

Исх. №ВЧ-08/2246 от 13.03.2023 г.

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 № 016/05/18-1735/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «АГРОТОРГ» (ИНН 7825706086, юридический адрес: 191025, г. Санкт-Петербург, Невский пр-кт, д.90/92) по факту распространения рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы, что имеет признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», (далее – Закон «О рекламе»)

в присутствии представителя по доверенности ООО «Агроторг» - <...>

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от <...> (вх. № 15172/ж от 08.12.2022) по факту распространения рекламных сообщений на мобильный номер заявителя (<...>) с буквенного номера «Pyaterochka» 19.11.2022 в 11:46 с текстом: «25% кешбэк баллами за покупку Alpen Gold от 2 штук lp.5ka.ru/ag25/», 26.11.2022 в 11:41 с текстом «350 баллов за покупку любого печенья Юбилейное до 2.12 lp.5ka.ru/u2», 30.11.2022 в 15:46 с текстом «500 баллов за Oreo, Milka и другие от 150 руб. в чеке lp.5ka.ru/mnd/», что имеет признаки нарушения Закона «О рекламе».

<...>

Согласно представленным в адрес Управления сведениям, на личный номер заявителя, а именно на номер телефона <...>, 19.11.2022 в 11:46, 26.11.2022 в 11:41, 30.11.2022 в 15:46 поступили смс рекламного характера.

Объектом рекламирования является – магазин «Пятерочка».

Сообщение рекламного характера поступило с буквенного номера Pyaterochka, что подтверждается скриншотом.

Управлением был направлен запрос в адрес ООО «АГРОТОРГ».

В адрес Управления 27.01.2023 г. поступили письменные пояснения ООО «Агроторг» (вх. №896). Исходя из содержания, которых следует, что до марта 2022 года техническое обслуживание и работа программы лояльности магазинов «Пятерочка» осуществлялась зарубежными подрядчиками Comarch и SAS. Указанные компании-разработчики покинули рынок РФ в марте 2022 года, остановив обслуживание бонусной системы. Вследствие чего начались технические проблемы программы лояльности «Выручай-карта», о чем Общество уведомяло покупателей посредством: публикаций в СМИ, размещения объявлений у касс, уведомления в приложении и в социальных сетях.

С уходом с рынка зарубежных компаний, ООО «Агроторг» потеряла возможность работать с бонусной программой, в связи с чем 29.06.2022 года Общество запустило пилот новой программы лояльности на основе процессинговой платформы российской разработки Loytux 29.

Также Общество сообщило, что у ООО «Агроторг» имелось согласие заявителя на получение СМС-рассылок. Однако Общество из-за невозможности на данный момент использовать прежний интерфейс не может представить подтверждение наличия согласия на получение рекламных

сообщений.

Вместе с тем, СМС-рассылки в адрес <...> были отключены 26.12.2022 года, в связи с обращением заявителя в контактный центр Общества.

18.08.2022 г. в 12:15 ч. в адрес контакт-центра поступил звонок от <...> с просьбой отключить рекламные рассылки: email, SMS (№ 20019856). Запрос был принят работу, но из-за указанных выше технических проблем исполнить запрос не удалось. 02.09.2022 г. в 14:20 ч. в адрес <...> был направлен ответ: «Изменение данных по Выручай-картам временно недоступно из-за технических сложностей на стороне внешнего подрядчика. Мы сможем это сделать, как только найдем решение и восстановим работу сервиса...». В последующем <...> были созданы еще две заявки на отказ от рекламных рассылок 05.09.2022 г. в 16:37 ч. и в 16:38 ч. Указанные заявки были закрыты в связи с невозможностью технического решения проблемы. 16.11.2022 г. в 13:33 ч. была вновь создана заявка № 24159690 об отказе от рекламных рассылок. 21.11.2022 г. в 13:30 ч. данная заявка была закрыта и в адрес <...> было направлено сообщение: «Добрый день! Рекламная рассылка будет отключена в течение 30 дней...». Рекламная рассылка СМС-сообщений была отключена 26.12.2022 года.

