

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 042/05/18-1697/2020

«23» сентября 2021г.

г. Кемерово

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

Заместителя председателя <... временно исполняющей обязанности
Комиссии: > - руководителя управления;
<... начальника отдела рекламы и
Членов Комиссии: >- недобросовестной конкуренции,
ведущего специалиста-эксперта отдела
<... рекламы и
>- недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 042/05/18-1697/2020, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» (далее – ООО «СМС Трафик», юридический адрес: 115088, г. Москва, 2-й Южнопортовый проезд, д. 20А, стр. 4, подъезд 1, эт. 2, п. 2, ОГРН 1057746117384, Дата присвоения ОГРН 28.01.2005, ИНН 7705642257, КПП 772301001) по распространению рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе») посредством видеоконференцсвязи при участии представителей ООО «Перекресток Ойл» <...> (доверенность от 20.09.2021 № 86/21), <...> (доверенность от 20.09.2021 № 85/21),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление <...> (вх. от 07.09.2020 № 6095э), обращение Управления Роскомнадзора по Кемеровской области (вх. от 31.08.2020 № 4031) о рассмотрении заявления <...>, обращение ФАС России (вх. от 23.09.2020 № 6253э) о рассмотрении заявления физического лица о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщений на абонентский номер заявителя <...>, следующего содержания:

- 19.05.2020 в 18 часов 46 минут: «Антон Алексеевич! Специальное предложение кредита наличными от Газпромбанка – от 7,2% годовых на сумму до 5 млн. руб. Подайте онлайн – заявку на [gazprombank.ru/ ~lfc-offer](http://gazprombank.ru/~lfc-offer). Банк ГПБ (АО) не оферта» от абонента Gazprombank.

- 03.07.2020 в 16 часов 35 минут: «Тысячи клиентов уже получили двойные бонусы – успе и ты! Двойные бонусы действуют весь июль на АЗС Перекресток Ойл – vk.cc/auYOGH» от абонента perekrestok.

- 24.08.2020 в 18 часов 05 минут: «Антон Алексеевич! Кредит наличными от Газпромбанка – от 6,9% годовых, до 5 млн. руб. Подайте онлайн – заявку на gazprombank.ru/ccash. Банк ГПБ (АО) не оферта» от абонента Gazprombank.

- 04.09.2020 в 15 часов 08 минут: «Заправь в течении месяца 100л на АЗС

«Перекресток Ойл» и выиграй 20л, а также 6.09. скидка 2 руб. с каждого литра <https://goo.su/21tR>» от абонента perekrestok.

Из информации, представленной в адрес Кемеровского УФАС России ПАО «Мегафон» (исх. от 23.09.2020 № 5/1-18-LAS-исх0058/20) следует, что отправка вышеуказанных смс – сообщений была осуществлена по базе абонентов партнера ПАО «Мегафон» - АО «МегаЛабс». Указанная смс – рассылка осуществлялась ООО «СМС Трафик» на основании договора № <...>.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

20.10.2020 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/18-1697/2020 в отношении ООО «СМС Трафик» и назначено к рассмотрению на 26.11.2020 в 08 часов 30 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «СМС Трафик» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

26.11.2020 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 в отсутствие представителя ООО «СМС Трафик», уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Определением от 26.11.2020 рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 было отложено на 15.01.2021 на 09 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «СМС Трафик» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с пометкой «вручение адресату 07.12.2020» имеется в материалах дела).

15.01.2021 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 в отсутствие представителя ООО «СМС Трафик», уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств.

Определением от 15.01.2021 рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 было отложено на 24.02.2021 на 09 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «СМС Трафик» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с пометкой «вручение адресату» имеется в материалах дела).

24.02.2021 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 в отсутствие представителя ООО «СМС Трафик», уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила, что запрашиваемые документы определением об отложении рассмотрения данного дела (исх. от 18.01.2021 № 09/233) ООО «СМС Трафик» в срок до 19.02.2021 не представлены, в связи с этим пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств.

Определением от 24.02.2021 рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 было отложено на 26.04.2021 в 09 часов 00 минут. Копия определения об отложении рассмотрения данного дела была направлена в адрес ООО «СМС Трафик» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

24.03.2021 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «СМС Трафик» (исх. от 12.03.2021 б/н), из которых следует, что инициатором рассылки смс – сообщений являются:

АО «Газпромбанк» (смс – сообщения, направленные 19.05.2020 в 18 часов 46 минут, 24.08.2020 в 18 часов 05 минут);

Сеть АЗС «Перекресток Ойл» (смс – сообщения, направленные 03.07.2020 в 16 часов 35 минут, 04.09.2020 в 15 часов 08 минут).

