

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о возбуждении дела № 03-02/07-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

04 марта 2015 года

г. Петрозаводск

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Карелия (далее - Карельское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Пряхин Артур Борисович – руководитель Карельского УФАС России, рассмотрев заявление физического лица по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

УСТАНОВИЛ:

В адрес Карельского УФАС России поступило заявление <...> (вх. от 30.12.2014 №7064) о наличии признаков нарушения Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе», Закон) при распространении рекламы посредством SMS-сообщения на его абонентский номер <...>.

Согласно скриншоту, приложенному к заявлению, SMS-сообщение рекламного характера поступило от: X5.Club; SMS-центр: +79168960390; дата и время: 29.12.2014 11:21; текст: «Копите бабочек, получайте скидку 50% на текстиль Dormeo».

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламоделателям и рекламораспространителям вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы им дано не было.

Заявление представлено в соответствии с требованиями пунктов 3.6-3.9 Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (утв. приказом ФАС России от 23.11.2012 №711/12).

В силу статьи 1 ФЗ «О рекламе» целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» реклама 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно разъяснениям ФАС России от 05.04.2007 №АЦ/4624 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.

В пункте 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» указано, что 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым ФЗ «О рекламе».

Информация, распространенная на выделенный <...> телефонный номер <...>, полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», так как распространяется посредством подвижной радиотелефонной связи, адресована неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицирована и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае является текстиль «Dormeo».

Частью 1 статьи 18 Закона установлено, что 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.

Ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель (часть 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламодателей.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения

арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал, что 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 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. Ввиду того, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем 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.

Материалами дела подтверждается, что телефонный номер <...>, выделенный Заявителю, относится к номерной емкости оператора связи ОАО «**Мобильные ТелеСистемы**» (далее – ОАО «МТС»).

Согласно информации, полученной от оператора связи ОАО «**МТС**» в письме от 16.01.2015 №М01-6/0068и, 29.12.2014 в 11:21 на принадлежащий <...>. телефонный номер действительно поступило SMS-сообщение с номера +79168960390 являющегося номером SMS-центра ОАО «МТС». Общество поясняет, что SMS-центр – это программно-аппаратный комплекс, предназначенный для приема, регистрации и пересылки коротких сообщений. SMS-центр, как и любое другое сетевое устройство, имеет собственный уникальный идентификатор – номер <...>. Основной функцией SMS-центра является маршрутизация сообщений и управление процессом доставки SMS-сообщений. При этом SMS-центр не может быть отправителем сообщений, либо самостоятельно инициировать отправления сообщений.

Также ОАО «МТС» подтверждает поступление на сервисную платформу ОАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-центр ОАО «МТС» на абонентский номер <...>, выделенный Заявителю, SMS-сообщения с буквенным идентификатором «X5.Club» с сервисного номера, выделенного ООО «СМС Сервисы».

Из представленной ООО «СМС Сервисы» информации от 10.02.2015 №1002/2015-003 следует, что 01.10.2009 Общество заключило договор №0110/09-05 с ООО «Бифри», согласно которому ООО «СМС Сервисы» приняло на себя обязательства по организации передачи SMS-сообщений, формируемых ООО «Бифри» и его клиентами, абонентам операторов сотовой связи.

Согласно данным, предоставленным ООО «Бифри», 20.12.2009 ООО «Бифри» заключило договор №2010/0901-6/12854-ТД с ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» (далее – Договор), согласно условиям которого ООО «Бифри» приняло на себя обязательство по оказанию ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» услуг по обработке и передаче SMS-сообщений, формируемых ЗАО «Торговый Дом «Перекресток», до SMS-центра операторов с целью их последующей передачи абонентам.

Во исполнение указанного Договора ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» был

выделен аккаунт на сайте www.smsdirect.ru (далее – Сайт) и логин X5Club, в результате чего ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» получило возможность посредством Сайта ООО «Бифри» направлять SMS-сообщения с любым текстом конкретным абонентам на конкретные телефонные номера при условии соблюдения условий Договора и действующего законодательства Российской Федерации.

Данным Системы статистического учета приема-передачи сообщений (ССУПС) ООО «Бифри» подтверждается факт отправки ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» 29.12.2014 в 11:18 SMS-сообщения с текстом «Копите бабочек, получайте скидку 50% на текстиль Dormeo» абоненту с номером <...> посредством соединения с оборудованием ООО «Бифри».

