

РЕШЕНИЕ

«12» апреля 2021г.

г.Новосибирск

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

<...>

рассмотрев дело №054/05/18-88/2021, возбужденное по факту распространения 09.11.2020г., 10.11.2020г., 11.11.2020г. SMS-сообщений, содержащих рекламную информацию, с нарушением требований Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»),

закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»),

в отсутствие:

заявителя: <...>, г. Новосибирск,

в присутствии:

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: представителя ООО «ТХ Сибирский Гигант» (ИНН 5405289421, ОГРН: 1055405013630, Дата присвоения ОГРН: 05.03.2005, ул.Автогенная, 126, г.Новосибирск, 630039) Медведевой В.В. (доверенность от 04.09.2020г.),

УСТАНОВИЛА:

В Новосибирское УФАС России поступило обращение физического лица (вх. №18908э от 22.10.2020г.) по факту нарушения ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» при поступлении на абонентский номер заявителя +<...> SMS-сообщений рекламного характера с номера с буквенным идентификатором «GOROZHANKA».

Содержание сообщений:

- 1) 09.11.2020г. 11:31ч.: «Только сегодня! Масло 72,5% Крестьянское -70% 59,9/180г на 1905 года, 69»;
- 2) 10.11.2020г. 11:31ч.: «Только сегодня! Альпен Голд -58% 29,9/85г на 1905 года, 69»;
- 3) 11.11.2020г. 12:24ч.: «Только сегодня! Доширак курица/говядина -72% 14,9/90г на 1905 года, 69».

По результатам рассмотрения заявления Новосибирским УФАС России возбуждено данное дело, при рассмотрении обстоятельств которого установлено

следующее.

Согласно детализации, на абонентский номер заявителя поступили SMS-сообщения от абонента, обозначенного буквенным идентификатором «GOROZHANKA» 09.11.2020 в 11:31:32ч., 10.11.2020 в 11:31:01ч., 11.11.2020 в 12:25:28.

В соответствии со ст.3 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе», рекламой является информация, распространяемая 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.

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.

Рассматриваемая информация является рекламой, т.к. привлекает внимание к объекту рекламирования: товарам, реализующимся со скидкой, а также определенному месту продажи - магазину, размещающемуся по адресу: 1905 года, 69 (как указано в рекламном сообщении).

В силу требований, установленных ч.1 ст.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 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.

Как сообщается заявителем, им такого согласия какому-либо лицу не давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона «О рекламе».

Ответственность за нарушение требований ч.1 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламодатель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).

Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно материалам, представленным ПАО «МТС», рассматриваемые SMS-сообщения, поступившие в период времени с 09.11.2020 по 11.11.2020г. на номер + <...>, отправлены ООО «Рапporto» (ИНН 7715710393, ОГРН 11087746876029, Заказчик рассылки), которое является Заказчиком рассылки в рамках заключенного между этим лицом и ПАО «МТС» Договора № МТС-152/17 от 12.12.2017г., предусматривающего выделение Заказчику рассылки буквенно-символьного обозначения «GOROZHANKA».

Предметом указанного Договора является оказание услуги по рассылке SMS-

сообщений по инициативе Заказчика в адрес абонентов МТС, одновременно являющихся пользователями, которые зарегистрировались в информационных системах Заказчика и от которых Заказчик самостоятельно обязан получить предварительное согласие на получение таких SMS-сообщений.

В свою очередь ООО «Раппорто» сообщает следующее (вх.№814э от 21.01.2021г.).

Рассматриваемая SMS-рассылка осуществлялась на основании договора №А-05/09-Р от 27.03.2009г. (далее - Договор) между ООО «Раппорто» (далее-Исполнитель) и АО «Загрузка» (далее- Заказчик).

В соответствии с п.2.1. Договора Исполнитель оказывает Заказчику услуги, а Заказчик производит их оплату в соответствии с условиями раздела 4 Договора. Фактом оказания услуг по Договору является прохождение SMS-сообщения через технические средства Исполнителя, сформированного и отправленного Заказчиком, либо Абонентом, от оборудования Заказчика к SMS-центру Исполнителя или в обратном направлении (п.2.2. Договора).

Таким образом, обязанность по предоставлению согласия Абонента, на получение им SMS -рассылки на номер <...> лежит на АО «Загрузка».

При этом АО «Загрузка» предоставило согласие Абонента, полученное от клиента АО «Загрузка» - ПАО «Ростелеком».

