

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

РЕШЕНИЕ №072/05/18-1/2020

15.04.2020 г. г. Тюмень

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

Председатель Комиссии: - заместитель руководителя управления – начальник отдела КСЗ;

- заместитель начальника отдела КСЗ;

Члены Комиссии:

- ведущий специалист-эксперт отдела КСЗ,

рассмотрев дело № 072/05/18-1/2020 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие:

- заявителя – *** (уведомлен надлежащим образом);

- лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе;

- ООО «***» (уведомлено надлежащим),

- АО «***» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступило заявление гражданина *** (вх. № от .. г.), указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В заявлении указывается, что на абонентский номер <...> зарегистрированный за гражданином, поступило SMS-сообщение рекламного характера следующего содержания: «Черная пятница в Бубль-Гум! Только с 29.11.19 по 1.12.19 СКИДКИ до 70%», дата и время: 28.11.2019 г. в 12:06 от *** через SMS-центр ***.

Вместе с тем, ООО «***» представило письменные пояснения, из которых следует, что инициатором рассылки данного смс-сообщения является АО «***», в соответствии с договором № 480/13 от 01.11.2013 года, заключенным между ООО «***» (Исполнитель) и АО «***» (Заказчик), Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к Системе, под Системой понимается принадлежащий Исполнителю программно-аппаратный комплекс, который позволяет обрабатывать Сообщения.

Согласно п. 5.3. Договора «ответственность за содержание отправляемых

Заказчиком сообщений несет сам заказчик. Исполнитель обеспечивает пропуск через свою Систему Сообщений в их неизменном содержании и объеме, без толкования, редактирования или цензурирования, в связи с этим ответственность за включение в Сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика».

Согласно п. 3.2.2 Договора **Заказчик** обязан получить от Абонента, на телефон которого Заказчик планирует осуществлять отправку Сообщений с информацией Заказчика, предварительное **согласие Абонента**.

Комиссия, рассмотрев материалы дела №072/05/18-1/2020, пришла к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ (далее – Закон о рекламе), рекламой является 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 и поддержания 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; товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Реклама является средством продвижения товаров, работ и услуг, а также самого изготовителя или продавца рекламируемого товара на определенном рынке. Вместе с тем способ, форма и средства распространения соответствующей информации имеет существенное значение. Ненадлежащей рекламой согласно подпункту 4 статьи 3 Закона о рекламе является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Таким образом, рассматриваемая информация является рекламой, где **объектом** рекламирования является гипермаркет детских товаров «Бубль-Гум».

В соответствии с частью 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.

Согласно Письму ФАС от 11.11.2019г № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О

рекламе» следует, что согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах и информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение указанного требования статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В материалы дела, надлежащего согласия ООО «***» и АО «***» не представило. Таким образом, в распространении вышеуказанной рекламы содержатся признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Согласно сведениям, представленным ПАО «М**» рассылка смс-сообщения осуществлена по инициативе **заказчика рассылки - ООО «***»** (адрес местонахождения: 115088, г. Москва, проезд ***, д. 20А, строение 4*, подъезд 1*, эт.* , п.2, ОГРН ***) в соответствии с Договором от 12.12.2017 г.

Вместе с тем, ООО «***» предоставил письменные пояснения из которых следует, что смс-сообщение абоненту +*** было отправлено по инициативе **АО «***»** в соответствии с договором № 480/13 от 01.11.2013 года, заключенным между ООО «***» (Исполнитель) и АО «***» (Заказчик), Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к Системе, под Системой понимается принадлежащий Исполнителю программно-аппаратный комплекс, который позволяет обрабатывать Сообщения.

Также ООО «***» пояснило, что не может получить согласие самостоятельно или каким-либо образом взаимодействовать с абонентом, т.к информация об абоненте, необходимая для получения согласия, будет противоречить законодательству о защите персональных данных, т.к Общество самостоятельно не взаимодействует с указанным лицом, не предоставляет ему услуги и не распространяет рекламу чьих-либо товаров, работ, услуг.

Комиссия указанный довод ООО «*» не принимает во внимание в силу нижеследующего.**

Так, при заключении Договора от 12.12.2017г, согласно **п.3.3.3.** Заказчик рассылки до начала оказания своей Услуги обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями смс-сообщений путем регистрации Пользователя в информационных системах Заказчика рассылки. Кроме того, согласно **п.3.4.1** Заказчик рассылки имеет право привлекать третьи лица для оказания услуг Заказчика рассылки и обработки исходящих смс-сообщений, посредством предоставления им доступа только к своему оборудованию. При этом Заказчик рассылки несет ответственность за их работу. Как за свою собственную и оплачивает из собственных средств.

