

Заявитель: <...>

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

<...>

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 045/05/18-32/2021

30 августа 2021
Курган

г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее – Комиссия) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии – <...> – заместитель руководителя - начальник отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Управления Федеральной антимонопольной службы по Курганской области (далее – Курганское УФАС России);

Члены Комиссии:

<...> - старший государственный инспектор отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России;

<...> – старший государственный инспектор отдела контроля товарных, финансовых рынков и рекламного законодательства Курганского УФАС России,

рассмотрев дело № 045/05/18-32/2021 по факту распространении посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский номер <...> рекламы без согласия абонента на ее получение с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе),

при участии в заседании:

от заявителя: явки нет, извещен;

от лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: явки нет, извещено надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

15 июня 2021 года в Курганское УФАС России поступило заявление <...> (далее - Заявитель) (вх. № 2371 от 15.06.2021г.) с жалобой на получение нежелательных SMS-сообщений рекламного характера с буквенного номера «Ollis.ru» с признаками нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Заявитель сообщил и как установлено антимонопольным органом, что 08.05.2021 г. в 13 ч. 12 мин., 21.05.2021 г. в 15 ч. 02 мин., 28.05.2021 г. в 16 ч. 19 мин., 05.06.2021 г. в 19 ч. 08 мин., 06.06.2021 г. в 13 ч. 20 мин., 11.06.2021 г. в 15 ч 12 мин. на его абонентский номер <...> поступили SMS -сообщения с «буквенного» номера «Ollis.ru», содержащие следующую информацию:

08.05.2021 г. в 13:11: «Пицца в подарок при заказе от 1150Р по коду Карбонара30 на ollis.ru»;

21.05.2021 г. в 15:02 с текстом смс: «Пицца в подарок при заказе от 1150Р по коду Карбонара30 на ollis.ru»;

28.05.2021 г. в 16:19 с текстом: «Подарок по коду ПРИВЕТ на первый заказ в приложении ollis.ru/m/pizza»;

05.06.2021 г. в 19:08 с текстом: «Пицца в подарок! От 1150Р по коду Карбонара30 на ollis.ru»;

06.06.2021 г. 13:20 с текстом: «WOW какая пицца! Пицца на тонком тесте за 390Р по коду WOW на ollis.ru»;

11.06.2021 г. в 15:12 с текстом: «Пицца в подарок от 1150Р по коду Карбонара30 на ollis.ru».

Заявитель согласия на получение указанной рекламы на свой абонентский

номер оператору связи или иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

По результатам рассмотрения материалов Курганским УФАС России вынесено определение о возбуждении дела № 045/05/18-32/2021 от 11.08.2021 года по признакам нарушения законодательства о рекламе, назначено дело к рассмотрению на 30.08.2021 года.

Лицами, участвующими в деле признаны: заявитель - <...> <...>; лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона о рекламе – ООО «Нева Брендинг» (198097, г. Санкт-Петербург, ул. Трефолева, д. 2, лит. Б, оф. 311, место фактического осуществления деятельности: 198097, г. Санкт-Петербург, ул. Трефолева, д. 2, лит. Б, оф. 311, дата регистрации в качестве юридического лица 26.06.2018 г. Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 15 по Санкт-Петербургу, ОГРН 187847181884, ИНН 7805729293, КПП 780501001).

По результатам рассмотрения дела Комиссией установлено следующее.

Пунктом 1 Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы, утвержденного Приказом ФАС России от 23.07.2015 № 649/15 территориальный орган Федеральной антимонопольной службы осуществляет функции по контролю за соблюдением законодательства в сфере рекламы.

Рассмотрение антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, регулируются Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922 (далее – Правила №1922).

Согласно пункту 3 Правил №1922 дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, за исключением случаев, указанных в пунктах 4, 5 и 7 настоящих Правил №1922.

В силу пункта 7 Правил №1922 Федеральная антимонопольная служба вправе поручить своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по ходатайству своего территориального органа или по собственной инициативе независимо от места нахождения (места жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, или места распространения рекламы.