Между ПАО «Ростелеком», в лице Новосибирского филиала и ООО «Торговый Холдинг Сибирский Гигант» заключен Договор от 21.06.2019 № 1/РТ/338(п) (далее - Договор). В рамках данного Договора ПАО «Ростелеком» (Исполнитель) оказывает услугу ООО «Торговый Холдинг Сибирский Гигант» (Заказчик) по предоставлению доступа к сервису рассылки SMS -сообщений.

В соответствии с условиями Договора (п. 4.1.2. Договора), Заказчик обязуется получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS -сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена Оператору в качестве доказательства добровольности адресата на получение SMS -сообщений.

Во исполнение п. 4.1.2. Договора, Заказчиком было предоставлено в ПАО «Ростелеком» согласие владельца номера телефона +<...> на обработку персональных данных с целью установления контакта с субъектом персональных данных для направления рекламных сообщений, передаваемых любым способом.

ПАО «Ростелеком» не является заказчиком рассылки спорного сообщения, а также его распространителем, так как на основании заключенного между ПАО «Ростелеком» и ООО «Торговый Холдинг Сибирский Гигант» договора:

1) в рамках оказания услуги по предоставлению доступа к сервису рассылки SMS-сообщений Заказчику предоставляется доступ к WEB-сервису, обеспечивающему формирование и доставку SMS-сообщений. Оборудование ПАО «Ростелеком» лишь осуществляет доставку SMS-сообщения на номер Конечного получателя;

2) инициатором рассылки рекламы является Заказчик. Рассылаемые сообщения направлены на информирование об услугах, товарах (объект

рекламирования) Заказчика, или на привлечение внимания к объекту рекламирования Заказчика. В соответствии с Техническим заданием (Бланк заказа от 24.06.2019 к Договору), Заказчиком выбрано имя отправителя, с которого отправляются SMS- уведомления: «Gorozanka»;

3) Заказчик определяет содержание и обеспечивает точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в сообщении. Согласно п.п. 4.1.3, 4.1.4. Договора, Заказчик обязан соблюдать требования Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», иные требования законодательства Российской Федерации;

4) Заказчик самостоятельно определяет конечных получателей сообщения (абонентов), и, следовательно, обязанность получения согласия на получение SMS/MMS-сообщений конечных получателей возложена на Заказчика (п. 4.1.2. Договора);

5) текст спорного сообщения не привлекает внимание получателя сообщения к услугам связи, которые оказывает ПАО «Ростелеком». Между конечным получателем SMS-сообщения рекламного характера и ПАО «Ростелеком» отсутствуют гражданско-правовые отношения, соответственно, Оператор не имеет возможности получать согласие абонента на получение рекламы через SMS/MMS-сообщения, инициатором рассылки которого является Заказчик;

6) технологически ПАО «Ростелеком» подключил Заказчика через протокол HTTPS. Заказчик самостоятельно формирует текст сообщений, круг абонентов-получателей сообщений, определяет время отправки, а также иные параметры рассылки, при этом сообщения могут носить информационный, рекламный и любой иной характер. Подобный вид подключения не подразумевает технологическую возможность какой-либо предварительной проверки сообщений и их получателей. Программно-аппаратный комплекс ПАО «Ростелеком» только технологически пересылает SMS-сообщения, сформированные инициатором рассылки. То есть, ПАО «Ростелеком» выполняет исключительно транспортную функцию.

В соответствии с п. 2 письма Федеральной антимонопольной службы № АК/16266 от 28.04.2011, поставщик услуги связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы рекламораспространителем не является.

При таких обстоятельствах, ввиду того, что ПАО «Ростелеком» не осуществляло непосредственно распространение рекламного сообщения; не имеет технической, фактической и правовой возможности контроля за получением Заказчиком согласия на рассылку сообщения рекламного характера, оно не может быть признано рекламораспространителем спорного SMS-сообщения.

Исходя из существующих договорных обязательств, положений Закона о рекламе, ПАО «Ростелеком» не является рекламораспространителем рассматриваемых SMS-сообщений.

На рассмотрение дела Комиссией Новосибирского УФАС России ООО «Торговый Холдинг Сибирский Гигант» представлены письменные пояснения, в которых указано следующее.

Покупателями с целью участия в дисконтной программе осуществляется заполнение анкет универсама «Горожанка». При заполнении анкеты, в случае согласия с получением рекламной информации от ООО «ТХ Сибирский Гигант», покупателем заполняются данные о номере мобильного телефона и, в том числе, даётся согласие на обработку персональных данных. Заполнение анкеты осуществляется покупателем собственноручно на стойке информации торгового объекта.

Абонентский номер +<...> был указан при заполнении анкеты покупателем А. (<...>). На основании указанной анкеты была выдана дисконтная карта №11166545.

