

ИП <...>

Заявитель:

РЕШЕНИЕ
(по делу № 002/05/18-1359/2021)

23.07.2021 года

г. Уфа, ул. Пушкина, 95

Решение в полном объеме изготовлено «27» июля 2021 года

Комиссия Башкортостанского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель комиссии:

<...>;

Члены Комиссии:

<...>;

<...>;

рассмотрев обращение физического лица, поступившее с ЕПГУ (от 14.05.2021 № 1203683600) (вх. № 7869 от 14.05.2021, срок рассмотрения обращения продлен) о признаках нарушения требований Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан (УФАС по РБ) с ЕПГУ поступило обращение физического лица о признаках нарушения, по мнению заявителя, требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В своём обращении заявитель сообщает, что получил на номер телефона <...> нежелательные рекламные сообщения от абонента с буквенным обозначением «SushiWok» следующего содержания:

- 01.04.2021 года в 12:24: «1 кг МАКСИ роллов 585р | Выгода 41% | По 04.04 | sushiwok.ru/1muf»;

- 15.04.2021 года в 12:15: «ГОРЯЧИЙ КГ 865р | Выгода 24% | По 18.04. | sushiwok.ru/gkufa»;

- 13.05.2021 года в 12:00: «1кг МАКСИ роллов 585р | Выгода 41% | По 21.05 | sushiwok.ru/zrp».

В рамках рассмотрения поступившего заявления, УФАС по РБ был подготовлен и направлен запрос в адрес оператора связи (ПАО «Мегафон») для получения сведений (документов и материалов) подтверждающих факт поступления смс-сообщений заявителю в указанное время и дату от указанного лица, а также принадлежность абонентского номера заявителю.

03.06.2021 года от ПАО «Мегафон» посредством электронной почты поступили запрошенные сведения (документы и материалы) (вх. № 9236) подтвердившие факт принадлежности абонентского номера заявителю, а также факт поступления смс-сообщений в указанное время и дату от указанного лица. Также ПАО «Мегафон» было сообщено, что буквенное обозначение «SushiWok» выделено АО «МегаЛабс» на основании договора № РМИ-МГФ 01022020 от 01.02.2020 года. Отправка указанных сообщений (размещение рекламно-информационных материалов среди абонентов) была осуществлена по базе абонентов партнера («АО «МегаЛабс»).

22.06.2021 года АО «МегаЛабс», на запрос антимонопольного органа, посредством электронной почты представлены сведения (документы и материалы) (вх. № 10333) из которых следует, что рассылка смс-сообщений:

- 01.04.2021 года в 12:24;
- 15.04.2021 года в 12:15

была осуществлена ООО «Девино Телеком» в рамках договора № ДМИ-ДВНО-01092018 от 01.09.2018 года. Согласно условиям Договора ООО «Девино Телеком» при рассылке сообщений по базе ООО «Девино Телеком» (Клиентов ООО «Девино Телеком») 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 рамках Договора Клиент ООО «Девино Телеком» самостоятельно определяет желаемое имя отправителя, текст предполагаемого к отправке сообщения и осуществляет выбор абонента-получателя в электронной форме с помощью имеющегося у него программного интерфейса.

22.06.2021 года от оператора сотовой связи (ПАО «Мегафон») поступили дополнительные сведения (вх. № 10331, электронная почта) из которых следует, что смс-сообщение на абонентский номер поступившее 13.05.2021 года в 12:00 было отправлено ООО «Девино Телеком» в рамках договора № ДМИ-ДВНО-01092018 от 01.09.2018 года и соглашения о передаче прав и обязанностей от 01.05.2021 года.