В Курганское УФАС России 15.06.2021 г. поступило заявление, направленное с электронной почты delo@fas.gov.ru, по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. ФАС России наделил Курганское УФАС России полномочиями по возбуждению и рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по заявлению <...>

Согласно пункту 7 Правил №1922 Курганское УФАС России, действуя по поручению Федеральной антимонопольной службы, издало Приказ № 130 от 10.08.2021 года о возбуждении дела и создании Комиссии по рассмотрению дела о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно информации, полученной на официальном сайте Россвязи <https://rossvyaz.gov.ru/deyatelnost/resurs-numeracii/vypiska-iz-reestra-sistemy-i-plana-numeracii>, абонентский номер (перенесен от другого оператора), указанный заявителем <...>, выделен оператору связи ПАО «МегаФон».

Согласно информации, представленной ПАО «МегаФон» в Курганское УФАС России (вх. № 2544 от 28.06.2021 года), подтверждено осуществление отправок SMS-сообщений на номер <...> 08.05.2021 в 13:12, 21.05.2021 в 15:02, 28.05.2021 в 16:19, 05.06.2021 в 19:08, 06.06.2021 в 13:20 и 11.06.2021 в 15:12 от отправителя, имеющего буквенное обозначение «Ollis», выделенное АО «Связной Загрузка». Также согласно представленным данным абонентский номер <...> выделен по договору оказания услуг связи от 09.07.2015 г. №3505825-191 <...>/

Вместе с тем, отправка SMS-сообщений осуществлена АО «Связной Загрузка» (далее – Заказчик) на основании заключенного с Оператором договора. В соответствии с договором № ДМИ-СВЗНЗГРЗК-01082016 от 01.08.2016г. и соглашением о передаче прав и обязанностей от 01.05.2021г. Оператор оказывает Заказчику услуги по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов (далее – РИМ) Заказчика (Клиента Заказчика) среди абонентов, а также по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса. Поскольку ПАО «МегаФон» оказывает именно услуги связи на основании публичных договоров, то оператором не может быть отказано в передаче сообщений по сети подвижной связи. При этом оператор связи не может являться распространителем рекламы, в связи с чем в действиях ПАО «МегаФон» отсутствуют нарушения законодательства о рекламе.

Согласно представленным в Курганское УФАС России письменным пояснениям АО «Загрузка» на запрос информации (вх. № 2862 от 19.07.2021) из которых следует, что от имени отправителя «Ollis» СМС - сообщений: 08.05.2021 в 13:12, 21.05.2021 в 15:02, 28.05.2021 в 16:19, 05.06.2021 в 19:08, 06.06.2021 в 13:20, 11.06.2021 в 15:12 осуществлялась СМС-рассылка через технические и программные средства АО «Загрузка» по заказу ООО «Раппорто» в рамках договора №СМС-10/17 от 01.03.2017 г. В соответствии с

условиями договора АО «Загрузка» (Исполнитель) берет на себя обязательство по предоставлению ООО «Рапporto» (Заказчик) доступа к коммуникационной платформе исполнителя (КИИ) для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы Заказчика, формируемых и отправляемых Заказчиком, для дальнейшей отправки СМС-сообщений Заказчика Абонентам. АО «Загрузка» оказывает только технологические услуги и не является ни рекламодателем, ни рекламопроизводителем, ни рекламораспространителем. Абонентский номером <...> исключен из базы программного комплекса АО «Загрузка».

Ответом на запрос антимонопольного органа ООО «Рапporto» (вх. № 3093 от 02.08.2021 г.) сообщило, что рассматриваемые смс-рассылки осуществлялись в рамках договора №НБ-01/19 от 23.01.2019 между ООО «Рапporto» (Агрегатор) и ООО «Нева Брендинг» (Заказчик). В соответствии с условиями договора Агрегатор за обусловленную плату предоставляет Заказчику доступ к Системе Rapporto, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до Абонентов различных SMS-рассылок, управление ими, а также услуги по осуществлению информационно-технического обслуживания. Заказчик гарантирует наличие согласий от Абонентов на получение ими коротких текстовых сообщений, рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи. ООО «Рапporto» не участвует в формировании смс-сообщений и круга получателей, не определяет дату и время рассылки, а выполняет только технологическую функцию по передаче сообщений через свою коммуникационную платформу от Заказчика оператору. ООО «Рапporto» не обладает техническим оборудованием для непосредственной передачи сообщений на номера Абонентов без оператора. При этом инициатором рассылки и лицом, определившим содержание смс-сообщения и осуществившим приведение информации в готовую для распространения форму, является Заказчик.

