

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

- **возбуждении дела № 012/05/18-1045/2020**
по признакам нарушения законодательства о рекламе

«29» декабря 2020 года
Ола

г. Йошкар-

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, заместитель руководителя – начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России, рассмотрев материалы по факту распространения сообщения посредством мессенджера WhatsApp без согласия абонента,

УСТАНОВИЛ:

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 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».

Антимонопольный орган в соответствии с предоставленными Федеральным законом от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) полномочиями осуществляет государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе и проводит проверки рекламы на соответствие требованиям Российской Федерации.

В соответствии с частью 2 статьи 36 Закона о рекламе антимонопольный орган по собственной инициативе, представлению прокурора, обращениям органов государственной власти или органов местного самоуправления, а также по заявлениям физических или юридических лиц возбуждает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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.

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. 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 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 рекламодатель 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 рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

В Письме от 24.06.2019 № АК/52901/19 ФАС России указывает, 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 рекламодателя.

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 рекламодателя. Требование законодателя относительно обязанности рекламодателя 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.

Марийское УФАС России считает, что поскольку согласие абонента О. на получение им подобных сообщений отсутствует, следовательно, присутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе со стороны рекламодателя.

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.

Марийским УФАС России установлено, 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.

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

Вместе с тем, 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.

Кроме того, следует отметить, что при распространении рекламы посредством приложений WhatsApp Messenger, Viber ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет, в том числе, рекламодатель.

Исходя из вышеизложенного, Марийское УФАС России приходит к выводу о наличии в действиях ИП К. признаков нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламного сообщения на абонентский номер О. посредством мессенджера WhatsApp без его согласия, что является достаточным для возбуждения дела по признакам нарушения законодательства о рекламе.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольными органом

дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе»,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу № 012/05/18-1045/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Назначить дело № 012/05/18-1045/2020 к рассмотрению на **29 января 2021 года в 13 часов 30 минут** в помещении Марийского УФАС России, по адресу: г. Йошкар-Ола, ул. Волкова, д. 164.

3. Признать лицами, участвующими в деле:

1) лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: **ИП К.**;

2) заявитель: **О.**;

3) заинтересованное лицо: **ООО «Мир Вендинга».**

4. **ИП К.** в срок до 26 января 2021 года представить следующие документы и сведения:

1. письменные пояснения, в которых указать, соответствует ли рассматриваемая реклама требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе? Правовую позицию подтвердить документальными доказательствами;
2. изложить позицию о том, кто является рекламодателем, рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем вышеуказанной рекламной информации (с учетом положений статьи 3 Закона о рекламе);
3. кем определен перечень лиц (абонентов), которым осуществлялась рассылка вышеуказанного смс-сообщения?
4. осуществляется ли рассылка вышеуказанного смс-сообщения на данный момент?
5. представить доказательства согласования с представителем ООО «Мир Вендинга» проекта листовки, информирующей о начале проведения акции, указанной в рассматриваемом сообщении, а также условий оказания услуг по информированию потребителей службы доставки еды «Радуга вкуса» о проводимых акциях;
6. иные сведения и документы, имеющие отношение к рассматриваемому вопросу.

5. **ООО «Мир Вендинга»** в срок до 26 января 2021 года представить следующие документы и сведения:

- 1) копию договора, заключенного между ООО «Мир Вендинга» и ИП К. в октябре 2019 г.;
- 2) иные сведения и документы, имеющие отношение к рассматриваемому вопросу.

Все затребованные документы должны быть оформлены в соответствии с требованиями делопроизводства, подписаны должностным лицом и заверены печатью. В случае невозможности представления документов в указанные сроки просим направить их по факсу: 8(8362)56-60-56 либо по электронной почте **to12@fas.gov.ru**, с последующим направлением по почте.

В случае отсутствия названных документов представить письменное объяснение причины их отсутствия.

Заместитель руководителя –
начальник отдела