

Исх. №АР-08/6454 от 02.07.2024 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 №016/05/18-673/2024 по признакам нарушения законодательства о рекламе по факту распространения 20.02.2024 года в 17 часов 40 на телефонный номер заявителя <...> с буквенного номера «<...>» сообщения рекламного характера, что имеет признаки нарушения Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от <...> (вх. №2624 от 15.03.2024) по факту распространения СМС-рассылки рекламных сообщений на мобильный номер заявителя <...> с буквенного номера «<...>»<...>.

Факт поступления сообщения подтверждается скриншотом.

<...>

Буквенный номер «<...>» принадлежит сотовому оператору ООО «Т2 Мобайл»

Управлением был отправлен запрос в ООО «Т2 Мобайл», для установления владельца номера, с которого было направлено сообщение рекламного характера.

Согласно информации, предоставленной ООО «Т2 Мобайл», по результатам проверки установлено, что <...> на абонентский номер <...> поступило смс-сообщение от отправителя «<...>».

Короткий символьный номер «<...>» используется для информирования абонента о подключении, отключении, управлении услугами в рамках тарифного плана и иных выгодных предложениях, и является техническим сервисным номером, используемым Обществом для направления информационных сообщений абонентам.

Полученное абонентом смс-сообщение носило информационный характер и было направлено с целью информирования абонентов Tele2 о программе лояльности «Больше».

Информационные смс-сообщения о программе «Больше» не являются рекламными сообщениями.

ООО «Т2 Мобайл» оказывает абонентам услуги связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с Гражданским Кодексом РФ, ФЗ «О связи» № 126-ФЗ от 07.07.2003, Правилами оказания услуг телефонной связи, утв. Постановлением Правительства РФ № 1342 от 09.12.2014. Неотъемлемыми частями договора являются регистрационная форма абонента. Условия оказания услуг связи (далее - Условия) и выбранный абонентом тарифный план.

При заключении договора абонент, которому выделен абонентский номер <...>, подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг связи.

Согласно п. 3.2.9. Условий абонент вправе согласиться на получение (отказаться от получения) от Оператора и иных лиц рекламной информации, распространяемой по сетям связи, в случаях, когда необходимость получения такого согласия предусмотрена законодательством РФ. К рекламной информации не относится информация, размещаемая на сайте Оператора и в личном кабинете об Операторе, предлагаемых услугах, условиях специальных предложений для Абонентов, доведение которой до Абонента Оператором обязательно в соответствии с требованиями законодательства РФ.

Согласно бланка договора об оказании услуг связи от <...>, <...> проставил отказ (поставил галочки) о несогласии на:

использование сведений об Абоненте для оказания справочных и иных информационных услуг Оператором или третьими лицами;

возможность получения от Оператора и иных лиц рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

Согласно п.13 Правил оказания услуг телефонной связи, утв. Постановлением Правительства РФ № 1342 от 09.12.2014, Оператор связи вправе уполномочить третье лицо (агента) заключить договор об оказании услуг связи (далее по тексту - «Договор»), а также осуществлять расчеты с абонентами и иные действия по обслуживанию абонентов от имени Оператора связи.

Во исполнение указанного правомочия ООО «Т2 Мобайл» заключило агентский договор № 1/МВ от 25.11.2015г., Соглашение от 01.05.2017г. о замене стороны по агентскому договору № 1/МВ от 25.11.2015г., Соглашение от 01.04.2020г. о замене стороны по агентскому договору № 1/МВ от 25.11.2015г., Соглашение от 01.12.2022г. о перемене лиц в обязательстве по агентскому договору № 1/МВ от 25.11.2015г. с агентом - ООО «БП» (ОГРН 1221600063442, юрид.адрес: Респ. Татарстан, г. Казань, ул. Профессора Мухамедьярова, зд. 31 И, офис 401).

Договор с абонентом <...> по абонентскому номеру <...> от имени Оператора связи был заключен агентом ООО «БП» (ОГРН 1221600063442), выполняющим поручение Оператора связи о подключении абонентов на основании агентского договора.

На лицо, действующее от имени Оператора связи, ФЗ «О связи» и Правилами возложена обязанность осуществлять заключение договоров об оказании услуг связи в строгом соответствии с условиями Договора, Стандартов и Руководства, Инструкций, разработанных Оператором связи. Агент обязан осуществлять занесение сведений об Абоненте в объеме, предусмотренном Договором об оказании услуг связи и системой. Агент обязуется обеспечить полное и точное внесение сведений об Абонентах в биллинговую систему посредством доступа к системе.