Также ООО «СМС Трафик» представило в адрес Кемеровского УФАС России копию договора о предоставлении услуг телематической связи от 15.09.2011 № <...>, заключенного между ООО «Газкардсервис» (в настоящее время АО «Газпромбанк») и ООО «СМС Трафик».

Документы, подтверждающие направление смс – сообщений 03.07.2020 в 16 часов 35 минут, 04.09.2020 в 15 часов 08 минут сетью АЗС «Перекресток Ойл» в адрес Кемеровского УФАС России не представлены.

26.04.2021 Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 отложить для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 26.04.2021 рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 было отложено на 09.06.2021 в 08 часов 30 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ООО «СМС Трафик» заказным письмом с уведомлением о вручении.

03.06.2021 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения представителя ООО «СМС Трафик» (исх. от 21.05.201 № 150-21), из которых следует, что заказчиком рассылки от имени АЗС «Перекресток Ойл» является ПАО «ВымпелКом» на основании договора № <...>, в соответствии с которым ООО «СМС Трафик» по заданию ПАО «ВымпелКом» оказывает последнему услуги доступа к системе.

09.06.2021 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 в отсутствие

представителя ООО «СМС Трафик», уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России решила:

-отложить рассмотрение данного дела для привлечения к рассмотрению дела ПАО «ВымпелКом» (юридический адрес: 127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14, ОГРН 1027700166636, Дата присвоения ОГРН 28.08.2002, ИНН 7713076301, КПП 771301001) в качестве лица, располагающего сведениями относительно распространения спорной рекламы;

-выделить из дела № 042/05/18-1697/2020 в отдельное производство дело по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в отношении АО «Газпромбанк».

Определением от 09.06.2021 рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 было отложено на 16.08.2021 в 09 часов 00 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ООО «СМС Трафик», ПАО «ВымпелКом» заказными письмами с уведомлением о вручении (распечатки с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправок» о вручении почтовой корреспонденции имеются в материалах дела).

13.08.2021 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения представителя ПАО «ВымпелКом» (исх. от 13.08.2021 № ВР-04/б/н), из которых следует, что инициатором рассылки указанного смс – сообщения является общество с ограниченной ответственностью «Перекресток Ойл» (далее – ООО «Перекресток Ойл») в соответствии с договором об оказании услуг связи «Билайн» от 01.03.2007 № <...>, а также дополнительного соглашения от 23.04.2017 к договору об оказании услуги «Прямые SMS-рассылки».

Услуга «Прямые SMS-рассылки» позволяет абонентам осуществлять SMS обмен со своими клиентами, пользователями сигнальной сети Оператора сотовой связи. Доступ абонента к смс – шлюзу осуществляется и использованием логина и пароля, предоставляемых оператором абоненту после заключения дополнительного соглашения на услугу.

При пользовании услугами Абонент самостоятельно, без участия Оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера своих клиентов, являющихся Пользователями, в интересах абонента (пункт 1.2 соглашения).

Соглашением предусмотрено, что Абонент также самостоятельно определяет список пользователей и их абонентские телефонные номера (пункт 3 Примечаний к пункту 1.3 соглашения) и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили Абоненту свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений (пункт 5.2 соглашения).

Сформированные ООО «Перекресток Ойл» короткие текстовые сообщения направляются определенным ООО «Перекресток Ойл» пользователям, на указанные ООО «Перекресток Ойл» абонентские телефонные номера, ООО «СМС

Трафик» на основании договора возмездного оказания услуг от 29.11.2018 № <...>, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СМС трафик». Таким образом, техническое и фактическое формирование коротких текстовых сообщений, определение списка пользователей и их абонентских телефонных номеров осуществляется ООО «Перекресток Ойл».

Следовательно, рекламораспространителем в данном случае является ООО «Перекресток Ойл».

16.08.2021 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 в присутствии представителя ПАО «ВымпелКом» Маликовой Е.В., которая поддержала представленные письменные пояснения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 отложить для замены ненадлежащего ответчика (ООО «СМС Трафик») надлежащим (ООО «Перекресток Ойл», юридический адрес: 630079, г. Новосибирск, ул. Костычева, д. 40/2, оф. 110, ОГРН 1054205117878, Дата присвоения ОГРН 27.05.2005, ИНН 4205086172, КПП 540401001), а также для получения дополнительных доказательств по делу.

Определением от 16.08.2021 рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 было отложено на 23.09.2021 в 10 часов 00 минут. Копия данного определения была направлена в адрес лиц, участвующих в деле заказными письмами с уведомлением о вручении (распечатки с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеются в материалах дела).

