

**Заявитель:**

<...>

**Лица, в действиях которых содержатся**

**признаки нарушения рекламного**

**законодательства:**

ООО «Нева Брендинг»

198097, г. Санкт Петербург, Ул. Трефолева, д. 2,

лит. Б, оф. 311

ООО «Раппорто»

127051, г. Москва, Петровский бульвар,

Д. 3, стр. 2, пом. 1, комн. 2

109004, г. Москва, ул. Александра

Солженицына, д. 9, стр. 6

**Заинтересованные лица:**

АО «Загрузка»

115280, г. Москва,

ул. Ленинская Слобода, д.19, комн.21Ф

ПАО «МТС»

109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4

**РЕШЕНИЕ**

**по делу № 068/05/18-437/2021 о нарушении законодательства**

**Российской Федерации о рекламе**

Резолютивная часть решения объявлена «2» сентября 2021 года.

Решение изготовлено в полном объеме «15» сентября 2021 года.

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

председатель Комиссии – руководитель Гречишникова Е.А.,

члены: главный специалист-эксперт отдела регулирования деятельности

естественных монополий и рекламного контроля Заботнова Т.В., специалист 1 разряда отдела регулирования деятельности естественных монополий и рекламного контроля Елизарова М.С.,

рассмотрев дело № 068/05/18-437/2021 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) при распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на ее получение,

УСТАНОВИЛА:

Управление Федеральной антимонопольной службы по Тамбовской области при рассмотрении обращения гражданина <...> (вх. № 3053 от 12.05.2021) о поступлении на его номер телефона рекламных смс-сообщений, установило, что заявитель не давал на это своего согласия.

11.05.2021 в 17.21 с номера телефона с буквенным обозначением «Ollis» на мобильный телефон заявителя (<...>) поступило рекламное SMS-сообщение следующего содержания: «Подарок по коду ПРИВЕТ на первый заказ в приложении ollis.ru/m/pizza».

В обращении указано, что заявитель (<...>) предварительного согласия на получение указанной рекламы не давал.

Установлено, что на номер телефона заявителя (<...>) SMS-сообщение было отправлено через SMS-центр, который принадлежит оператору сотовой связи ПАО «МТС», от отправителя, имеющего буквенное обозначение «Ollis».

ПАО «МТС» письмом № Ц11/00102и от 15.06.2021 сообщило, что смс-сообщение отправлено АО «Загрузка» на основании договора № МТС-147/17 от 12.12.2017, заключенного между ним и ПАО «МТС» как оператором связи.

Согласно пунктам 1.2 и 2.1 договора оператор связи ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки АО «Загрузка» услугу по передаче коротких текстовых сообщений от заказчиков рассылки пользователям.

Согласно п. 3.3.2 договора заказчик рассылки обязуется осуществлять оказание своих информационно-справочных услуг только абонентам ПАО «МТС», являющимися пользователями заказчика рассылки.

Согласно п. 3.3.3 договора заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки обязан получить от пользователей согласие на получение пользователями смс-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах заказчика рассылки.

Согласно п. 3.3.16 договора заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки принимает на себя обязательство обеспечить наличие согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи (пункт 22.1 статьи 273 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ "О связи"), при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством.

Таким образом, из договора следует, что оператор связи ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки только услуги связи по осуществлению смс-рассылки, которые регламентируются законом «О связи», распространение рекламы не является предметом договора.

АО «Загрузка» письмом от 23.07.2021 № 1288 (вх. №4833 от 26.07.2021) пояснило, что между Обществом и ООО «Раппорто» (127051, г. Москва, Петровский бульвар, д. 3, стр. 2, пом. 1, комн. 2; ОГРН: 1087746876029; ИНН: 7715710393; КПП: 770701001) заключен договор № СМС-10/17 от 01.03.2021, на основании которого осуществлялась рассматриваемая рассылка смс-сообщений.

Согласно п. 3.1.3 договора в редакции п. 5 дополнительного соглашения № 9 от 01.08.2019 к договору ООО «Раппорто» (далее – заказчик) обязуется самостоятельно определять: объект (предмет) рассылки, содержание сообщения, получателя, время рассылки.

Согласно п. 3.1.4. договора заказчик обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствует, объявляются СПАМом. Под СПАМом понимается рассылка сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована заказчиком без согласия абонента.

АО «Загрузка» направило запрос о предоставлении информации ООО «Раппорто». В ответ ООО «Раппорто» представило письменные пояснения (№ 96/38 от 09.06.2021) своего клиента, заказавшего данную смс-рассылку – ООО «Нева Брендинг» (198097, г. Санкт Петербург, ул. Трефолева, д. 2, лит. Б, оф. 311; ОГРН: 1187847181884; ИНН: 7805729293; КПП: 780501001). Из письменных пояснений следует, что абонент с номером (+79119644414) при оформлении заказа на изготовление и доставку продукции «Ollis» предоставил свои персональные данные (фамилию, имя, отчество, контактный телефон, адрес доставки) необходимые для исполнения его заказа, тем самым, согласился с правилами оказания услуг, установленными Обществом, с которыми он имел возможность ознакомиться на сайте <https://www.ollis.ru/offer/>. Согласно п. 6.9 оферты продавец (или иное лицо по поручению продавца) вправе размещать на сайте, либо направлять на предоставленный покупателем электронный адрес или номер контактного телефона информационные или рекламные сообщения в связи с деятельностью продавца. Абонент вправе отозвать ранее выданное согласие на обработку персональных данных путем направления заявления на электронную почту: [order@ollis.ru](mailto:order@ollis.ru). До настоящего времени заявления об отзыве от указанного абонента не поступало.

