

### **РЕШЕНИЕ по делу № 076/05/18-79/2019**

«05» июня 2019 года

г. Ярославль

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя Управления Гудкевич Е. В.,

члены Комиссии – начальник отдела контроля органов власти и рекламы Семенюк А. В., главный специалист-эксперт Солодяшкина С.Д.,

**рассмотрев дело № 076/05/18-79/2019 по признакам нарушения законодательства о рекламе по факту рассылки смс-сообщения рекламного характера без согласия абонента на его получение,**

#### **УСТАНОВИЛА:**

**ООО «Нева Брендинг», привлеченное к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, на рассмотрение дела не явилось, представителей не направило, уведомлено надлежащим образом.**

**ООО «Нева Брендинг» направлено ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя данной организации в связи с невозможностью явки.**

В соответствии с пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие указанного лица.

29.05.2019 г. в соответствии с пунктом 3.44 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12, в рассмотрении дела № 076/05/18-79/2019 объявлялся перерыв до 15 часов 00 минут 05.06.2019 г.

05.06.2019 г. в 15 часов 00 минут рассмотрение дела № 076/05/18-79/2019 продолжено.

Дело возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), поскольку указанное смс-сообщение получено абонентом без согласия на его получение.

**Рассмотрев материалы дела, представленные документы и пояснения**

**ООО «Нева Брендинг», Комиссия**

пришла к следующим выводам.

**Ярославским УФАС России в связи с поступившим 11 февраля 2019 года обращением установлен факт распространения рекламного сообщения следующего содержания: «Дарим скидку 200 р. на любой заказ от 1000 р. КОД: S200 2b.ru/11», поступившей 07.02.2019 г. в 13.47 от отправителя «2-berega» через смс-центр +7-904-349-00-04 на номер абонента на его получение.**

Согласно пункту 1 части 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

Исходя из содержания рассматриваемой информации, она адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к акции, по заказу продукции на сайте 2b.ru, формирование и поддержание интереса к данному объекту рекламирования и продвижения его на рынке, и, следовательно, эта информация является рекламной.

В соответствии с частью 1 статьи 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.

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

Получение указанного смс-сообщения 07.02.2019 г. в 13.47 от отправителя «2-berega» через смс-центр +7-904-349-00-04 на номер подтверждается в информации, предоставленной оператором заявителя ОАО «Теле2 Санкт-Петербург» (вх. № 2016 от 07.03.2019 г.), а также соответствующим скриншотом, предоставленным самим заявителем.

Кроме того, ОАО «Теле2 Санкт-Петербург» в ответе на запрос Ярославского УФАС России сообщило, что рассылка смс-сообщения с рекламой осуществлялась АО «Загрузка» в рамках договора № 217/SMS-BULK от 01.06.2015 г. Копия указанного договора представлена в материалы дела.

Согласно пунктам 3.2.8, 3.2.9 данного договора заказчик АО «Загрузка» обязуется инициировать смс-рассылки с соответствующим сервисом только в отношении тех абонентов которые выразили заказчику или клиентам заказчика свое согласие на получение такого сервиса, путем совершения действий однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление; осуществлять смс-рассылки только через оборудование заказчика, подключенное к смс-центру посредством каналов связи, указанных в заказе.

В соответствии с пунктом 6. 1 договора стороны признают, что содержание сервисов, направляемых абонентам в рамках смс-рассылки, а равно их достоверность и происхождение, включая установление лица, в интересах которого осуществляется смс-рассылка находится исключительно в зоне ответственности заказчика.

АО «Загрузка» в ответе на запрос Ярославского УФАС России сообщило, что рассылка была осуществлена ООО «Рапporto» в рамках договора № СМС-10/17 от 01.03.2017 г. Копия указанного договора представлена в материалы дела.

Также АО «Загрузка» сообщило, что по информации, поступившей от ООО «Рапporto», рассылка осуществлялась ООО «Нева Брендинг» по договору №НБ-01/19 от 23.01.2019 г.

Кроме того, представлены письменные пояснения ООО «Нева Брендинг», в которых указано, что оформляя заказ на изготовление и доставку продукции компании «2 Берега» абонент, согласился с условиями оказания услуг, с которыми он имел возможность ознакомиться на сайте компании в сети Интернет. Заказывая услугу, клиент соглашается с настоящими правилами без каких-либо оговорок и ограничений. Абонент в момент оформления заказа, выразил свое согласие на обработку персональных данных путем нажатия кнопки, подтверждающей предоставление такого согласия, отсутствие которого не дает возможности продолжить оформление заказа.

Согласно пунктам 2.1, 2.1.1 договора № СМС-10/17 от 01.03.2017 г., заключенного между АО «Загрузка» и ООО «Рапporto», заказчик ООО «Рапporto» поручает, а исполнитель АО «Загрузка» берет на себя обязательства по оказанию заказчику услуг по предоставлению заказчику доступа к КПИ для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы заказчика либо клиента заказчика, формируемых и отправляемых заказчиком, для дальнейшей отправки смс-сообщений заказчику абонентам.

В соответствии с пунктами 3.1, 3.1.3, 3.1.4 указанного договора заказчик ООО «Рапporto» обязуется самостоятельно определять объект (предмет) рассылки, а также содержание смс-сообщения, получателя, время рассылки; не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению спам, в частности, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствует.

В пункте 7.2 данного договора указано, что ответственность за формирование, содержание, определение получателя, время, отправку смс-сообщений несет заказчик. Услуги исполнителя по настоящему договору являются технологическими. Исполнитель не вправе осуществлять проверку направляемых заказчиком через КПИ сообщений.