29.06.2021 года ООО «Девино Телеком» представлена информация (вх. № 10699, электронная почта) из которой следует, что отправителем (рекламораспространителем) данных смс-сообщений выступает ИП <...>. Между ООО «Девино Телеком» и ИП заключен договор № ДТ-/028425 от 01.10.2020 года на основании которого Заказчику (ИП) предоставлен доступ к программно-аппаратному комплексу (платформе), которая позволяет клиентам осуществлять управление персональными коммуникациями со своими покупателями и заказчиками. В числе прочего функционалом платформы предусмотрена возможность самостоятельной отправки клиентом SMS-сообщений со своей

компьютерной сети на телефонные номера абонентов. В этом сценарии платформа предоставляет клиенту техническую возможность подключения к сети операторов связи для осуществления рассылки. Клиент самостоятельно формирует базу абонентов, которым он намерен осуществить рассылку SMS-сообщений (путем загрузки базы через личный кабинет), формирует текст сообщений, определяет время рассылки и инициирует отправку. Подключая такую услугу, клиент обязуется осуществить рассылки только при наличии предварительного согласия абонентов, подтвержденного документально.

Кроме этого, ООО «Девино Телеком» представлен ответ ИП <...> по факту направления указанных смс-сообщений. Из данного ответа следует, что рассылка данных сообщений была осуществлена на основании согласий, произведенных с помощью заполнения соответствующей формы на сайте, либо выраженного при оформлении заказа по телефону.

Абонент с номером телефона осуществил заказ путем заполнения 25.12.2018 формы на сайте <https://sushiwok.ru/> (приложена копия заполнения формы). Заполняя указанную форму, покупатель подтвердил своё согласие на получение смс-рассылки, о чем указано на странице заполнения формы.

05.07.2021 года УФАС по РБ принято решение о возбуждении дела № 002/05/18-1359/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. К участию в деле привлечены:

- Заявитель:

- вх. № 7869 от 14.05.2021;

- Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

- рекламодатель – ИП <...>

Рассмотрение дела назначено на 23.07.2021 года.

16.07.2021 года от ИП <...> (вх. № 11849, электронная почта) поступили запрошенные сведения (документы и материалы), в том числе письменные пояснения, в которых индивидуальный предприниматель сообщил, что отправка сообщений абоненту с номером телефона осуществлялась на основании согласия в электронной форме, полученного путем заполнения абонентом формы на сайте с проставлением отметки в поле согласия на получение смс-сообщений рекламного характера.

Согласие было дано 25.12.2018 года. За период с 25.12.2018 до июня месяца 2021 года от абонента не поступало никакого заявления об отзыве своего согласия на получение смс – сообщений. При получении претензии номер абонента незамедлительно был исключен из рассылки.

Абонент с именем Азат по своей инициативе не предоставил иной информации кроме имени, номера телефона и адреса доставки. При этом предоставленная информация была подтверждена получением абонентом продукции, заказанной с указанием имени Азат и с номера телефона .

На основании данных пояснений, ИП <...> считает, что в её действиях отсутствуют признаки административного правонарушения.

Кроме этого, от индивидуального предпринимателя поступило ходатайство о

рассмотрении дела назначенного на 23.07.2021 года без её участия.

23.07.2021 года на заседании Комиссии по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе ИП <...> не присутствовала. Ранее поступившее ходатайство (вх. № 11849 от 16.07.2021, электронная почта) удовлетворено.

Дело рассмотрено в отсутствие ИП <...>

Исследовав материалы дела, Комиссия приходит к выводу, что рекламные сообщения от абонента с буквенным обозначением «SushiWok» следующего содержания:

- 01.04.2021 года в 12:24: «1 кг МАКСИ роллов 585р | Выгода 41% | По 04.04 | sushiwok.ru/1muf»;

- 15.04.2021 года в 12:15: «ГОРЯЧИЙ КГ 865р | Выгода 24% | По 18.04. | sushiwok.ru/gkufa»;

- 13.05.2021 года в 12:00: «1кг МАКСИ роллов 585р | Выгода 41% | По 21.05 | sushiwok.ru/zrp».

направленные на номер телефона , нарушают часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». При этом Комиссия исходит из следующего.

