

Исх № ВЧ-08/4607 от 11.04.2022

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

Председатель Комиссии: <...> –(должностное лицо);
Члены Комиссии: <...> –(должностное лицо);
<...> –(должностное лицо);

рассмотрев дело № 016/05/18-191/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламных смс-сообщений на мобильный номер заявителя <...> с текстом: «Добрый день! Ваш личный менеджер по вопросу безопасности (физическое лицо 1), salesb2b@delta.ru стац.<...>, Предоставляем услуги: пультовой охраны, пожарной сигнализации, систем видеонаблюдения, СКУД и автомониторинг», что имеет признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от (физического лица 2) (вх. №16184/ж от 07.12.2021) по факту распространения рекламных сообщений на мобильный номер заявителя (<...>) 03.12.2021 года в 16:59 с текстом: «-- Добрый день! Ваш личный менеджер по вопросу безопасности (физическое лицо 1), salesb2b@delta.ru стац.<...>, Предоставляем услуги: пультовой охраны, пожарной сигнализации, систем видеонаблюдения, СКУД и автомониторинг». Согласия на получение подобных сообщений абонент не давал. Вышеуказанные действия содержат признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

Согласно представленным в адрес Управления сведениям, на личный номер заявителя, а именно <...> 03 декабря 2021 года в 16 часов 59 минут поступило сообщение рекламного характера.

Сообщение рекламного характера поступило с буквенного номера Delta.

Согласие на получение рекламы по сетям электросвязи заявитель не давал.

Номер телефона Заявителя <...> принадлежит сотовому оператору ПАО «МТС».

Управлением был отправлен запрос в ПАО «МТС» для установления владельца номера, с которого было направлено сообщение рекламного характера.

По информации и документам, полученным от ПАО «МТС», буквенный номер Delta подключен ООО «СМС Трафик» (ИНН 7705642257, 115088, г. Москва, 2-й Южнопортовый проезд, д. 20А, стр. 4, 1 подъезд, 2эт.) на основании Договора от 12.12.2017 г.

Согласно ответу ООО «СМС-Трафик», инициатором рассылки СМС-сообщения от имени Delta является ООО «ЮСК». В соответствии с договором №530/18, заключенным между ООО «СМС-Трафик» и ООО «ЮСК», ООО «СМС-Трафик» п заданию ООО №ЮСК» оказывает последнему услуги доступа к Системе.

Под Системой в силу Договора понимается принадлежащий ООО «СМС-Трафик» программно-аппаратный комплекс, который позволяет обрабатывать сообщения.

Характер работы с ним предполагает, что ООО «СМС-Трафик» организует доступ к сервису посредством установки программного обеспечения на устройства ООО «ЮСК» или предоставляет ему доступ через защищенный канал к закрытой части сайта.

Основная особенность и цель программного обеспечения – упрощение работы с услугой по доставке сообщений абонентам операторов подвижной связи и обеспечение безопасного зашифрованного соединения.

Комплекс оборудования и программного обеспечения, являющийся ноу-хау ООО «СМС-Трафик» и охраняющийся в режиме коммерческой тайны, позволяет ООО «ЮСК» самостоятельно формировать текст сообщения, следить за доставкой сообщений и работать с базой для отправки.

Кроме того, в Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) поступило повторное обращение (физическим лицом 2) (вх. №101/ж от 11.01.2022 г.) по факту распространения рекламных сообщений с буквенного номера «Delta» 10 января 2022 года в 16 часов 47 минут.

По итогам рассмотрения указанного обращения обстоятельства по факту поступления в адрес Заявителя рекламных сообщений с буквенного номера «Delta» с текстом: «Компания Дельта дарит скидку 20% на стандартный комплект охранной сигнализации в вашу квартиру или дом. Подробности по номеру» приобщены к материалам рассматриваемого дела №016/05/18-191/2022 в отношении ООО «ЮСК» (ИНН 3460010860) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

Согласно части 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.

В пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы — 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.

При обращении в Татарстанское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы. Документарно подтвержденных доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Таким образом, в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством телефонных сообщений.

Рассмотрев имеющиеся материалы дела, с учётом доводов лиц, участвующих в рассмотрении дела, Комиссия Татарстанского УФАС России установила следующее.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством смс-сообщения на мобильный телефон 03.12.2021, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- информация распространена в форме смс-сообщения по сети электросвязи, а именно посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) под электросвязью понимаются 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;

- объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подп. 2-3 ст. 3 Закона о рекламе).

Объектом рекламирования в рассматриваемом случае выступают услуги пульта охраны, пожарной сигнализации, систем видеонаблюдения, СКУД и автомониторинг.

- информация была адресована неопределённому кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная в телефонных разговорах заявителям, не обращена к конкретному потребителю, из текста бесед не следует, что они были адресованы каким-либо определённым лицам.

Сведения не носят персонализированного характера, представляют интерес для неопределенного круга лиц.

