

**ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА**

УПРАВЛЕНИЕ

**Федеральной антимонопольной
службы**

по Псковской области

ул. Кузнецкая, 13, г. Псков, 180017

тел./факс (8112) 66-55-53

е-mail: to60@fas.gov.ru

_____ № _____

на № _____ от _____

Лицо, в действиях которого
содержатся признаки нарушения
законодательства о рекламе:

АО «Иль Дэ Боте»

_____ ул. Пятницкая, д.74, строение 1, этаж 3,
ком.13, г.Москва, 115184

Заявитель:

<...>

Заинтересованное лицо:

АО «Загрузка»

_____ ул.
Ленинская слобода, д.19, комн.21Ф,
г. Москва, 115280,

<...>

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 060/05/18-292/2020

Резолютивная часть решения оглашена 13 августа 2020 года

В полном объеме решение изготовлено 21 августа 2020 года
Псков

г.

Комиссия Псковского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии:

<...>. – руководитель Псковского УФАС России;

Члены Комиссии:

<...>– главный государственный инспектор отдела товарных рынков и естественных монополий Псковского УФАС России;

<...> – ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок, антимонопольного контроля органов власти и рекламы Псковского УФАС России,

в присутствии представителя АО «Иль Де Боте» <...> (доверенность <...>)

рассмотрев материалы дела № 060/05/18-292/2020 в режиме видеоконференцсвязи посредством сети «Интернет», по факту распространения на мобильный телефон (номер +<...>) нежелательного СМС-сообщения:

20.02.2020 в 10:55 с текстом: «До -40% на ВСЕ товары марок GIVENCHY, CLARINS, GUERLAIN, SISLEY, SENSAI! И до -50% на мировые бестселлеры и ваши любимые бренды. Только до 24.02.20! Ждем Вас в магазинах ИЛЬ ДЕ БОТЭ! Подробнее: ldb.ru», отправленное с номера IleDeBeaute, SMS-центр: +79043490004»,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Псковского УФАС России поступило заявление (вх. № 169-з от 20.02.2020) о признаках нарушения Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по факту распространения 20.02.2020 в 10:55 на мобильный телефон (номер +<...>) нежелательного смс-сообщения с текстом: «До -40% на ВСЕ товары марок GIVENCHY, CLARINS, GUERLAIN, SISLEY, SENSAI! И до -50% на мировые бестселлеры и ваши любимые бренды. Только до 24.02.20! Ждем Вас в магазинах ИЛЬ ДЕ БОТЭ! Подробнее: ldb.ru», отправленное с номера IleDeBeaute, SMS-центр: +79043490004».

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, реклама - это 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.

Вышеуказанное смс-сообщение, отправленное на мобильный телефон (номер +<...>) является рекламой, так как содержат признаки рекламы, установленные п. 1 ст. 3 Закона о рекламе:

1. Объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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.

Текстовое содержание вышеуказанного смс-сообщения: «До -40% на ВСЕ товары марок GIVENCHY, CLARINS, GUERLAIN, SISLEY, SENSAI! И до -50% на мировые бестселлеры и ваши любимые бренды. Только до 24.02.20! Ждем Вас в магазинах ИЛЬ ДЕ БОТЭ! Подробнее: ldb.ru», отправленное с номера [lledebeaute](http://lledebeaute.com), SMS-центр: +79043490004» ассоциируется у потенциального потребителя с косметикой. Соответственно объектом рекламирования является косметика.

2. Информация адресована неопределенному кругу лиц.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснено, что 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.

Смс-сообщение, поступившее на телефон заявителя, не носит персонифицированный характер.

3. Информация направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, (косметике), формирование и поддержание интереса к ним и продвижению их на рынке.

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.

Распространенная на номер Заявителя информация соответствует определению рекламы, данному в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложено на рекламодателя.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: Согласно части 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 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.

В целях осуществления государственного надзора за соблюдением законодательства о рекламе, установления лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона о рекламе, Псковским УФАС России был направлен запрос в адрес АО «Теле2-Санкт-Петербург», в соответствии с ответом на который (вх. № 866-р от 14.04.2020), факт поступления звонка на номер Заявителя (+<...>) подтверждается предоставленной оператором связи детализацией услуг связи. Сообщение от отправителя lLeDeBeaute отправлено АО «Загрузка» в соответствии с

договором № 217/SMS-BULK от 01.06.2015.

Определением Псковского УФАС России от 30.04.2020 № 1713/АК возбуждено дело №060/05/18-292/2020 в отношении АО «Загрузка» (ИНН: 7703544582, ОГРН 1057746396113, ул. Ленинская Слобода, д.19, комн.21Ф) по признакам нарушения пункта 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В адрес Псковского УФАС России поступили **пояснения** АО «Загрузка» (вх. № 1867-р от 28.07.2020) согласно которым рассылка вышеуказанного смс-сообщения на номер +<...> была осуществлена через технические и программные средства АО «Загрузка» по заказу АО «Иль Дэ Боте» (115184, г. Москва, улица Пятницкая, дом 74, строение 1, этаж 3 ком 13, ИНН: 7707061530) в рамках исполнения Договора №23/14 от 10.10.2014. Согласно пояснениям, АО «Загрузка» не участвовала в определении получателя, содержания, времени отправки, круга получателей смс-рассылки, а также иных характеристик рассылки СМС-сообщений и выполняла исключительно технологическую функцию.