Таким образом, Комиссией установлено, что конечным заказчиком смс-рассылки является ООО «Нева Брендинг».

02.08.2021 года от ООО «Нева Брендинг» на запрос информации Курганского УФАС России поступили письменные пояснения (вх. № 3094), в соответствии с которыми установлено следующее:

Рассылка указанных смс-сообщений рекламного характера на номер абонента совершено ООО «Нева Брендинг» в соответствии с договором № НБ-01/19 от 23.12.2018 года, заключенного с ООО «Рапporto (Исполнитель). По условиям договора Исполнитель предоставляет ООО «Нева Брендинг» (Заказчику) доступ к системе Rapporto, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до Абонентов различных СМС-рассылок, управление ими, а также оказание услуг по осуществлению информационно-технического обслуживания.

ООО «Нева Брендинг» является рекламной компанией, оказывающей услуги по продвижению продукции под знаком обслуживания «Ollis» на рынке общественного питания на основании соответствующих договоров с изготовителями этой продукции. Рекламирование осуществляется, в том числе путём направления рекламных предложений брэнда «Ollis» через СМС-сообщения потребителям, которые заказывали продукцию «Ollis» ранее.

Абонентом телефонного номера <...> был оформлен заказ на приготовление и доставку продукции «Ollis» с использованием указанного номера мобильного телефона согласно ассортименту, размещенному на сайте www.ollis.ru, на котором в процессе оформления заказа, абонент предоставил свои персональные данные, необходимые компании для исполнения его заказа.

В соответствии с правилами публичной оферты и предоставления согласия на обработку персональных данных, размещенных на сайте www.ollis.ru, клиент, оформляя заказ на изготовление и доставку продукции «Ollis», соглашается с вышеуказанными правилами. Таким образом, смс-сообщения, направленные на номер абонента, были осуществлены с его предварительного согласия, что не противоречит положениям законодательства Российской Федерации.

К письменным пояснениям ООО «Нева Брендинг» приложены: копия скриншота заказа Заявителя на приобретение продукции «Ollis» от 26.03.2021 г. №2100108-5772, копия Определения Тывинского УФАС России о прекращении производства по делу № 017/05/18-8/2021 от 19.07.2021 года, копия Определения Новосибирского УФАС России о прекращении производства по делу № 054/05/18-389/2019 от 19.08.2019 года.

Исследовав заявление, письменные пояснения ПАО «МегаФон», АО «Связной Загрузка», ООО «Раппорто», ООО «Нева Брендинг» Комиссия приходит к следующему.

Согласно части 1 статьи 3 Закона о рекламе, реклама - 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 частью 2 статьи 3 Закона о рекламе, объект рекламирования - 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.

Объектом рекламирования, распространенной посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщения на абонентский

номер <...> рекламной информации, является продукцией компании «Ollis».

Исходя из содержания рассматриваемой информации, она адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к акции по заказу продукции на сайте «ollis.ru», формирование и поддержание интереса к данному объекту рекламирования, продвижению его на рынке и, следовательно, эта информация является рекламной.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

В обращении указано, что данное рекламное сообщение получено абонентом без его предварительного согласия.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Комиссия не принимает доводы ООО «Нева Брендинг» о наличии в данном случае предварительного согласия абонента на получение рекламы по следующим основаниям.

В пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», указано, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Сам факт оформления заказа продукции компании «Ollis» не подтверждает согласие на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление абонента (или лица, действующего в его интересах) исключительно на заказ продукции, при этом предусмотренное в правилах оказания услуг автоматически действующее независимо от волеизъявления абонента (или лица, действующего в его интересах) согласие на получение рекламы и порядок оформления заказов на сайте и в приложении вынуждает его (осознанно либо неосознанно) согласиться на получение смс-сообщений рекламного характера в целях осуществления заказа желаемой продукции.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Нахождение оформления заказа продукции компании «Ollis» в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по подаче заявки на получение товара как дачу им своего согласия на получение рекламной рассылки, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие будет действовать до тех пор, пока абонент не обратит внимания на не имеющее отношение к оформлению заказа продукции компании «Ollis» условие.