В соответствии с пунктами 1, 2, 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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.

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.

По смыслу законодательного определения рекламой считается та информация, которая, во-первых, была распространена, во-вторых, адресована неопределенному кругу лиц, в-третьих, направляет внимание и интерес на объект рекламирования, в-четвертых, имеет цель продвинуть объект рекламы на рынок. Иными словами, реклама призвана выделить рекламируемый объект из ряда других объектов и привлечь к нему внимание, а также побуждать лиц из числа неопределенного круга, среди которых распространялась реклама, обратиться за приобретением товара.

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками:

- распространена путем использования телефонной связи (направления смс-сообщений на абонентский номер);
- является общедоступной для восприятия неопределенного круга и не является персонафицированной;
- направлена на привлечения внимания потребителей к услугам и товарам, предоставляемым соответствующим рекламодателем и осуществляемой им

деятельности (товар и услуги, реализуемые хозяйствующим субъектом «SushiWok») и способствует формированию интереса к реализуемым товарам и их продвижение на рынке;

- объектом рекламирования выступает товар (услуги) – роллы. Данные смс-сообщения влияют на мотивацию потребителя («выгода 41%» «выгода 24%») при выборе товара и побуждают его совершить определенные действия в отношении объекта рекламирования, вступить в конкретные правоотношения с хозяйствующим субъектом «SushiWok».

- целью распространения рекламы является увеличение спроса на рекламируемый товар (услуги).

Факт признания указанных смс сообщений рекламными ответчиком по делу не оспаривается.

Частью 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

В силу пункта 4 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно части 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Каждый рекламодатель обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

При этом, из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламодателем.

Из обращения заявителя следует, что данные смс-сообщения поступили без его предварительного согласия.

Бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе, при этом, заявитель не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (Постановление пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 28 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать владельца абонентского номера (факт принадлежности номера заявителю подтвержден оператором связи ПАО «Мегафон»), который сообщил антимонопольному органу о том, что он не давал согласия на получение рекламных смс сообщений абоненту с буквенным обозначением «SushiWok».

Из материалов дела установлено, что буквенное обозначение «SushiWok» принадлежит ИП <...>.

Факт принадлежности буквенного обозначения индивидуальному предпринимателю, а также факт поступления данных сообщений заявителю, ответчиком не оспаривается.

С позицией ИП <...> об отсутствии признаков нарушения ввиду того, что индивидуальным предпринимателем было получено согласие на направление рекламных сообщений выраженное путем заполнения формы на сайте при заказе доставки, Комиссия не согласна.

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 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (Письмо ФАС России от 11.11.2019 N ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»).

Копия заполненной формы, приложенная ИП <...>, содержит следующие данные:

имя – Азат;

номер телефона - ;

адрес –

На сайте www.sushiwok.ru размещены правила оказания услуг (по состоянию на 27.07.2021) , которые под «Заказом» понимают совокупность действий Клиента по выражению намерения получить от Исполнителя услугу по приготовлению и доставке готовых блюд и сопутствующих товаров, заказанные для приготовления и доставки. Под Заказом понимается также комплект блюд и сопутствующих товаров, заказанных Клиентом.

В соответствии с пунктом 2.1. Правил, правила действуют в отношении всех Заказов Клиентом Продукции, указанной на Сайте и в мобильных приложениях. Заказывая услугу по приготовлению и доставке Продукции, Клиент соглашается с настоящими Правилами без каких-либо оговорок и ограничений.

Пункт 2.2 настоящие Правила могут рассматриваться как публичная оферта в смысле ст. 435 и ч. 2 ст. 437 ГК РФ.

Согласно пункту 3.1 Правил, Заказ Клиента может быть оформлен Клиентом самостоятельно на Сайте, в мобильных приложениях или по телефону с помощью оператора Call-центра.

Пункт 3.2 Правил устанавливает порядок оформления Заказа через Сайт или мобильные приложения.