Таким образом, ООО «***» обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Договора от 12.12.2017г обязательствах перед ПАО «М**». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента Курманова П.А. на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ООО «***» не представлено.

Вместе с тем, АО «***» представило письменные пояснения, из которых следует, что рассылка указанного в Определении сообщения осуществлялась по заказу ПАО «М***» в рамках дополнительного соглашения №2 от 09.01.2017 к Генеральному соглашению № 4 от 01.01.2017, по которому Общество оказывает ПАО «М***» услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов абонентов ПАО «М***».

Согласно п. 2.6, п. 3.8 Дополнительного соглашения ПАО «М***» обязуется получить согласие абонентов, среди которых предполагается осуществить распространение рекламно-информационных материалов и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов, у которых такое согласие было получено.

В свою очередь заказ на указанную в Определении рассылку у ПАО «М***» осуществил корпоративный клиент ПАО «М***» - ИП *** (ИНН ***, ОГРНИП ***, адрес местонахождения: ***, Приморский край, г. Владивосток, ул. Сабанеева, д. **, кв. **), по заключенному с ПАО «М***» договору оказания услуг связи подключенной услуги «Мегафон.Таргет». Соответственно, рассылка была инициирована ИП *** сформировавшим текст смс-сообщения и выбравшим в качестве получателя ***.

Вместе с тем, **в связи с истечением срока рассмотрения дела №072/05/18-1/2020** привлечь к участию в деле ПАО «М***» (адрес: ***, г. Москва, Переулок Оружейный, дом *, ОГРН ***), ИП *** (ИНН ***, ОГРНИП ***, адрес местонахождения: ***, Приморский край, г. Владивосток, ул. Сабанеева, д. *, кв. *), в качестве лиц в действиях которых содержатся признаки нарушения Закона о рекламе **не представляется возможным.**

Кроме того, Комиссия указанный довод АО «*» не принимает во внимание в силу нижеследующего.**

Согласно **п.3.2.2.** Договора №480/13 оказания услуг предоставления доступа к Системе и обработки данных от 01.11.2013, Заказчик обязан получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка Сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких Сообщений.

Таким образом, АО «***» несет персональную ответственность перед ООО «***» и должно отправлять информацию только при наличии согласия Абонентов.

Кроме того, Договор №480/13 оказания услуг предоставления доступа к Системе и обработки данных от 01.11.2013, не содержит положений, в соответствии с которыми АО «***» имеет право передавать обязанность по получению согласия Абонентов на получение рекламной информации другим лицам.

Проанализировав последовательность договорных отношений между АО «***», ООО «***» прослеживаются взаимосвязанные действия рекламораспространителей и непосредственное участие АО «***» в распространении SMS-сообщения, содержащего рекламу.

Отсутствие АО «***» в цепочке рекламораспространителей привело бы к невозможности доставки спорного SMS-сообщения абоненту.

Исходя из заключенных соглашений Общество осуществляло фактическое

доведение сведений об услугах до абонента, то есть являлось рекламодателем, чем прямо опровергается довод заявителя об обратном

Таким образом, ООО «***» и АО «***» при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений и (или) телефонных звонков пользователям, обязаны иметь согласие пользователей на получение телефонных звонков, оформленное документально, т.е. письменное согласие, следовательно, ООО «***» и АО «***» являются рекламодателями, которыми нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Учитывая, что в материалы дела не представлено письменное согласие абонента на получение sms-сообщений рекламного характера, в действиях ООО «***» и АО «***» содержатся нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **рекламодатель** – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение рекламодателя в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Однако, по смыслу приведенной нормы права необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Согласно материалам дела ООО «***» и АО «***» являются рекламодателями.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая, что в материалах дела отсутствуют доказательства того, что на абонентский номер <...> продолжают поступать звонки рекламного характера от

Voobl_goom через SMS-центр +***, Комиссия считает выдачу предписания нецелесообразной.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу гипермаркета детских товаров «Бубль-Гум», распространенную путем направления смс-сообщения абоненту *, * г. в 12:06 от Voobl_goom через SMS-центр *, *., **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушений требований законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с отсутствием оснований для его выдачи.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме _____ года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии ***

Члены комиссии