ООО «Нева Брендинг» в материалы дела представлены копии договора №НБ-01/19 от 23.01.2019 г., акта оказанных услуг № НБ-02/19 от 28.02.2019 г., платежных поручений с 11.04.2019-22.05.2019.

В пункте 2.1 договора №НБ-01/19 от 23.01.2019 г., заключенного между ООО «Нева Брендинг» и ООО «Рапporto», агрегатор ООО «Рапporto» за обусловленную плату предоставляет заказчику ООО «Нева Брендинг» доступ к системе Rapporto, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов различных смс-рассылок, управление ими и прочее.

Согласно пунктам 2.3, 2.5, 5.5 данного договора формирование текста сообщений и создание списков телефонных номеров

абонентов для отправки/доставки сообщений производится заказчиком в системе самостоятельно; заказчик гарантирует наличие согласий от абонентов на получение ими коротких текстовых сообщений, рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи. В случае направления абонентам рекламных сообщений заказчик также гарантирует наличие согласия абонентов на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи; агрегатор не несет ответственности за содержание сообщений, рассылаемых заказчиком с использованием системы.

Кроме того, ООО «Нева Брендинг» также представлены письменные пояснения, в которых указано, что рассылка рассматриваемого смс-сообщения с рекламой как раз в рамках представленного договора №НБ-01/19 от 23.01.2019 г., заключенного между ООО «Нева Брендинг» и ООО «Раппорто».

Также в пояснениях ООО «Нева Брендинг» указано, что данная организация является рекламной компанией, оказывающей услуги по продвижению продукции под знаком обслуживания «2 БЕРЕГА» на рынке общественного питания на основании соответствующих договоров с изготовителями этой продукции. Рекламирование осуществляется, в том числе путем направления рекламных предложений бренда «2 БЕРЕГА» через смс-сообщения потребителям, которые заказывали данную продукцию ранее.

Абонентом был оформлен заказ на приготовление и доставку продукции «2 БЕРЕГА» с использованием указанного номера мобильного телефона согласно ассортименту, размещенному на сайте 2-berega.ru. Заказ абонентом был оформлен на сайте 2-berega.ru, на котором в процессе оформления заказа данный абонент предоставил свои персональные данные, необходимые компании для исполнения его заказа.

Оформляя заказ на изготовление и доставку продукции «2 БЕРЕГА», абонент согласился с правилами оказания услуг, установленными компанией, с которыми он имел возможность ознакомиться на сайте в сети Интернет по адресу <http://2-berega.ru/o-nas/rules>, имеющих юридическую силу публичной оферты. Размещенные на сайте правила оказания услуг действуют в отношении всех заказов клиентов продукции «2 БЕРЕГА», указанной на сайте и в мобильном приложении. Заказывая услугу по приготовлению и доставке продукции, клиент соглашается с настоящими правилами без каких-либо оговорок и ограничений.

Согласно пункту 9.1 правил оказания услуг, предоставляя свои персональные данные при оформлении заказа продукции, потребитель соглашается на их обработку исполнителем, в том числе в целях продвижения продукции и услуг, а также дает согласие на получение информационных и рекламных сообщений в виде смс, электронных писем и иных форм подачи информации.

Политикой конфиденциальности компании предусмотрено, что пользователь имеет право отменить ранее данное согласие на обработку персональных данных путем направления сообщения по форме обратной связи, размещенной на сайте. В случае получения сообщения об отмене согласия на обработку персональных данных пользователя администрация сайта принимает незамедлительные меры к исключению персональных данных пользователя из базы данных и прекращает их обработку любым способом, кроме случаев, предусмотренных законом. До настоящего времени обращений указанного абонента об отзыве своего согласия на обработку персональных данных не поступало. Номер мобильного телефона абонента исключен из базы рассылки ООО «Нева Брендинг», о чем абонент был проинформирован клиентской службой «2 БЕРЕГА».

В связи с указанным, ООО «Нева Брендинг» полагает, что рассматриваемое смс-сообщение с рекламой было отправлено абоненту с его предварительного согласия.

**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 N 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 рекламодателя/распространителя.

Сам факт оформления заказа продукции компании «2 БЕРЕГА» 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/распространителя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Нахождение оформления заказа продукции компании «2 БЕРЕГА» в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по подаче заявки на получение займа 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 отношения к оформлению заказа продукции компании «2 БЕРЕГА» 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 «2 БЕРЕГА» 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 ФЗ «О рекламе».

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 данного закона несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

ООО «Нева Брендинг» также представлены письменные пояснения, в которых указано, что рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Красный курьер» на основании договора № 96/03-03 об оказании маркетинговых услуг от 05.07.2018 г. Копия указанного договора представлена в материалы дела.

На основании изложенного, а также имеющихся в материалах дела документов и пояснений, в соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Нева Брендинг».

Следовательно, ООО «Нева Брендинг» как рекламодатель рассматриваемой рекламы нарушило требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей.

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 4, 37-43, 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

#### РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «Дарим скидку 200 р. на любой заказ от 1000 р. КОД: S200 2b.ru/11», поступившую 07.02.2019 г. в 13.47 от отправителя «2-berega» через смс-центр +7-904-349-00-04 на номер без согласия абонента на ее получение, поскольку в данном случае нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с добровольным устранением нарушения.

Решение изготовлено в полном объеме «20» июня 2019 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

Е. В. Гудкевич

Члены Комиссии:

С.Д. Солодяшкина

А. В. Семенюк