

РЕШЕНИЕ

№ 039/05/18-592/2023

Резолютивная часть объявлена 19.09.2023

г. Калининград

Изготовлено в полном объеме 03.10.2023

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области по рассмотрению дел о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе (далее - Комиссия) в составе:

председатель Комиссии:

<...> – заместитель руководителя - начальник отдела контроля органов власти, закупок и рекламы Калининградского УФАС России;

члены Комиссии:

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

<...> – специалист — эксперт отдела контроля органов власти, закупок и рекламы Калининградского УФАС России,

в отсутствие лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения закона о рекламе -ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094), ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644), уведомленных надлежащим образом о дате и времени заседания Комиссии,

рассмотрев дело № 039/05/18-592/2023 по признакам нарушения ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094), ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области (далее – Управление) поступили материалы из Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции ФАС России (исх. № 08/46643/23 от 14.06.2023, вх. № 5098/23 от 04.07.2023) по факту распространения ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) в марте-мае 2023 года смс-рекламы на абонентский номер + 7 921 767 55 53 с признаками нарушения Закона о рекламе.

Согласно представленным материалам (исх. № 08/46643/23 от 14.06.2023, вх. № 5098/23 от 04.07.2023) Управлением установлено следующее.

24.04.2023 в 13:35 на абонентский номер + 7 921 767 55 53, принадлежащий К.М. Таукеновой, поступило сообщение от «ТОGAS» содержания: «15 лет с вами онлайн! Скидки до 25% почти на все до 30.04. [88005553771](tel:88005553771) togas.com/ru/dr/». Данное сообщение поступило без согласия К.М. Таукеновой.

В соответствии с полномочиями, установленными Законом о рекламе, антимонопольный орган осуществляет федеральный государственный контроль (надзор) в сфере рекламы, предметом которого является соблюдение рекламодателями, рекламопроизводителями и рекламораспространителями обязательных требований, установленных настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации в сфере рекламы.

Согласно пункту 1 статьи 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.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе объект рекламирования - это 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.

Пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе установлено, что товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Таким образом, реклама - это информация, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к определенному объекту рекламирования.

В данном случае информация с предложением скидок на товары распространялась посредством использования телефонной связи, такая информация способна формировать интерес к данному объекту рекламирования, такие сведения не носят персонализированного характера.

Частью 1 статьи 18 Закона 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.

Согласно представленным ООО «Т2 Мобайл» (ИНН 7743895280) сведениям направление смс-сообщения абоненту + 7 921 767 55 53 от отправителя «ТОGAS» осуществляла компания ООО «СМС-центр» (ИНН 7724825644), с которой у ООО «Т2 Мобайл» заключен Договор № 224/SMS-BULK от 01.06.2015. ООО «Т2 Мобайл» осуществляет лишь техническое обеспечение и не занимается ни рассылкой, ни производством рекламных смс-сообщений, а также не является их заказчиком.

В соответствии с представленными ООО «СМС-центр» (ИНН 7724825644) сведениями смс-сообщения, отправленные абоненту + 7 921 767 55 53 от буквенного номера «ТОGAS», в том числе 24.04.2023 были переданы заказчиком рассылки ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) в рамках договора оказания услуг № 604856 от 25.11.2020 года, заключенного между ООО «СМС-центр» (ИНН 7724825644) (далее - «Исполнитель») и ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) (далее - «Заказчик»). В соответствии с данным договором Исполнитель предоставляет Заказчику технический доступ к сервису SMSC.RU для самостоятельной передачи сообщений операторам связи с помощью различных протоколов передачи данных. При предоставлении технического доступа Заказчику Исполнитель не определяет содержание и лиц-получателей сообщений, место и время передачи сообщений, не передает сообщения непосредственно абонентам и адресатам (потребителям информации), а лишь перенаправляет их оператору связи. Перечень лиц (абонентов), которым будет осуществляться рассылка СМС-сообщений, набор текста сообщения и ввод телефонного номера абонента осуществляется Заказчиком рассылки самостоятельно без участия Исполнителя. При этом в соответствии с условиями заключенного договора Исполнитель прямо запрещает Заказчику отправку любых сообщений, нарушающих требования законодательства, в том числе без предварительного согласия абонента.

Согласно представленным ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) сведениям гражданин-абонент телефонного номера + 7 921 767 55 53 с февраля 2021 является участником программы лояльности Togas. По правилам программы при оформлении карты лояльности участникам предлагается заполнить анкету, в которой предусмотрен выбор клиентом опции получения информации рекламного характера в отношении продукции Togas, акций и т.п. Клиенты вправе или предоставить согласие на получение такой информации или отказать в даче такого согласия. По действующему в компании процессу отправление смс-сообщений возможно только тем участникам программы лояльности, которые письменно предоставили такое согласие. В отношении клиента с абонентским номером + 7 921 767 55 53 ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) согласие на получение рекламы предоставить не имеет возможности. Вероятно при отправлении в апреле 2023 года рекламных материалов на абонентский номер + 7 921 767 55 53 произошёл автоматизированный сбой. Со своей стороны, ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) прекратило распространение рекламы в адрес абонента.

Таким образом, ввиду отсутствия подтверждения согласия на получение рекламной информации, Управление пришло к выводу, что распространение рекламной информации 24.04.2023 в 13:35 на абонентский номер + 7 921 767 55 53, содержания: «15 лет с вами онлайн! Скидки до 25% почти на все до 30.04. 88005553771 togas.com/ru/dr/», осуществлялось без получения согласия абонента на получение рекламы.