Письмом от 27.08.2021 № 96/60 (вх. от 30.08.2021 № 5665) Общество поясняет, что на данный момент номер телефона (<...>) исключен из базы рассылки ООО «Нева Брендинг», о чем абонент был проинформирован клиентской службой «Ollis».

Определением от 02.08.2021 № 58-3-06/3834 ООО «Раппорто» и ООО «Нева Брендинг» привлечены к участию в деле в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «Раппорто» письмом № 1034 от 24.08.2021 (вх. №5570 от 24.08.2021) сообщило, что между Обществом и ООО «Нева Брендинг» заключен договор № НБ-01/19 от 23.01.2019, в соответствии с которым Заказчик (ООО «Нева Брендинг») гарантирует

наличие согласий от абонентов на получение рекламных смс-сообщений.

Письмом от 27.08.2021 (вх. № 5647 от 27.08.2021) заявитель <...> пояснил, что совершал заказы на сайте [www.delivery-club.ru](http://www.delivery-club.ru), выбрав в качестве поставщика компанию «Ollis», после чего на номер телефона заявителя стали поступать сообщения рекламного характера. Согласие на получение рекламных SMS-сообщений он не давал. Кроме того, заявитель неоднократно обращался в компанию «Ollis» с просьбой об исключении его номера телефона (<...>) из списка рассылки рекламного характера, на что получил ответ о том, что он удален из листа рассылки. Однако, рекламные сообщения компании «Ollis» продолжали поступать с апреля по май 2021 года.

Проанализировав материалы дела, Комиссия Тамбовского УФАС России пришла к следующим выводам.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона 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 или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ "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 излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из содержания рассматриваемой информации, она адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к акции по заказу продукции на сайте [ollis.ru/m/pizza](http://ollis.ru/m/pizza), формирование и поддержание интереса к данному объекту рекламирования и продвижение его на рынке, следовательно, эта информация является рекламной.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (<...>), отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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.

Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

ООО «Нева Брендинг» полагает, что рассматриваемое смс-сообщение было отправлено абоненту с его предварительного согласия.

Комиссия Тамбовского УФАС не принимает доводы ООО «Нева Брендинг» о наличии в данном случае предварительного согласия абонента на получение рекламного смс-сообщения по следующим основаниям.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Сам факт оформления заказа продукции компании «Ollis» не подтверждает согласие потребителя на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление абонента исключительно на заказ продукции. При этом включение такого согласия в порядок оформления заказов на сайте <https://www.ollis.ru//offer/> по сути лишает потребителя возможности приобрести товар без предоставления согласия на получение в дальнейшем рекламы. Кроме того, данные правила в силу прямого указания продавца являются публичной офертой заключить договор розничной купли-продажи. Содержание в одном из пунктов такой оферты права продавца на распространение рекламы потребителю без возможности отказаться от данной услуги не может свидетельствовать о получении добровольного согласия потребителя на получение рекламы.

Согласие абонента на получение рекламы, хоть и может быть получено в любой форме в любом случае должно быть предоставлено добровольно, а не путем его получения под условием продажи товара.

При заказе продукции компании «Ollis» у потребителя отсутствует изначально возможность добровольного выбора, согласиться на получение рекламы или отказаться.

Добровольность волеизъявления означает, что лицо действительно без каких-либо вынуждающих условий желает и выражает свое согласие на получение рекламы,

даже при наличии одновременной возможности отказаться.

Кроме того, продажа в сети «Интернет» путем направления продавцом публичной оферты является способом продажи товара.

Пунктом 1 ст.454 ГК РФ установлено, что по договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену).

Таким образом, получение по результатам заключения договора продавцом права направления рекламы на адрес покупателя не является предметом договора купли-продажи. Соглашаясь с условиями публичной оферты, гражданин не имеет оснований полагать, что они регулируют не только куплю-продажу товара, но и в последующем наделяют продавца товара правами по направлению покупателю нежелательной рекламы.

Данные обстоятельства не позволяют признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления абонента на получение рекламы.

В случае отсутствия доказательств получения рекламодателем согласия на распространение рекламы по волеизъявлению потребителя рекламы, реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

На основании изложенного, Комиссией установлено, что указанное сообщение направлено абоненту без его согласия на получение данной информации, что не соответствует требованиям, установленным в части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 данного закона несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании изложенного, а также имеющихся в материалах дела документов и пояснений, в соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Нева Брендинг».

Ответчик по делу указывает, что прекратил распространение спорной рекламы в адрес заявителя, однако доказательств этого не представлено.

С учётом изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 31, 38 Правил, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Подарок по коду

ПРИВЕТ на первый заказ в приложении ollis.ru/m/pizza», поступившую 11.05.2021 в 17:21 с номера телефона с буквенным обозначением «Ollis» на номер телефона заявителя (<...>), поскольку при её распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

1. 2. Выдать ООО «Нева Брендинг» предписание об устранении нарушения требований рекламного законодательства и представлении доказательства устранения в 2-х недельный срок со дня получения предписания.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тамбовского УФАС России для возбуждения дел об административных правонарушениях по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении виновного лица.

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

Председатель Комиссии Е.А. Гречишникова

Члены Комиссии Т.В. Заботнова

М.С. Елизарова

Исп. Елизарова М.С., т. (4752) 72-93-54.