Доведенная до сведения заявителя информация не относится к категории той информации, на которую Закон о рекламе не распространяет своё действия в соответствии с ч. 2 ст. 3 Закона о рекламе. В частности, она не является справочно-информационным и аналитическим материалом (обзором внутреннего и внешнего рынков, результатом научных исследований и испытаний), не имеющим в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой.

Целями Закона о рекламе являются, в том числе реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (ст. 1 Закона о рекламе).

Абонент согласно п. 1 ст. 2 Закона о связи - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, абонент выступает «пассивной» стороной отношений по передаче информации, он выступает получателем сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям

электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. Законом о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

При этом законодатель закрепил обязанность рекламодателя немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

В соответствии с постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – постановление Пленума ВАС РФ) согласие абонента может быть выражено в любой форме, однако такая форма согласия должна быть достаточной для идентификации такого согласия и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного рекламодателя (см. абзац четвертый п. 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленуме ВАС РФ указано, что согласие абонента 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 постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Согласно части 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушения части 1 статьи 18 несёт рекламодатель.

На заседании Комиссии представитель ООО «ЮСК» пояснила, что 01.11.2021г. между ООО «Южная Сервисная компания» и ООО «Частное охранное предприятие «Гарантия-Волгоград» был заключен договор №ЮСК-31ГВ на оказание услуг по предоставлению сервиса SMS-уведомлений. ООО «Южная Сервисная компания» являлось Исполнителем по договору, а ООО «Частное охранное предприятие «Гарантия-Волгоград» - Заказчиком.

В соответствии с п. 1.1 договора, Исполнитель принимает на себя обязательства по оказанию услуг по предоставлению сервиса SMS-уведомлений в порядке и условиях, определенных настоящим договором и приложениями к нему, а Заказчик обязуется принять и оплатить оказанные услуги в соответствии с условиями настоящего договора.

В соответствии с п. 1.5. настоящего договора, текст SMS-уведомлений определяется Заказчиком самостоятельно.

ООО «Южная Сервисная компания» предоставило ООО «Частное охранное

предприятие «Гарантия-Волгоград» сервис смс-уведомлений для автоматической рассылки смс-сообщений Заказчика. Сведения о перечне абонентов, которым принадлежит осуществить рассылку смс-сообщений предоставляются ООО «Частное охранное предприятие «Гарантия-Волгоград» в адрес ООО «Южная Сервисная компания» в виде единого загружаемого в систему файла. Вместе с тем, ООО «Южная Сервисная компания» не проверяет и не определяет содержание, а также не устанавливает перечень пользователей для смс-рассылки.

Представитель ООО «Частное охранное предприятие «Гарантия-Волгоград» пояснила, что являясь рекламодателем, ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград» в соответствии с п. 1.5 договора осуществляло формирование и отправку смс-сообщений только тем пользователям, которым дали свое предварительное согласие на получение рассылки.

Содержание, текст и объем рекламного сообщения, определены и установлены ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград» самостоятельно, в соответствии с п. 2.1.5 Договора. Номер контактного телефона в тексте смс-сообщения принадлежит ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград».

После осуществления потенциальным клиентом – (физическим лицом 2) телефонного звонка в ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград», его номер был ошибочно включен сотрудниками в список информационной смс-рассылки, при ручном формировании списка абонентов, выразивших свое согласие.

Между тем, ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград» признает отсутствие предварительного согласия на получение рекламы от гр. (физического лица 2), необходимого в соответствии с требованиями части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а информационная смс-рассылка была отправлена ему ошибочно. Сама смс-рассылка не носила массовый характер. Так же, подтверждаем, что согласно п. 2.1.2. и п. 6.3. договора, исключительно ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград» как Заказчик несет всю ответственность за отправку и содержание смс-сообщений, в случае нарушения законодательства РФ.

Представитель ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград» сообщила, что телефонный номер гр. (физического лица 2) в настоящий момент исключен из списка смс-рассылки, распространение информационных сообщений по его номеру телефона не осуществляется.

Таким образом, Комиссия Татарстанского УФАС России прекращает рассмотрение дела в отношении ООО «ЮСК».

Согласно части 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушения части 1 статьи 18 несёт рекламодатель.

Рекламодателем признан ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград».

На момент рассмотрения дела №016/05/18-191/2022 в материалах дела имеется подтверждение прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, Комиссией Татарстанского УФАС не установлены основания для выдачи предписания.

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

РЕШИЛА:

Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград» при помощи смс-сообщения на мобильный номер (<...>) 03.12.2021 года в 16:59 с текстом: «--Добрый день! Ваш личный менеджер по вопросу безопасности (физическое лицо 1) , salesb2b@delta.ru стац.<...>, Предоставляем услуги: пультовой охраны, пожарной сигнализации, систем видеонаблюдения, СКУД и автомониторинг», поскольку в ней нарушены требования ч. 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе ООО «ЧОП «Гарантия-Волгоград» не выдавать.

Производство по делу в отношении ООО «ЮСК» прекратить.

Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 07 апреля 2022 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии: <...> –(должностное лицо);

Члены Комиссии: <...> –(должностное лицо);

<...> –(должностное лицо);