По мнению Общества, рассматриваемая ситуация была следствием обстоятельств, не зависящих от воли ООО «ТХ Сибирский Гигант», а именно следствием вероятной последующей смены владельца абонентского номера, связанной с:

- расторжением договора оказания услуг сотовой связи абонентом в одностороннем порядке на основании п. 48 Постановления Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342 «О порядке оказания услуг телефонной связи»;
- блокировкой абонентского номера Оператором сотовой связи по причине его неиспользования в течение 183 календарных дней.

При этом, в обоих случаях Оператором сотовой связи производится дальнейшая повторная реализация абонентского номера третьим лицам через салоны сотовой связи.

Также необходимо отметить, что указанная спорная ситуация могла быть вызвана целенаправленным введением ООО «ТХ Сибирский Гигант» в заблуждение путем предоставления заведомо недостоверных данных непосредственно потребителем при заполнении соответствующей анкеты.

Данные доводы рассмотрены Новосибирским УФАС России, не приняты по следующим обстоятельствам.

Согласно п.4.1.2 Договора №1/РТ/338(п) от 21.06.2019г. на оказание услуг по предоставлению доступа к сервису рассылки СМС-извещений, ООО «ТХ Сибирский Гигант» обязано получить от абонента, на телефон которого планируется отправка СМС-извещений с информацией Общества, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая в случае необходимости и установленном законодательством РФ порядке, может быть предъявлена Оператору сотовой связи в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение СМС-сообщений.

Согласно п.4.1.3 данного Договора, Общество обязуется не использовать к оборотованию ПАО «Ростелеком» для передачи спама.

Представленное согласие на обработку персональных данных дано 05.08.2017г. физическим лицом, не являющимся заявителем.

При этом согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение

рекламы от конкретного рекламораспространителя (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58).

Представленное ООО «ТХ Сибирский Гигант» согласие датировано 2017г. Период с данной даты до даты распространения рассматриваемых SMS-сообщений значительно превосходит 183 календарных дня, установленных для блокировки абонентского номера оператором связи за неиспользование.

Также данный период является значительным для возможности расторжения договора оказания услуг сотовой связи самим абонентом.

Как следует из пояснений ООО «ТХ Сибирский Гигант», возможность возникновения того или иного случая смены владельца абонентского номера, либо намеренного введения в заблуждение относительно принадлежности абонентского номера + <...> именно лицу, заполнившему анкету, Обществом предполагается.

При этом Обществом не предприняты все зависящие от него меры по устранению сомнений и недопущению нарушения законодательства РФ о рекламе.

Абонентом– владельцем абонентского номера – +<...> является заявитель. При этом согласия, предусмотренного ст.18 ФЗ «О рекламе», им какому-либо лицу не давалось.

Следовательно, рассматриваемые Новосибирским УФАС России действия по рассылке SMS-сообщений содержат нарушение ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе».

Согласно ст.3 ФЗ «О рекламе», ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации. Ненадлежащая реклама не допускается.

Лицом, ответственным за нарушение ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе», является ООО «ТХ Сибирский Гигант» (ИНН 5405289421, ОГРН: 1055405013630, Дата присвоения ОГРН: 05.03.2005, ул.Автогенная, 126, г.Новосибирск, 630039).

Также ООО «ТХ Сибирский Гигант» сообщает, что после получения сведений о том, что абонентский номер +<...> на момент отправки SMS-сообщений принадлежит третьему лицу, номер был незамедлительно исключен из дальнейших рассылок.

Каких-либо документальных доказательств Обществом не представлено.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

РЕШИЛА:

1. Признать рекламную информацию, распространенную 09.11.2020г., 10.11.2020г., 11.11.2020г. посредством SMS-сообщений на абонентский номер

заявителя +<...> с номера с буквенным идентификатором «GOROZHANKA» следующего содержания:

- 1) 09.11.2020г. 11:31ч.: «Только сегодня! Масло 72,5% Крестьянское -70% 59,9/180г на 1905 года, 69»;
- 2) 10.11.2020г. 11:31ч.: «Только сегодня! Альпен Голд -58% 29,9/85г на 1905 года, 69»;
- 3) 11.11.2020г. 12:24ч.: «Только сегодня! Доширак курица/говядина -72% 14,9/90г на 1905 года, 69»

ненадлежащей,

а ООО «ТХ Сибирский Гигант» (ИНН 5405289421, ОГРН: 1055405013630, Дата присвоения ОГРН: 05.03.2005, ул.Автогенная, 126, г.Новосибирск, 630039) нарушившим ч.1 ст.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 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.

2. Выдать ООО «ТХ Сибирский Гигант» предписание о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Новосибирского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч.1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.