Для оформления Клиентом Заказа необходимо выбрать позиции в меню и нажать кнопку «В корзину» рядом с каждой из них. Затем, используя пункт «Корзина», оформить Заказ. После этого оператор Call-центра свяжется с Клиентом для подтверждения Заказа и данных Клиента.

При оформлении Заказа Клиент должен указать следующую информацию:

- Имя,
- Контактный телефон,
- Адрес доставки: название города, улицы, номер дома и квартиры (офиса),
- Фамилию, Имя, Отчество Получателя предоплаченного заказа.

Пунктом 9.1 Правил, закреплено, что предоставляя свои персональные данные при Заказе Продукции, регистрации на Сайте или заказе обратного звонка через соответствующий виджет, Клиент соглашается на их обработку Исполнителем, в том числе и в целях продвижения Продукции и услуг

Соглашаясь с настоящими Правилами, Клиент дает согласие на получение от компании «Суши Wok» информационных и рекламных сообщений в виде SMS, электронных писем и иных форм передачи информации.

Если Клиент не желает, чтобы его персональные данные обрабатывались, то он должен обратиться в службу по работе с клиентами по телефону, указанному на сайте Исполнителя. В таком случае вся полученная от Клиента информация удаляется из клиентской базы Исполнителя.

Как уже отмечалось выше, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. При этом, 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 или согласием на обработку персональных данных.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны

рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Копия формы, приложенная ИП <...>, помимо данных указанных выше (имя, номер телефона и адрес) содержит следующие пункты с проставленной галочкой:

- Осуществляя заказ на сайте я подтверждаю, что ознакомился с правилами продажи товаров, а также со всеми документами, размещенными на сайте по адресу, и подтверждаю принятие правил продажи товаров на сайте в полном объеме без ограничений.

- Осуществляя заказ на сайте я даю свое согласие на сбор и обработку моих персональных данных в соответствии с политикой конфиденциальности.

- Осуществляя заказ на сайте я даю свое согласие на получение направляемых мне смс-сообщений и электронных писем рекламного и информационного характера.

В ходе анализа сайта <https://sushiwok.ru/ufa/> и попытки оформить доставку продукции было установлено, что если убрать галочку с пункта – «*осуществляя заказ на сайте я даю свое согласие на получение направляемых мне смс-сообщений и электронных писем рекламного и информационного характера*», либо с любого другого, то продолжить оформление заказа, а именно выбрать способ оплаты не представляется возможным.

Таким образом, клиент лишен технической возможности выразить свое несогласие на доведение рекламной информации в его адрес, что противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

На основании вышеизложенного, в связи с тем, что представленная в материалы дела форма заявки на доставку продукции, не позволяет однозначно идентифицировать лицо, которым оно было заполнено (форма содержит только имя и номер телефона), отсутствие даты её заполнения, а также отсутствие технической возможности выразить свое несогласие на доведение рекламной информации при оформлении доставки продукции на сайте, указанные рекламные сообщения нарушают часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

ИП <...> выступила лицом, распространившим данную рекламу путем использования телефонной связи.

Согласно пункту 49 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.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Согласно пункту 54 Правил при добровольном устранении лицом (лицами) совершенного нарушения антимонопольный орган вправе не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В этом случае основания нецелесообразности выдачи предписания излагаются в мотивировочной части решения по делу.

Комиссией принято решение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ИП <...> не выдавать, так как на заседании Комиссии представлены пояснения, что направление смс-сообщений на абонентский номер прекращено, а заявителем доказательства повторного получения сообщений не представлено.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламные сообщения от абонента с буквенным обозначением «SushiWok» поступившие на номер абонента 01.04.2021 года в 12:24; 15.04.2021 года в 12:15 и 13.05.2021 года в 12:00, ненадлежащими, поскольку они нарушают требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. В соответствии с пунктом 54 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Башкортостанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП <...>

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>