Из информации, представленной по запросу ООО «Бифри» от ЗАО Торговый Дом «Перекресток», также следует, что абонент с номером <...> предоставил свое согласие на получение SMS-сообщений информационного характера путем устного согласия при звонке на горячую линию Клуба Перекресток (8-800-200-9555) 14.09.2013, что подтверждается записью телефонного разговора.

Запросом о предоставлении информации от 16.02.2015 №03-01/130/607 у ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» было запрошено согласие абонента <...> на данную SMS-рассылку с приложением записи телефонного разговора (документальное подтверждение наличия согласия абонента).

Из представленной ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» информации от 25.02.2015 №01-2/449 следует, что:

1. Хранение записей телефонных разговоров осуществляется в течение 3 месяцев на основании пункта 1.8 Приложения №1 к договору от 25.12.2012 №121-ГР между ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» и ООО «Колл-Центр Инфотелл Групп», в связи с чем предоставить запись телефонного разговора от 14.09.2013 не представляется возможным;
2. При оформлении базы данных телефонных номеров клиентов в результате технической ошибки на телефонный номер <...> было отправлено SMS-сообщение с текстом «Копите бабочек, получайте скидку 50% на текстиль Dormeo», доставленное 29.12.2014 в 11:18 на указанный номер.
3. За весь период пользования картой (начиная с 14.09.2013), зарегистрированной на телефонный номер <...>, было направлено только одно вышеуказанное SMS-сообщение.

Из материалов дела усматривается, что суть всех услуг, оказанных ООО «Бифри», заключалась в обеспечении технической возможности, то есть в создании необходимых условий для формирования и отправки рассматриваемой рекламы в форме SMS-сообщения в сети сотовой связи. При этом ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» самостоятельно, без участия ООО «Бифри» определяло абонентов и содержание SMS-сообщений.

Таким образом, отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» с использованием технической системы ООО «Бифри» на основании договора от 20.12.2009 №2010/0901-6/12854-ТД.

Учитывая, что ЗАО «Торговый Дом «Перекресток», совершая действия по передаче

SMS-сообщения, определяло его получателей, можно констатировать, что ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» является рекламодателем (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

При этом, как следует из заявления, SMS-сообщение, поступившее на абонентский номер <...>, было направлено без его согласия. Доказательства обратного в материалах дела отсутствуют.

Таким образом, действия ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» по распространению 29.12.2014 в 11:21 на телефонный номер <...> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Копите бабочек, получайте скидку 50% на текстиль Dormeo» совершены с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 Закона.

На основании вышеизложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 2 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктом 20 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу № 03-02/07-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Признать лицами, участвующими в деле:

заявитель:

<...>

лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» (юр.адрес: 103473, г. Москва, пл. Суворовская, д.1; фактический адрес: 109029, г.Москва, ул.Средняя Калитниковская, 28/4; ОГРН: 1027700034493; ИНН: 7728029110; дата присвоения ОГРН: 17.07.2002; дата регистрации до 1 июля 2002 года: 24.03.1994)

3. Назначить дело № 03-02/07-2015 к рассмотрению на **02 апреля 2015 года в 11 часов 00 минут по адресу: г. Петрозаводск, наб. Варкауса, д.1-А, каб.518.**

4. ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» до 26 марта 2015 года (включительно) **представить следующие сведения** (в надлежаще заверенных копиях):

- согласие абонента <...> на данную SMS-рассылку и документальное подтверждение наличия такого согласия;

- письменный отзыв на данное определение, а также иные документы и сведения, имеющие значение для дела, при наличии возражений – нормативное и документальное их обоснование.

5. <...> до 26 марта 2015 года (включительно) **представить следующие сведения:**

- письменные пояснения относительно представленной ЗАО Торговый Дом «Перекресток» информации, в том числе имел ли место быть указанный телефонный разговор с консультантом ЗАО «Торговый Дом «Перекресток», а также сведения о даче согласия на получение сообщений от ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» при данном телефонном разговоре.

Явка лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, для участия в рассмотрении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе обязательна. При себе иметь документы удостоверяющие личность и подтверждающие полномочия на представление интересов юридического лица в органах государственной власти по данному делу.

Предупредить лиц, участвующих в рассматриваемом деле, что отказ или несвоевременное направление государственному органу сведений (информации), представление которых предусмотрено законом, а равно представление таких сведений в неполном объёме или искажённом виде, влечёт наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двух тысяч до десяти тысяч рублей; на юридических лиц - от двадцати тысяч до двухсот тысяч рублей (ч.6 ст. 19.8 КоАП РФ).