В силу части 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В ходе предварительной проверки Управление пришло к выводу, что возможным рекламодателем данной рекламы является ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094).

01.08.2023 Управлением возбуждено дело № 039/05/18-592/2023 (исх. № ИБ/3427/23 от 01.08.2023) по признакам нарушения ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Проанализировав представленные материалы и пояснения, Комиссия приходит к следующим выводам.

Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной 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», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных 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.

Определением от 14.08.2023 (исх. № НИ/3640/23) срок рассмотрения дела № 039/05/18-592/2023 продлен до 02.10.2023, также была запрошена информация у ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) о рекламодателе, рекламодателе, рекламопроизводителе смс-рекламы, направленной на абонентский номер + 7-921-767-55-53 24.04.2023 в 13:35 содержания: «15 лет с вами онлайн! Скидки до 25% почти на все до 30.04. 88005553771 togas.com/ru/dr/», у ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) информация о рекламодателе вышеуказанной смс-рекламы.

От ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) информация, запрошенная Определением от 01.08.2023 (исх. № ИБ/3427/23), Определением от 14.08.2023 (исх. № НИ/3640/23), не поступила.

ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644), в свою очередь, по информации, запрошенной

Определением от 14.08.2023 (исх. № НИ/3640/23), представило письменные пояснения, в которых указало следующее: «Распространителем СМС-сообщения, полученного абонентом +79217675553 от буквенного номера «ТОGAS», является Заказчик рассылки ООО «ТОGАС ОНЛАЙН», осуществивший его отправку в рамках договора оказания услуг № 604856 от 25.11.2020, заключенного между ООО «СМС-центр» («Исполнитель») и ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» («Заказчик»). В соответствии с договором оказания услуг ООО «СМС-центр» предоставляет Заказчику ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» технический доступ к сервису SMSC.RU для самостоятельной передачи сообщений операторам связи с помощью различных протоколов передачи данных. При предоставлении технического доступа Заказчику ООО «СМС-центр» не определяет содержание и лиц-получателей сообщений, место и время передачи сообщений, не передает сообщения непосредственно абонентам и адресатам (потребителям информации), а лишь перенаправляет их оператору связи. Перечень лиц (абонентов), которым будет осуществляться рассылка СМС-сообщений, набор текста сообщения и ввод телефонного номера абонента осуществляется Заказчиком рассылки самостоятельно без участия Исполнителя. При этом ООО «СМС-центр» прямо запрещает Заказчику ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» отправку любых сообщений, нарушающих требования законодательства, в том числе без предварительного согласия абонента. В связи с поступившим запросом от имени ООО «СМС-центр» в адрес ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» был направлен запрос о предоставлении информации, а также сведений о наличии от абонента +79217675553 согласия на получение смс-сообщений, на что Заказчик предоставил ответ от 09.06.2023 г. исх.№ 2».

В письме ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) (исх. № 2 от 09.06.2023), направленном в адрес ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644), указано, что гражданин-абонент телефонного номера +7 921 767 55 53 является участником программы лояльности Togas. По правилам программы при оформлении карты лояльности участникам предлагается заполнить анкету, в которой предусмотрен выбор клиентом опции получения информации рекламного характера в отношении продукции Togas, акций и т.п. Клиенты вправе или предоставить согласие на получение такой информации или отказаться в даче такого согласия. По действующему в компании процессу отправление смс-сообщений возможно только тем участникам Программы лояльности, которые письменно предоставили такое согласие. **При этом в отношении данного абонента бумажный носитель такого согласия компания предоставить не может.** Вероятно, дал сбой автоматизированный в компании процесс соблюдения требований действующего законодательства при отправлении рекламных материалов среди участников Программы лояльности.

Комиссия отмечает, что согласно материалам дела К.М. Таукенова согласие на получение рекламы не давала, информации об обратном от ООО «ТОGАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094), ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) в ходе рассмотрения дела не поступило.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что распространение рекламной информации 24.04.2023 в 13:35 на абонентский номер + 7 921 767 55 53, содержания: «15 лет с вами онлайн! Скидки до 25% почти на все до 30.04. 88005553771 togas.com/ru/dr/», осуществлялось без согласия абонента.

С доводом ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) о том, что рекламодателем является только ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094) Комиссия не может согласиться, поскольку в ходе рассмотрения дела № 039/05/18-592/2023 было установлено, что ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094), ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение сообщений невозможным.

Определением от 31.08.2023 (исх. № НИ/4005/23 от 05.09.2023) ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) также было привлечено в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона о рекламе.

При изложенных обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу, что действия ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094), ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) по факту распространения на абонентский номер + 7 921 767 55 53 смс-рекламы 24.04.2023 в 13:35 содержания: «15 лет с вами онлайн! Скидки до 25% почти на все до 30.04. 88005553771 togas.com/ru/dr/» без получения согласия К.М. Таукеновой нарушают требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее — Правила), при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пусть и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав

потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094), ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закона РФ «О рекламе», в соответствии с пунктами 42 – 48, 49 Правил, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094), ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ООО «ТОГАС ОНЛАЙН» (ИНН 3906160094), ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области для возбуждения дела об административном правонарушении.

Председатель Комиссии:

Члены Комиссии:

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд Калининградской области в течение трех месяцев со дня вынесения решения в порядке, предусмотренном [статьей 198](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.