ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о возбуждении дела № 055/05/18-842/2024 и назначении дела к рассмотрению

08 августа 2024 года
г. Омск

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе <…> – врио заместителя руководителя Омского УФАС России, рассмотрев материалы, свидетельствующие о признаках нарушения обществом с ограниченной ответственностью «АЭРОСЕРВИС» (ИНН <…>, ОГРН <…>, далее – ООО «АЭРОСЕРВИС») требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛ:

В адрес Омского УФАС России обратился гражданин <…> по факту поступления 09.06.2024 в 14:22 час. на принадлежащий ему абонентский номер <…> от абонента, имеющего обозначение **«MT_COM-PRO»**, смс-сообщения рекламного характера: *«Скидки в ТИОН до 20 %! Скидка 15% на Бризеры 4S, Lite и фильтры-10 %, на Clever 20% до 27.06! При оплате заказа онлайн Тинькофф -12 %, Альфа Банк кэшбэк 10%! тел. 8-800- 500-60-29 tion.ru».*

В качестве доказательств к обращению приложен фотоснимок сообщения.

Факт поступления в адрес заявителя вышеуказанной информации также подтверждается детализацией оказанных услуг связи по абонентскому номеру <…>, представленной в адрес Омского УФАС России оператором связи - ПАО «Вымпелком».

По информации ПАО «ВымпелКом» распространителем вышеуказанного сообщения является ООО «Девино Телеком».

На запрос Омского УФАС России ООО «Девино Телеком» представлена информация, согласно которой *«…ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» имеет договорные отношения с ООО «Манго Телеком». ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет ООО «Манго Телеком» техническую возможность отправки SMS- сообщений через платформу на основании договора № ДТ-К/025471 от 01.03.2016.*

В рамках своей деятельности ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» оказывает услуги по предоставлению доступа к программно-аппаратному комплексу (платформе), которая позволяет клиентам осуществлять управление персональными коммуникациями со своими покупателями и заказчиками. В числе прочего функционалом платформы предусмотрена возможность самостоятельной отправки клиентом SMS-сообщений со своей компьютерной сети на телефонные номера абонентов. Платформа предоставляет клиенту техническую возможность подключения к сети операторов связи для осуществления рассылки. Клиент самостоятельно формирует базу абонентов, которым он намерен осуществить рассылку SMS-сообщений (путем загрузки базы через личный кабинет), формирует текст сообщений, определяет время рассылки и инициирует отправку. Подключая такую услугу, клиент обязуется осуществить рассылки только при наличии предварительного согласия абонентов, подтвержденного документально.

На основании пункта 3.3.2, Договора оказания услуг № ДТ-К/025471 от 01.03.2016 г., Заказчик (ООО «Манго Телеком») в случаях, предусмотренных законом, обязан получить от Абонента, которому Заказчик планирует отправлять сообщение, предварительное согласие, выраженное посредством совершения Абонентом действий, однозначно идентифицирующих этого Абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение

сообщения. ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» сделало запрос на получение согласия, в свою очередь, ООО «Манго Телеком» письменного ответа не предоставило.

На основании вышеизложенного, отправителем SMS-сообщения, поступившего 09.06.2024 в 14:22 час. на абонентский номер <…> от абонента с альфанумерическим номером «MT_COM-PRO», является ООО «Манго Телеком»…».

По информации ООО «Манго Телеком», вышеуказанное смс-сообщение было направлено ООО «АЭРОСЕРВИС» в рамках лицензионного договора на оказание услуг связи № 16731517 от 01.06.2018.

ООО «АЭРОСЕРВИС» представлена информация, согласно которой «*…СМС-сообщение, направленное Заявителю, носило персонализированный характер, поскольку дополняло информацию, запрошенную в рамках телефонного звонка, совершенного по инициативе самого Заявителя … для целей возможного заключения договора купли-продажи оборудования производства Tion…*

…В рассматриваемом СМС-сообщении отсутствуют ключевые признаки рекламы:

- СМС-сообщение не было предназначено для неопределенного круга лиц.

- СМС-сообщение носило персонализированный характер, исходя из своего содержания. Оно направлено на восприятие лица, уже заинтересованного в приобретении конкретной продукции.

В ходе телефонного разговора Заявитель интересовался информацией относительно определённой модели бризеров - Бризер 4S. Заявитель также упомянул, что пока сомневается относительно приобретения этой модели, в связи с чем СМС-сообщение о наличии акции содержало информацию как в отношении Бризера 4S, так и в отношении некоторых других моделей…

…СМС-сообщение не было направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему.

Отправленное Заявителю СМС-сообщение было направлено на актуализацию информации, предоставленной ему в ходе телефонного разговора, состоявшегося по инициативе самого Заявителя.

В ходе телефонного звонка менеджер сообщил Заявителю о наличии акции на интересующую его продукцию, однако Заявитель уточнил, что на данном этапе разрабатывается дизайн-проект помещения и он только планирует приобретение климатической техники.

В СМС-сообщении была представлена информация о возможности покупки товара на более выгодных для Заявителя условиях. Информация об акции была направлена с учётом того, что Заявитель в ходе телефонного разговора сообщил о намерении купить технику позднее. При этом Заявитель планировал покупку ещё до получения СМС-сообщения.

Более того, когда менеджер сообщил Заявителю о том, что в настоящий период проходит акция, Заявитель отметил, что акции должны быть и в другой период времени. Это говорит о его заинтересованности в данной информации. Спорное сообщение, направленное Заявителю, содержало информацию об актуальной акции.

Таким образом, направив информационное СМС-сообщение, менеджер фактически проявил высокую степень клиентоориентированности, доводя до абонента, планирующего покупку товара, информацию об актуальных условиях совершения такой покупки.

