

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о прекращении производства по делу № 013/05/18-623/2022

21 ноября 2022 года

г. Саранск, проспект

Ленина, 14

Комиссия Мордовского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: <...> – заместитель руководителя Управления,

члены Комиссии: <...> – заместитель руководителя Управления, <...> - начальник отдела контроля органов власти и соблюдения антимонопольного законодательства, <...> – главный государственный инспектор отдела контроля органов власти и соблюдения антимонопольного законодательства,

рассмотрев 21 ноября 2022 года дело № 013/05/18-623/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбужденное по электронному обращению гр. З<...> <...> относительно доставленного 02.09.2022 в 12:27 на его абонентский номер <...> (МегаФон) через SMS-центр <...> от имени BML sms-сообщения рекламного характера «Новая коллекция! Уже во всех магазинах и на bml.ru/m» без предварительного согласия абонента на получение такой sms-рассылки, что носит признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»,

УСТАНОВИЛА:

ООО «Стайл» в своем письме <...>, а также ООО «СевенТех» в своем ходатайстве <...> ходатайствовали о рассмотрении настоящего дела в отсутствие их представителей.

З<...> в поступившем от него электронном обращении <...> выразил согласие о рассмотрении дела в его отсутствие.

ООО «РЕДСМС», ООО «Бесконтакт», ПАО «МегаФон», привлеченные к участию в рассмотрении дела № 013/05/18-623/2022, надлежащим образом уведомлены о времени и месте рассмотрения настоящего дела, однако на заседание Комиссии Мордовского УФАС России их представители не явились и от названных лиц не поступало ходатайств об отложении рассмотрения дела в связи с невозможностью явки по уважительным причинам.

Руководствуясь пунктом 31 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Мордовского УФАС России рассматривает настоящее дело в отсутствие лиц, привлеченных к участию в настоящем деле.

В Мордовское УФАС России из Федеральной антимонопольной службы поступило электронное обращение гр. З<...> <...>, в котором сообщается о факте рассылки 02.09.2022 в 12:27 на абонентский номер <...> (МегаФон) через SMS-центр <...> от имени BML sms-сообщения рекламного характера «Новая коллекция! Уже во всех магазинах и на bml.ru/m».

Федеральная антимонопольная служба, направив на электронную почту Мордовского УФАС России <...> электронное обращение гр. З<...> <...>, тем самым поручила Мордовскому УФАС России возбудить и рассмотреть дело по заявленным гр. З<...> претензиям к вышеназванному sms-сообщению, что согласуется с положениями пункта 7 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Данные обстоятельства послужили основанием для вынесения определения Мордовского УФАС России от 26.09.2022 № ЛА/1359/22 о возбуждении дела № 013/05/18-623/2022 и назначении дела к рассмотрению. При этом рассмотрение дела откладывалось определением Мордовского УФАС России от 19.10.2022 № ДМ/1793/22 об отложении рассмотрения дела № 013/05/18-623/2022.

При рассмотрении настоящего дела учтены документы и сведения, предоставленные с письмом ПАО «МегаФон» <...>.

В процессе рассмотрения настоящего дела также предоставлены документы и сведения: с письмом ООО «Севентех» <...>; с письмом ООО «РЕДСМС» <...>; с письмом ООО «СТАЙЛ» <...>.

Комиссия отмечает, что со стороны заявителя - гр. З<...> не поступала письменная мотивированная позиция по существу настоящего разбирательства, затребованная от него п.8 определения Мордовского УФАС России от 19.10.2022 № ДМ/1793/22 об отложении рассмотрения дела № 013/05/18-623/2022.

Комиссия, исследовав собранные по настоящему делу документы и материалы в их совокупности, и при этом не установив оснований для дальнейшего отложения или приостановления рассмотрения настоящего дела, пришла к следующим выводам.

Из электронного обращения гр. З<...> <...> следует, что на его абонентский номер <...> (МегаФон) 02.09.2022 в 12:27 от имени BML поступило sms-сообщение «Новая коллекция! Уже во всех магазинах и на bml.ru/m». В качестве доказательства такой рассылки заявителем предоставлен скрин-шот с мобильного телефона с изображением доставленного sms-сообщения.