АО «Загрузка» представило копию полученной от АО «Иль Дэ Боте» фотографии регистрационной карты клиента, в которой имеется подтверждение согласия клиента на получение рекламной информации. В соответствии с фотографией, регистрационная карта клиента выдана <...>. Номер телефона, указанный в карте, совпадает с номером Заявителя - +<...>. На регистрационной карте присутствует подпись клиента, дата заполнения отсутствует.

Определением 4102/ЕТ от 30.07.2020 лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, признано АО «Иль Дэ Боте» (115184, г. Москва, улица Пятницкая, дом 74, строение 1, этаж 3 ком 13, ИНН: 7707061530).

АО «Иль Дэ Боте» (вх. № 1961-р от 12.08.2020) представило пояснения в адрес Псковского УФАС, в соответствии с которыми отправка рекламы на абонентский номер +<...> осуществлялась на основании письменного согласия клиента. В качестве подтверждения представлено фото регистрационной карты клиента, выданной на имя <...>. Фото карты, предоставленной в Псковское УФАС России отличается от фото, предоставленного АО «Загрузка»: указана дата выдачи карты: 19.11.19, также отличается подпись клиента. Распространение рекламы на указанный номер телефона было немедленно прекращено после поступления информации от Псковского УФАС России о жалобе клиента.

В соответствии с информацией, поступившей от АО «Теле2 Санкт-Петербург» (вх. № 1976-р) и ПАО «Мегафон» (вх. № 1919-р от 06.08.2020), абонентский номер +<...> никогда не выделялся <...>.

Таким образом, надлежащие доказательства получения согласия <...> на

получение спорной рекламы путем СМС-сообщения в материалы дела не представлены.

На основании изложенного, Комиссия Псковского УФАС России пришла к следующим выводам.

Поскольку факт наличия согласия абонента номера +7<...>, принадлежащего Заявителю, на получение рекламных сообщений от АО «Иль Дэ Боте» не подтвержден, то Комиссия признает рекламу с текстом: «До -40% на ВСЕ товары марок GIVENCHY, CLARINS, GUERLAIN, SISLEY, SENSAI! И до -50% на мировые бестселлеры и ваши любимые бренды. Только до 24.02.20! Ждем Вас в магазинах ИЛЬ ДЕ БОТЭ! Подробнее: ldb.ru», отправленное с номера ldebeaute.com, SMS-центр: +79043490004», распространенной без предварительного согласия абонента, что нарушает требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Согласно условиям договора, заключенного между АО «Загрузка» и АО «Иль Де Боте», Исполнитель (АО «Загрузка») обязуется осуществлять технологическую передачу смс-сообщений, формируемых Заказчиком (АО «Иль Де Боте»), от Заказчика посредством имеющихся у Исполнителя технических и программных средств в указанные Заказчиком сроки (п.3.3.1). Заказчик обязуется самостоятельно определять объект (предмет) рассылки, а также содержание смс – сообщения, получателя, время рассылки. Обеспечить соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании смс-сообщений и гарантировать, что смс-сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации. (п.3.1.3). Заказчик не вправе поручать Исполнителю осуществлять рассылку смс-сообщений, в случае если абонент не выражал согласия на их получение (п.3.5).

Деятельность АО «Загрузка» ведется в соответствии с лицензией на оказание телематических услуг связи N 159322 от "03" октября 2017 года и заключается в приеме, обработке, хранении, передаче, доставке сообщений электросвязи (п. 32 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2013 г. N 126-ФЗ "О связи") с использованием технологической системы (п. 24 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2013 г. N 126-ФЗ "О связи"). При этом, в соответствии с [пунктом 68](#) постановления Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 N 575 "Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи", оператор связи не несет ответственности за содержание информации, передаваемой (получаемой) абонентом и (или) пользователем при пользовании телематическими услугами связи.

Позиция Комиссии согласуется с позицией ФАС России в том, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является (п.2 письма Федеральной антимонопольной службы N АК/16266 от 28.04.2011).

Следовательно, АО «Загрузка» не является рекламораспространителем, а только обеспечивает технологическую передачу смс-сообщений.

Учитывая, что отправка рассматриваемого смс-сообщения осуществлялась АО «Иль Де Боте» на основании договора № 23/14 от «10» октября 2014г. с АО «Загрузка», ответственность за содержание и определение получателей рекламных смс - сообщений возлагается на АО «Иль Де Боте», комиссия считает, что в данном спорном случае АО «Иль Де Боте» является как рекламодателем, так и распространителем.

Пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 ненадлежащей рекламу, в которой присутствуют следующие сведения: «До -40% на ВСЕ товары марок GIVENCHY, CLARINS, GUERLAIN, SISLEY, SENSAI! И до -50% на мировые бестселлеры и ваши любимые бренды. Только до 24.02.20! Ждем Вас в магазинах ИЛЬ ДЕ БОТЭ! Подробнее: ldb.ru», отправленное с номера IleDeBeaute, SMS-центр: +79043490004», распространенной по заказу АО «Иль Дэ Боте» (115184, Москва город, улица Пятницкая, дом 74, строение 1, этаж 3 ком 13, ИНН: 7707061530, КПП: 770501001) с использованием телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, чем нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе АО «Иль Де Боте» не выдавать в связи с прекращением рассылки.

3. АО «Иль Де Боте» рекомендовано доработать порядок выдачи регистрационных карт клиента в части проверки персональных данных.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Псковского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административном правонарушении.

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

Председатель Комиссии

_____ <...>

Члены Комиссии:

_____ <...>

_____ <...>