

РЕШЕНИЕ

по делу № 03-21/26-2018

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«21» сентября 2018 года
Йошкар-Ола

г.

Резолютивная часть решения объявлена: «21» сентября 2018 года

Полный текст решения изготовлен: «21» сентября 2018 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя управления ,

член Комиссии – начальник отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов

член Комиссии – специалист 1 разряда отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов

рассмотрев дело № 03-21/26-2018, возбужденное по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившимся в распространении смс – сообщения без получения предварительного согласия абонента следующего содержания: «Цветы с живыми бабочками – лучший подарок на 14 февраля. FloFly.ru»,

в отсутствие лиц, участвующих в деле, надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) в порядке переадресации из

Федеральной антимонопольной службы России поступило заявление Перегудова М.А. от 13.02.2018 года вх. №25-П.

В заявлении указано о распространении смс-рекламы без получения предварительного согласия абонента на телефонный номер +79037680106 следующего содержания: «Цветы с живыми бабочками – лучший подарок на 14 февраля. FloFly.ru». Сообщение отправлено 12.02.2018 в 19 часов 55 минут. В качестве отправителя указан телефонный номер <...>. К заявлению приложена копия согласия Перегудова М.А. на получение Федеральной антимонопольной службой России информации о детализации счета, телефонных соединениях, смс-сообщениях и иных переданных данных на абонентский номер <...>, также скрин-шот с текстом рассматриваемого смс-сообщения.

Определением от 26.06.2018 Марийским УФАС России возбуждено дело о нарушении законодательства о рекламе №03-21/26-2018 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Комиссия Марийского УФАС России, рассмотрев полученные материалы и документы, письменные пояснения лиц, участвующих в деле, приходит к выводу о нарушении законодательства о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы на основании следующего.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ (далее - Закон о рекламе) реклама - 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.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена (письмо ФАС России от 05 апреля 2007 года исх. № АЦ/4624).

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. В рассматриваемой смс-рекламе объектом рекламирования является сайт FloFly.ru и товары, реализуемые на данном интернет-сайте, в частности цветы

с живыми бабочками.

Информация, направленная гр. Перегудову М.А. в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, из текста смс-сообщений не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам, смс-сообщение распространено посредством подвижной радиотелефонной связи, сведения в нем направлены на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Таким образом, информация, поступившая Перегудову М.А. является рекламой, так как смс-сообщение распространено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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

Согласие абонента на получение рекламы должно относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю и быть выражено явно.

Марийским УФАС России направлен запрос о предоставлении информации оператору связи Перегудова М.А. ПАО «ВымпелКом». Из представленной информации следует, что данный номер <...> выделен ООО «Старт-91».

Согласно письменных пояснений ООО «Старт-91» от 08.02.2018 вх. №1169 телефонный номер <...> передан в пользование Перегудову М.А. с возложенным на него правом выполнять все действия, связанные с использованием данного телефонного номера.

В письменных пояснениях ПАО «ВымпелКом» сообщено, что бланк договора об оказании услуг связи «Билайн» № 501440260 от 12.11.2013 с абонентом, которому выделен номер <...> -768-01-06 утрачен. Следовательно, у общества отсутствуют доказательства получения согласия на получение рекламных смс-сообщений от ООО «Старт-91» и Перегудова М.А.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации,

телефонный номер +79684223657, указанный в рассматриваемом смс-сообщении принадлежит номерной платформе ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» сообщило, что телефонный номер +79684223657 выделен ООО «Макс-Мобайл» (юридический адрес: 107076, г. Москва, ул. Матросская тишина, д. 23, стр. 1), и предоставило договор оказания услуг связи от 15.04.2017.

В рамках заключенного договора об оказании услуг связи оператор предоставляет абоненту услуги связи, позволяющие абоненту передавать и(или) принимать голосовую и(или) не голосовую информацию.

Согласно подпункту 1 пункта 4.1 части 2 Условий об оказании услуг сети подвижной связи «Условий оказания услуг связи Билайн корпоративным клиентам» установлено, что абонент обязан не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок, установки шлюзов (или устройств) для доступа в сети подвижной и/или фиксированной связи, Интернет-телефонии и других мероприятий, приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи и ущерб оператору или третьим лицам.