Содержащиеся в доставленном на абонентский номер <...> sms-сообщении сведения о новой коллекции во всех магазинах и на bml.ru/m, являющимся официальным интернет-магазином BML, формируют интерес к продавцу BML и реализуемым им товарам (услугам), способствуют их продвижению на рынке, в связи с чем такие сведения по всем признакам соответствуют понятию рекламы.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с помощью 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 с пунктом 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» объект рекламирования – товар, средство индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной

деятельности, либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В рассматриваемом случае объектом рекламирования является деятельность продавца BML по реализации им товаров из новой коллекции во всех магазинах и на Интернет-сайте bml.ru/m.

Рассматриваемая реклама распространена 02.09.2022 в 12:27 посредством рассылки рекламного sms-сообщения по сети подвижной радиотелефонной связи от имени BML на абонентский номер <...> (МегаФон), находящийся в пользовании у гр. З<...>, по месту жительства абонента такого номера в г. Санкт-Петербург.

Распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться при условии предварительного согласия абонента на её получение.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно пункту 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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.

Согласно части 2 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Приведенные нормы Федерального закона «О связи» корреспондируются с требованиями части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Гр. З<...> в своем обращении утверждает, что согласие на получение рассматриваемой рекламы не давал.

Между тем, документы и сведения, предоставленные лицами, задействованными в процессе рассылки рассматриваемого рекламного sms-сообщения, свидетельствуют об обратном.

Из документов и сведений, предоставленных с письмом ПАО «МегаФон» <...>, следует, что отправителем sms-рассылки с рассматриваемой рекламой является ООО «СевенТех», которому предоставляются услуги доступа к Интерфейсу МегаФон для размещения рекламно-информационных материалов на основании договора <...>, заключенного между ООО «Дэни Технолоджи» и АО «МегаЛабс», и соглашения о передаче прав и обязанностей по договору <...>, подписанного ООО «СевенТех», АО «МегаЛабс» и ПАО «МегаФон».

В свою очередь, ООО «СевенТех» предоставляет удаленный доступ, позволяющий осуществлять sms-рассылку, к своей платформе через Интернет с использованием автоматизированных протоколов связи заказчику – ООО «РЕДСМС» на основании договора <...>, заключенного между ООО «РЕДСМС» и ООО «СевенТех».

Далее, ООО «РЕДСМС» предоставляет доступ к своему сервису REDSMS.RU пользователю – ООО «СТАЙЛ» на основании договора оказания услуг <...>, заключенного между ООО «РЕДСМС» и ООО «СТАЙЛ».

Анализ сложившихся договорных отношений свидетельствует о том, что взаимосвязанностью оборудования и последовательных партнерских действий ООО «СевенТех» и ООО «РЕДСМС», ООО «РЕДСМС» и ООО «СТАЙЛ» фактически обеспечена sms-рассылка с рассматриваемой рекламой на оборудование оператора связи ПАО «МегаФон», с которого такая sms-реклама доставлена на абонентский номер <...> (МегаФон), находящийся в пользовании у гр. З<...>.

Тем самым ООО «СевенТех», ООО «РЕДСМС» и ООО «СТАЙЛ», осуществившие фактическое доведение рекламных сведений BML до абонента связи МегаФон, выступили в качестве рекламораспространителей.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Вместе с тем, ООО «СТАЙЛ» принадлежит право пользования товарным знаком BML, а также доменным именем (доменом) bml.ru, что подтверждено документами и сведениями, предоставленными с письмом ООО «СТАЙЛ» <...>.

Тем самым ООО «СТАЙЛ», в своей предпринимательской деятельности использующее бренд BML, а также Интернет-сайт bml.ru, сведения о которых сообщаются в рассматриваемой sms-рекламе, одновременно выступило рекламодателем.

В соответствии с пунктом 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Договорные обязательства ООО «СТАЙЛ» перед ООО «РЕДСМС», ООО «РЕДСМС» перед ООО «СевенТех», и ООО «СевенТех» перед оператором связи ПАО «МегаФон», абоненту которого предназначена рассматриваемая sms-рассылка, предусматривают обязанность каждого из названных лиц осуществлять рассылку sms-сообщений только таким пользователям, которые выразили предварительное согласие на их получение.