Данное обстоятельство не позволяет признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления.

Кроме того, последующие действия для отказа от рассылки, которые необходимо совершить потребителю с целью прекращения нежелательной рассылки, являются также неправомерным обременением для потребителя.

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.

Распространение рекламы в данном случае связано с интересами ООО «Нева Брендинг», но при этом не должно нарушать права абонента на добровольное получение информации, а также создавать неудобства, связанные с поиском возможности отказаться от получения навязанной, вопреки воли, рекламы и совершением каких-либо дополнительных действий для отказа.

Аналогичная позиция также содержится в Постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 13.12.2016 г. по делу № А82-574/2016.

Следовательно, в данном случае, по мнению Комиссии, согласие на получение рекламного сообщения не было надлежащим образом получено, поскольку в данном случае не представлено доказательств добровольного волеизъявления абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя, так как без согласия с правилами предоставления услуг при заказе продукции невозможно осуществить заказ.

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.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частями 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

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

В данном случае, с учетом представленных документов, имеются основания полагать, что рекламодателем информации рекламного характера, посредством использования телефонной связи (электросвязи) без предварительного согласия абонента, является ООО «Нева Брендинг» (198097, г. Санкт-Петербург, ул. Трефолева, д. 2, лит. Б, оф. 311, место фактического осуществления деятельности: 198097, г. Санкт-Петербург, ул. Трефолева, д. 2, лит. Б, оф. 311, дата регистрации в качестве юридического лица 26.06.2018 г. Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 15 по Санкт-Петербургу, ОГРН 187847181884, ИНН 7805729293, КПП 780501001).

Одной из целей Закона о рекламе является реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы (статья 1 Закона о рекламе). Закон о рекламе направлен на предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Регулирование отношений, возникающих в сфере распространения рекламы, имеет своей целью обеспечение эффективного баланса интересов потребителей рекламы и заказчиков рекламы, рекламопроизводителей и рекламодателей.

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

Резолютивная часть решения по делу согласно подпункту «г» пункта 47 Правил, должна содержать сведения о выдаче предписания (предписаний) с указанием лица (лиц), которому оно выдается.

Согласно пункту 49 Правил №1922 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.

В связи с тем, что в материалах дела отсутствуют документы, подтверждающие, что ненадлежащая реклама в настоящее время продолжает распространяться посредством телефонной связи на номер абонента, у Комиссии отсутствуют основания для выдачи предписания.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «Нева Брендинг» посредством использования подвижной радиотелефонной связи в виде SMS-сообщений, направленных 08.05.2021 г. в 13 ч. 12 мин., 21.05.2021 г. в 15 ч. 02 мин., 28.05.2021 г. в 16 ч. 19 мин., 05.06.2021 г. в 19 ч. 08 мин., 06.06.2021 г. в 13 ч. 20 мин., 11.06.2021 г. в 15 ч 12 мин. на абонентский номер <...> с «буквенного» номера «Ollis.ru», содержащие следующую информацию:

08.05.2021 г. в 13:11: «Пицца в подарок при заказе от 1150Р по коду Карбонара30 на ollis.ru»;

21.05.2021 г. в 15:02 с текстом смс: «Пицца в подарок при заказе от 1150Р по коду Карбонара30 на ollis.ru»;

28.05.2021 г. в 16:19 с текстом: «Подарок по коду ПРИВЕТ на первый заказ в приложении ollis.ru/m/pizza»;

05.06.2021 г. в 19:08 с текстом: «Пицца в подарок! От 1150Р по коду Карбонара30 на ollis.ru»;

06.06.2021 г. 13:20 с текстом: «WOW какая пицца! Пицца на тонком тесте за 390Р по коду WOW на ollis.ru»;

11.06.2021 г. в 15:12 с текстом: «Пицца в подарок от 1150Р по коду Карбонара30 на ollis.ru», поскольку она содержит нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Предписание ООО «Нева Брендинг» о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд в порядке,

предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии:

<...>

<...>