По результатам проверки установлено, что сотрудник дилера (агента) ООО «БП» не проставил в биллинговой системе отказы, выраженные абонентом <...> при заключении договора на использование сведений об Абоненте для оказания справочных и иных информационных услуг Оператором или третьими лицами, возможность получения от Оператора и иных лиц рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

Информационное сообщение в рамках программы «Больше» было направлено абоненту <...>, как полагал оператор, с явно выраженного абонентом согласия при заключении им договора об оказании услуг связи.

Таким образом, ООО «Т2 Мобайл» исходило из презумпции добросовестности дилера (агента), достоверности внесенных им сведений в систему оператора и, соответственно, наличия согласия абонента <...> на получение рекламы.

Однако, <...> заключил Договор об оказании услуг связи непосредственно с ООО «Т2 Мобайл», согласно приложенным материалам и проставил отказ (поставил галочки) о несогласии на:

использование сведений об Абоненте для оказания справочных и иных информационных услуг Оператором или третьими лицами;

возможность получения от Оператора и иных лиц рекламной информации, распространяемой по сетям 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 рекламных звонков.

Вместе с тем, нарушение законодательства о рекламе может быть устранено любым лицом, которое может прекратить распространение рекламы. В данном случае таким лицом, причастным к распространению рассматриваемой рекламы, ООО «Т2 Мобайл».

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

Доводы ООО «Т2 Мобайл» о том, что сообщение не направлено на рекламирование товара, так как полученное абонентом смс-сообщение носило информационный характер и было направлено с целью информирования абонентов Tele2 о программе лояльности «Больше» – несостоятельны, так как привлекает клиентов и/или стимулирует на совершение новых покупок.

Кроме того, проанализировав содержание смс-сообщения, Комиссия пришла к выводу о том, что наряду с сообщением о программе лояльности «Больше», письмо содержит иные сведения, а именно ссылку <...>, содержащую все скидки и кэшбэки, подарки от партнеров, а также иные услуги, направленные на привлечение внимания получателя письма к деятельности отправителя.

Таким образом, доводы ООО «Т2 Мобайл» о том, что письмо не направлено на рекламирование товара или бренда, так как оповещает Заявителя Tele2 о программе лояльности «Больше» – несостоятельны, поскольку безвозмездным предоставлением программы лояльности «Больше» ООО «Т2 Мобайл» привлекает новых клиентов и/или стимулирует совершить новые покупки «старых»/«имеющихся» клиентов. Более того, на безальтернативной основе периодически сообщает (напоминает) клиентам о возможности получения кэшбэков при совершении покупок в его магазинах-партнерах, исключая возможность клиентов отказаться от получения такого рода сообщений ссылаясь на то, что такие сообщения носят информационный характер.

Таким образом, Комиссия полагает, что в данном случае спорное сообщение, несмотря на формальное наличие информации справочного характера, в совокупности всех обстоятельств в любом случае направлено на привлечение внимания клиента.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством рекламного звонка на мобильный телефон 20.02.2024 года, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы.

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, предоставляемые ООО «Т2 Мобайл».

- 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 рекламном звонке заявителю, не обращена к конкретному потребителю, из содержания звонка не следует, что оно было адресовано 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.

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 (ч. 1 ст. 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 (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.

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 (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 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 рекламораспространителя.

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.

Для признания надлежащим факта получения рекламораспространителем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть явно выраженное желание абонента, либо адресата на все получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта.

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

Необходимо отметить, что <...> – (физическое лицо) при заключении Договора об оказании услуг связи с ООО «Т2 Мобайл», согласно приложенным материалам проставил отказ (поставил галочки) о несогласии на:

использование сведений об Абоненте для оказания справочных и иных информационных услуг Оператором или третьими лицами;

возможность получения от Оператора и иных лиц рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

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

Рекламораспространителем является ООО «Т2 Мобайл». Ответственность за проверку наличия согласия абонента на получение смс-рассылки в данной ситуации возлагалась на рекламораспространителя.

На момент рассмотрения дела №016/05/18-673/2024 в материалах дела не имеется подтверждения прекращения распространения ненадлежащей рекламы. Таким образом, Комиссией Татарстанского УФАС 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:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ООО «Т2 Мобайл» при помощи рекламного сообщения <...> на мобильный номер заявителя (<...>) с буквенного номера «<...>», поскольку в ней нарушены требования ч. 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Т2 Мобайл» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 01 июля 2024 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)