В связи с вышеизложенным, ООО «Аэросервис» приходит к выводу, что в направленном Заявителю СМС-сообщении отсутствуют такие признаки рекламы, как предназначенность для неопределенного круга лиц, направленность на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему. Следовательно, рассматриваемое СМС- сообщение не является рекламным и не подпадает под сферу действия Закона о рекламе.

Заявитель предоставил согласие на получение дополнительной информации о товаре.

Если рассматриваемое СМС-сообщение все же будет квалифицировано антимонопольным органом как носящее рекламный характер, ООО «Аэросервис» обращает внимание на то, что Заявитель выразил согласие на получение рекламы…

…Менеджер в разговоре с Заявителем задал вопрос о его желании получить дополнительную информацию о Бризере 4S. Ниже представлена часть расшифровки диалога с Заявителем (М - менеджер; З - Заявитель).

М: Я могу вам отправить видео. Есть ли у вас WhatsApp на этом номере? Видео - как работает 4S на разных скоростях. В сервисе записывали...

З: Видео отправьте, пожалуйста, может я его пропустил.

М: Мы его сами снимали. Его на сайте нет.

З: Если на вашем Telegram-канале его нет, то будет замечательно, пришлите.

М: Я вам тогда видео отправлю. WhatsApp есть вот здесь 65-15?

З: Да есть, WhatsApp, Telegram. Так что, куда угодно.

Из данного диалога видно, что Заявитель однозначно и недвусмысленно выразил согласие на предоставление дополнительных сведений о товаре Бризер 4S. Таким образом, согласие на получение рекламы по сетям электросвязи от Заявителя было получено.

Пояснения по мерам ответственности, применимым к ООО «Аэросервс».

Ввиду причин, изложенных выше (в частности, в связи со справочным, а не рекламным характером сообщения), ООО «Аэросервис» полагает, что по факту отправки СМС-сообщения Заявителю ООО «Аэросервис» не подлежит привлечению к административной ответственности в связи с отсутствием состава правонарушения…».

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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 - 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;

товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») даны основные понятия, используемые в настоящем законе:

абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Термин «реклама», обозначенный в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего понятия «реклама», данного в статье 3 Федерального закона «О рекламе», а именно, в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц.

Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного посредством абонентского номера или уникального кода идентификации абонента, который ее получает.

Таким образом, в силу специфики способа распространения, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный абонентский номер, предполагается нормами законодательства о рекламе (часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе») и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

При разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия именно в содержании такой информации указания на её конкретного получателя.

В тексте рекламы, распространенной ООО «АЭРОСЕРВИС», отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена информация, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Следовательно, указанное обстоятельство (отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее конкретного получателя (как в личной переписке), позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

Учитывая изложенное, распространённая в адрес гражданина <…> (абонентский номер <…>) 09.06.2024 в 14:22 час. от абонента, имеющего обозначение **«MT_COM-PRO»**, информация подпадает под понятие реклама, поскольку распространена по сетям электросвязи и направлена на привлечение внимания к хозяйствующему субъекту и реализуемым им товарам.

По утверждению заявителя, реклама распространялась без предварительного согласия на ее получение, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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 **именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы**.

Довод ООО «АЭРОСЕРВИС» относительно того, что заявитель выразил согласие на получение рекламной информации от Общества в процессе разговора с менеджеров является

несостоятельным ввиду следующего.

Согласно аудиозаписи телефонного разговора, сотрудник ООО «АЭРОСЕРВИС» предложил направить в адрес заявителя посредством мессенджера «WhatsApp» *«Видео - как работает 4S на разных скоростях».* На что получил ответ*: «Видео отправьте, пожалуйста».*

Таким образом, предварительное согласие на получение именно **рекламной** информации сотрудником ООО «АЭРОСЕРВИС» не было запрошено.

Более того, реклама *«Скидки в ТИОН до 20 %! Скидка 15% на Бризеры 4S, Lite и фильтры-10 %, на Clever 20% до 27.06! При оплате заказа онлайн Тинькофф -12 %, Альфа Банк кэшбэк 10%! тел. 8-800- 500-60-29 tion.ru»* поступила в адрес заявителя 09.06.2024 в 14:22 час. посредствам смс-сообщения на номер <…>.

Учитывая отсутствие согласия <…> (абонентский номер <…>) на получение рекламной информации от ООО «АЭРОСЕРВИС», в действиях Общества усматриваются признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая** реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (пункт 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из определений, данных в пунктах 5 и 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ООО «АЭРОСЕРВИС» является и рекламодателем, и рекламораспространителем.

Частью 7 статьи 38 установлено, что рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 2, 13, 24,25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № 055/05/18-842/2024 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать лицами, участвующими в деле:

- заявитель – <…>;

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «АЭРОСЕРВИС» (ИНН <…>, ОГРН <…>).

3. Назначить дело № 055/05/18-842/2024 к рассмотрению **на 05 сентября 2024 года в 15:00 часов** по адресу: 644010, г. Омск, пр. К. Маркса, д. 12 А, к. 102.

4. ООО «АЭРОСЕРВИС» в срок **до 30 августа 2024 года** представить в адрес Омского УФАС России письменный отзыв на настоящее определение (при необходимости).

Рассмотрение дела может осуществляться дистанционно.

Ссылки на предоставление возможности участия в рассмотрении дела об административном правонарушении путем видеоконференцсвязи (далее – ВКС): **https://fas3.tconf.rt.ru/c/8206586202.**

С инструкцией для участников ВКС можно ознакомиться по ссылке: https://fas.gov.ru/in_ca.pdf.

Председатель Комиссии <…>