телефона гр. (ФИО) +7 (909) 063-**-** поступило

смс-сообщение от отправителя с альфанумерическим именем «Sportmaster»

следующего содержания: «Двойная выгода: до -50% и 4000 бонусов за 1000р до 9.01

clck.ru/339Zd6».

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама представляет собой

информацию, распространяемую любым способом, в любой форме и с использованием

любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц, направленную на

привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание

интереса к нему, а также его продвижению на рынке.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» под объектом рекламирования

понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара,

результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Потребители рекламы - лица, на привлечение внимания которых к объекту рекламирования направлена реклама.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи, такая

индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер

лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является

обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенных смссообщений.

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.

Рассматриваемая реклама не содержит указания на конкретного получателя и как следствие не имеет ограничений по кругу распространения. Отсутствие в тексте сообщения какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать его получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким

количеством лиц она была получена.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу о том, что информация «Двойная

выгода: до -50% и 4000 бонусов за 1000р до 9.01 clck.ru/339Zd6», распространенная с

использованием радиотелефонной связи посредством смс-сообщения на абонентский

номер +7 (909) 063-**-**, адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования - акции и скидки на товары в ООО

«Спортмастер», формирование или поддержание интереса к ним, следовательно, является рекламой.

Согласно положениям части 1 статьи 18 ФЗ «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 соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи), абонент — пользователь услугами связи, с которым

заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского

номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста,

изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по

сети подвижной радиотелефонной связи 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 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» разъяснено, что под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты

или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Поскольку Закон №

38-ФЗ не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента

на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие абонента может быть выражено

в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления

на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем согласие абонента 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.

Следовательно, согласие на получение рекламы должно быть предоставлено таким

образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать абонента, но

и

подтвердить волеизъявление определенного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя/рекламодателя.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту

абонентов от получения нежелательной рекламы.

Материалами дела подтверждается, что на дату распространения рассматриваемой

рекламы (06.01.2023) абонентом номера +7 (909) 063-**-** являлся гр. (ФИО),

которому указанный номер принадлежит с 02.02.2012 на основании договора с ПАО

«ВымпелКом». При этом согласно письменным пояснениям ПАО «ВымпелКом» (вх.

№3083-эп/23 от 19.04.2023) указанный номер с 2007 до 2012 году в пользование никому

не предоставлялся.

Установлено, что гр. (ФИО), являясь с 2012 года абонентом и законным

владельцем телефонного номера +7 (909) 063-**-**, не давал согласия на получение

рекламной информации от ООО «Спортмастер», доказательств обратного обществом в

материалах дела не представлено.

Предоставленная ООО «Спортмастер» анкета, заполненная (ФИО), не

может быть принята Комиссией в качестве доказательств получения надлежащего

согласия абонента. В связи с чем, согласие на получение рекламы, полученное от

(ФИО), не означает, что (ФИО) также выразил согласие на получение

рекламы.

Как следует из пояснений представителя Общества какая-либо верификация

абонента, который заполняет анкету и указывает номер телефона, в процессе

использования этих данных не проводится в силу предполагаемой добросовестности и

разумности участников гражданских правоотношений.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу о том, что ООО «Спортмастер» не предпринимало какие-либо разумные и необходимые меры для идентификации лица,

которое давало свое согласие. Вопреки доводам представителя Общества о том, что

законодательством Российской Федерации не предусмотрена обязанность идентификации личности при регистрации в Бонусной программе, последствия такого

бездействия приводят к несанкционированной рассылке рекламы (СПАМа).

Обстоятельства дела свидетельствуют о том, что распространение рекламного

смс-сообщения «Двойная выгода: до -50% и 4000 бонусов за 1000р до 9.01

clck.ru/339Zd6» при отсутствии предварительного согласия, полученного от гражданина

(ФИО), являющегося абонентом телефонного номера +7 (909) 063-**-**,

нарушают требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе», рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 настоящего

закона.

Согласно п. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе», рекламодатель - лицо,

осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств;

Таким образом, с учетом имеющегося в материалах дела договора №СМ-04/19 от 01.04.2019, заключенного между ООО «Раппорто» и ООО «Спортмастер», Комиссия приходит к выводу о том, что ООО «Раппорто» в качестве исполнителя по договору самостоятельно не осуществляло распространение смс-сообщений, а только предоставляло аппаратно-программный комплекс для технологического осуществления

передачи телематических электронных сообщений. Следовательно, ООО

«Спортмастер» является рекламодателем рекламного смс-сообщения,

поступившего 06.01.2023 на мобильный номер телефона +7 (909) 063-**-**, принадлежащего гражданину (ФИО).

Доводы ООО «Спортмастер» о том, что рассматриваемое сообщение не является рекламой Комиссией отклоняются, поскольку установлено, что данное сообщение отвечает всем признакам рекламы.

Довод ООО «Спортмастер» о том, что не имеет возможности проверить достоверность указываемой информации в анкетах и полагается на добросовестность

лиц, их заполняющих, не свидетельствует о том, что реклама была распространена с

согласия абонента номера телефона. Более того, для проведения верификации абонента

при получении согласия не требуется каких-либо существенных и длительных процедур и вложений, не требуется запросов сведений у операторов связи. Однако, как

установлено, какая-либо верификация и идентификация лица, от которого якобы получается согласие, обществом не проводится. Более того, при осуществлении деятельности, в том числе получения согласия, распространения рекламы общество как

юридическое лицо несет определенные риски осуществления предпринимательской

деятельности и при должной осмотрительности имеет возможность их минимизировать.

Согласно части 2 статьи 33 ФЗ «О рекламе» антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе.

Комиссией установлен факт прекращения ООО «Спортмастер» распространения рекламы на абонентский номер (ФИО), в связи с чем Комиссия приходит к выводу об отсутствии необходимости выдавать предписание о прекращении нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе.

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 Удмуртского УФАС

России,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, распространенную 06.01.2023 на абонентский номер телефона +7 (909) 063-**-**, принадлежащий гр. (ФИО) от отправителя с альфанумерическим именем «Sportmaster» следующего содержания: «Двойная выгода:

до -50% и 4000 бонусов за 1000р до 9.01 clck.ru/339Zd6» ненадлежащей, нарушающей

требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание об устранении выявленного нарушения ФЗ «О рекламе» ООО «Спортмастер» не выдавать.

3. Передать материалы дела № 018/05/18-221/2023 уполномоченному должностному лицу Удмуртского УФАС России для решения вопроса о возбуждении в

отношении виновных лица производство по делу об административном

правонарушении, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 1

статьи 14.3 КоАП РФ.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд Удмуртской Республики в течение трех месяцев со дня его принятия.