23.09.2021 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «Перекресток Ойл» (исх. от 21.09.2021), из которых следует, что по абонентскому номеру <...> у ООО «Перекресток Ойл» имеется согласие в письменном виде в анкете держателя бонусной карты «Энергия движения!» <...> от 30.04.2014 на сбор, хранение, обработку, использование персональных данных, а также на смс оповещение по данному абонентскому номеру.

Смс рассылка осуществлялась в 2020, за это время номер мог быть передан оператором сотовой связи другому абоненту. О передаче (продаже) телефонных номеров ООО «Перекресток Ойл» никаким образом не был уведомлен.

Также никакие заявления и обращения о прекращении рассылки смс – сообщений от сменившегося владельца номера в адрес ООО «Перекресток Ойл» не поступало.

23.09.2021 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-1697/2020 посредством видеоконференцсвязи при участии представителей ООО «Перекресток Ойл» <...>, <...>, которые поддержали представленные письменные пояснения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление <...> (вх. от 07.09.2020 № 6095э), обращение Управления Роскомнадзора по Кемеровской области (вх. от 31.08.2020 № 4031) о рассмотрении заявления <...>, обращение ФАС России (вх. от 23.09.2020 № 6253э) о рассмотрении заявления физического лица о наличии признаков нарушения ФЗ «О

рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщений на абонентский номер заявителя <...>, следующего содержания:

- 03.07.2020 в 16 часов 35 минут: «Тысячи клиентов уже получили двойные бонусы – успеи и ты! Двойные бонусы действуют весь июль на АЗС Перекресток Ойл – vk.cc/auYOGH» от абонента perekrestok.

- 04.09.2020 в 15 часов 08 минут: «Заправь в течении месяца 100л на АЗС «Перекресток Ойл» и выиграй 20л, а также 6.09. скидка 2 руб. с каждого литра <https://goo.su/21tR>» от абонента perekrestok.

Из письменных пояснений представителя ПАО «ВымпелКом» (исх. от 13.08.2021 № ВР-04/б/н), из которых следует, что инициатором рассылки указанного смс – сообщения является общество с ограниченной ответственностью «Перекресток Ойл» (далее – ООО «Перекресток Ойл») в соответствии с договором об оказании услуг связи «Билайн» от 01.03.2007 № <...>, а также дополнительного соглашения от 23.04.2017 к договору об оказании услуги «Прямые SMS-рассылки».

Из заявления следует, что согласие на получение вышеуказанной рекламы посредством телефонного звонка на абонентский номер <...> заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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 с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступила реклама.

Поскольку ФЗ «О рекламе» не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Таким образом, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи возможно лишь при получении на это предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент); простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» и части 1 статьи 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 – ФЗ «О связи».

В данном случае бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Из письменных пояснений ООО «Перекресток Ойл» следует, что по абонентскому номеру <...> у ООО «Перекресток Ойл» имеется согласие в письменном виде в анкете держателя бонусной карты «Энергия движения!» <...> от 30.04.2014 на сбор, хранение, обработку, использование персональных данных, а также на смс оповещение по данному абонентскому номеру.

Однако, Комиссией Кемеровского УФАС России в результате рассмотрения дела № 042/05/18-1697/2020 установлено, что <...> не является заявителем по данному делу. Абонентский номер <...> в соответствии с договором об оказании услуг связи от 02.12.2014 выделен физическому лицу А** - который является заявителем по данному делу.

На основании изложенного, согласие абонента <...> на получение рекламы от ООО «Перекресток Ойл» отсутствует.

Следовательно, в нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ООО «Перекресток Ойл» распространило рекламу посредством совершения телефонного звонка без согласия <...>.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ООО «Перекресток Ойл».

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Кемеровского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу общества с ограниченной ответственностью «Перекресток Ойл» (юридический адрес: 630079, г. Новосибирск, ул. Костычева, д. 40/2, оф. 110, ОГРН 1054205117878, Дата присвоения ОГРН 27.05.2005, ИНН 4205086172, КПП 540401001), распространенную посредством смс – сообщений без согласия абонента <...>, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать обществу с ограниченной ответственностью «Перекресток Ойл» (юридический адрес: 630079, г. Новосибирск, ул. Костычева, д. 40/2, оф. 110, ОГРН 1054205117878, Дата присвоения ОГРН 27.05.2005, ИНН 4205086172, КПП 540401001) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Кемеровского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «06» октября 2021 года.

Решение может быть обжаловано в порядке, предусмотренном статьей 37 ФЗ «О рекламе».