Так, ПАО «ВымпелКом» установлено, что абонент +79684223657 осуществил массовую рассылку смс-сообщений, в соответствии с чем оказание услуг связи по абонентскому номеру +79684223657 приостановлено 12.02.2018 после осуществления массовой рассылки смс-сообщений.

Анализируя договорные отношения между оператором связи и абонентом можно сделать вывод о том, что ПАО «ВымпелКом» обеспечило лишь техническую возможность ретрансляции сообщений со стороны абонента.

Следовательно, ПАО «ВымпелКом» рекламодателем не является, так как при распространении рассматриваемого смс-сообщения не обладал правом и технической возможностью его проверки. В создании этого сообщения оно не участвовало, состав получателей сообщений не определяло, собственную базу абонентов для этого не представляло.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе не докажет, что такое согласие было получено.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской

Федерации, изложенной в п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее — постановление Пленума ВАС РФ № 58), согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Буквальное толкование указанных положений 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.

Предоставленное рекламодателю 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 рекламодателей, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте ч. 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации

Марийским УФАС России установлено, что администратором доменного имени FloFly.ru, указанного в смс-сообщении, является Ветров Д.А.

В письменных пояснениях ИП Ветров Д.А. сообщил, что смс-рассылка данного смс-сообщения произведена им лично. ИП Ветров Д.А. самостоятельно составил текст смс-сообщения, и осуществил рассылку абонентам, которые ранее приобрели товары у ИП Ветрова Д.А., и оставивших устное согласие.

Вместе с тем, в письменных пояснениях от 22.08.2018 вх. №8653 ИП Ветров Д.А. сообщил, что в целях информирования Перегудова М.А. об открытии нового сайта ИП Ветровой А.В., ею самостоятельно отправлено смс-сообщение

абоненту.

Следовательно, ООО «Макс-Мобайл», ИП Ветров Д.А., ИП Ветрова А.В. при распространении информации рекламного характера должны иметь в наличии надлежащим образом оформленное согласие, из которого четко можно определить желание именно конкретного потребителя получать на телефонный номер смс-сообщения рекламного характера.

Однако ООО «Макс-Мобайл», ИП Ветров Д.А., ИП Ветрова А.В. не представили доказательств того, что ООО «Старт-91» либо Перегудов М.А. предоставляли свое согласие на получении информации рекламного характера.

Таким образом, из собранных материалов следует, что ООО «Макс-Мобайл», ИП Ветров Д.А., ИП Ветрова А.В. согласие ООО «Старт-91» либо Перегудова М.А. на распространение информации рекламного характера по радиоподвижной телефонной связи не получали и не имели правовых оснований направлять в его адрес 12.02.2018 рекламу об интернет-сайте FloFly.ru и о продукции, реализуемой на данном сайте.

ООО «Макс-Мобайл», ИП Ветров Д.А., ИП Ветрова А.В. нарушили часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе ответственность, за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несёт рекламораспространитель.

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

Таким образом, ООО «Макс-Мобайл», ИП Ветров Д.А., ИП Ветрова А.В. являются рекламораспространителями рассматриваемой рекламы и должны соблюдать требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Из имеющихся материалов следует, что оказание услуг связи по абонентскому номеру ООО «Макс-Мобайл», с которого произведена смс-рассылка приостановлено с 12.02.2018 после осуществления массовой смс-рассылки, следовательно, с указанного абонентского номера не происходит рассылка смс-сообщений рекламного характера.

Вместе с тем, в настоящее время в материалы дела не представлены

документальные доказательства, отражающие факт устранения ИП Ветровым Д.А., ИП Ветровой А.В. нарушения законодательства о рекламе.

На основании указанного, Комиссия Марийского УФАС России, считает, что в данном случае имеются основания для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ИП Ветрову Д.А., ИП Ветровой А.В.

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 ненадлежащей смс-рекламу, направленную 12.02.2018 в 19 часов 55 минут на телефонный номер +79037680106 без получения предварительного согласия абонента следующего содержания: «Цветы с живыми бабочками – лучший подарок на 14 февраля. FloFly.ru», поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать индивидуальному предпринимателю Ветрову Д.А., индивидуальному предпринимателю Ветровой А.В. предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в соответствии со статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.