Таким образом, заявитель 18.08.2022 обратился в ООО «Агроторг» с просьбой отключить рекламные рассылки, тем самым отказался от получения рекламных рассылок. Однако СМС-рассылки рекламного характера продолжали поступать в адрес заявителя 19.11.2022 в 11:46, 26.11.2022 в 11:41, 30.11.2022 в 15:46, что подтверждается детализацией услуг связи.

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 звонков.

Вместе с тем, нарушение законодательства о рекламе может быть устранено любым лицом, которое может прекратить распространение рекламы.

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 распространения рекламных сообщений 19.11.2022 в 11:46, 26.11.2022 в 11:41, 30.11.2022 в 15:46 на мобильный номер заявителя (<...>), является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

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

Согласно пункту 35 статьи 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 выступает услуги по увеличению продаж и настройке рекламы на Озон.

- 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 частью 2 статьи 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.

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 (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе).

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 (статья 1 Закона о рекламе).

Абонент согласно пункту 1 статьи 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.

Рекламодатель, 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 (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе).

При этом законодатель закрепил обязанность рекламодателя немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (часть 1

статьи 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 пункта 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленума 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.

Документы, подтверждающие в рассматриваемом случае наличие согласия со стороны заявителя на получение спорной рекламы рекламодателем не представлены.

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

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

Рекламодателем является ООО «Агроторг».

На момент рассмотрения дела № 016/05/18-131/2023 в материалы дела имеются подтверждения прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, Комиссией Татарстанского УФАС не установлены основания для выдачи предписания.

На заседании Комиссии представитель ООО «Агроторг» дал пояснения, исходя из содержания, которых следует, что Обществом согласие на получение рекламных рассылок от заявителя было получено, однако материалы, подтверждающие наличие согласия, отсутствуют. Вместе с тем, в адрес Общества 18.08.2022 поступил звонок от Хабибулиной Г.Ю. с просьбой отключить рекламные рассылки, однако Общество из-за технических проблем не смогло своевременно отключить рассылку рекламных сообщений. Рекламная рассылка СМС-сообщений была отключена 26.12.2022 года. Кроме того, лиц, отозвавших согласие на получение рекламы было порядка 20.

Комиссия Татарстанского УФАС России отмечает, что заявитель отозвал свое согласие на получение рекламных рассылок 18.08.2022, однако сообщения рекламного характера продолжали поступать на номер заявителя и были отключены только спустя 4 месяца - 26.12.2022. ООО «Агроторг» располагало информацией об отзыве согласия заявителя и еще 20 лиц, однако продолжало рассылку рекламных сообщений, руководствуясь коммерческими интересами. Довод Общества относительно отсутствия технической возможности для отключения рекламных сообщений не обоснован, так как Общество создавало, обновляло тексты рекламных сообщений, а затем рассылало их. Отсюда следует, что Общество технически могло отключить рассылку в целом, но не посчитало нужным сделать это, ссылаясь на количество лиц, отозвавших свое согласие – их было всего 20. Данный довод подтверждается аудиозаписью с заседания Комиссии.

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:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «Агроторг» на мобильный номер заявителя (<...>) с буквенного номера «Рyatepochka» при помощи смс-сообщения 19.11.2022 в 11:46 с текстом: «25% кешбэк баллами за покупку Alpen Gold от 2 штук lp.5ka.ru/ag25/», 26.11.2022 в 11:41 с текстом «350 баллов за покупку любого печенья Юбилейное до 2.12 lp.5ka.ru/u2», 30.11.2022 в 15:46 с текстом «500 баллов за Oreo, Milka и другие от 150 руб. в чеке lp.5ka.ru/mnd/», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

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

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

Решение изготовлено в полном объеме 13 марта 2023 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)