Приведенные обязательства согласуются с требованиями части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы. При этом из данной нормы следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, *если иное не доказано рекламодателем.*

Материалами дела установлено, что рассылка sms-сообщения с рассматриваемой рекламой осуществлена по инициативе ООО «СТАЙЛ» опосредованно через услуги ООО «РЕДСМС» и ООО «СевенТех», которое, в свою очередь, передало sms-рекламу в сеть оператора связи ПАО «МегаФон», доставленную абоненту З<...>.

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 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.

Однако 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 рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать гр. З<...>.

Рекламораспространитель, одновременно выступающий рекламодателем, - ООО «СТАЙЛ» предоставило в материалы дела, наряду с другими документами, сведения об электронной регистрации Пользователя с абонентским номером <...> и выпуске карты в мобильном приложении «Кошелёк», в процессе которой таким Пользователем осуществлен акцепт оферты, предусматривающей, среди прочего, согласие Пользователя на получение им сообщений, в том числе рекламного характера.

Так, из предоставленных документов следует, что между ООО «СТАЙЛ» и ООО «Бесконтакт» заключен договор <...>, согласно которому ООО «Бесконтакт», являясь правообладателем мобильного приложения «Кошелёк», обеспечивает информационно-техническое взаимодействие между ООО «СТАЙЛ» и его клиентами - Пользователями, осуществившими предустановку мобильного приложения «Кошелёк» и регистрацию в нем путем ввода пароля и заполнения профиля Пользователя, с целью выпуска и обслуживания карт лояльности.

Из имеющейся в материалах дела распечатки Информации о регистрации Пользователя и выпуске карты следует, что в данном случае Пользователь, ставший участником программы лояльности ООО «СТАЙЛ» с использованием мобильного приложения «Кошелёк», 12 марта 2021 ввел свои анкетные данные (номер телефона, ФИО, электронная почта, дата рождения), идентичные персональным данным гр. З<...>, и при этом в соответствии со сценарием принятия оферты путем совершения предусмотренных в мобильном приложении «Кошелёк» конклюдентных действий осуществил акцепт оферты, выразив тем самым свое предварительное согласие на информирование по электронной почте или телефону о рекламных акциях, программах и скидках для участников программы лояльности.

Данные обстоятельства гр. З<...> не опроверг, в связи с чем заявленное им утверждение о том, что рассматриваемое рекламное sms-сообщение от имени BML доставлено на абонентский номер <...> без его предварительного согласия, не находит своего подтверждения.

Комиссия, исходя из фактически установленных обстоятельств, признаёт, что предоставленная ООО «СТАЙЛ» распечатка Информации о регистрации Пользователя и выпуске карты, в которой содержатся персональные данные З<...>, однозначно идентифицирующие его, а также условия оферты, непринятие которой не позволяет осуществить эмиссию карты лояльности, являются достаточными доказательствами того, что З<...>, став участником программы лояльности, выразил предварительное согласие на получение рекламных сообщений от ООО «СТАЙЛ», и тем самым необоснованно предъявляет претензии к рассылке рассматриваемой рекламы без его согласия.

В свою очередь, ООО «СТАЙЛ», имеющее подтверждение волеизъявления З<...> на получение рекламных сообщений, осуществило на абонентский номер <...> рассылку рассматриваемой sms-рекламы с соблюдением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Таким образом, реклама «Новая коллекция! Уже во всех магазинах и на bml.ru/m», доставленная по сети электросвязи в г. Санкт-Петербург в виде sms-сообщения от имени BML 02.09.2022 в 12:27 на абонентский номер <...> (МегаФон), находящийся в пользовании гр. З<...>, распространена при наличии предварительного согласия

абонента на получение такой рекламы, что указывает на отсутствие нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Руководствуясь подпунктом а пункта 40 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 013/05/18-623/2022 прекратить.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии:

<...>

<...>

<...>