

РЕШЕНИЕ

11 мая 2017 года

г. Липецк

Резолютивная часть решения объявлена 27 апреля 2017 года.

Решение в полном объеме изготовлено 11 мая 2017 года.

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

Председатель комиссии: Д.А. Шелестенко заместитель руководителя управления - начальник отдела защиты конкуренции;

Члены комиссии:

Ю.В. Селезнева государственный инспектор отдела защиты конкуренции,

Д.Д.Тарабрина специалист-эксперт отдела защиты конкуренции,
рассмотрев дело № 8 по признакам нарушения публичным акционерным обществом «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14 ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), (далее- ПАО «ВымпелКом»), Обществом с ограниченной ответственностью «Эксперт» (109028, город Москва, Подкопаевский переулок, 7 стр.2, ИНН 7709702475 ОГРН 5067746844864) (далее- ООО «Эксперт») части 1 статьи 18 Федерального Закона от 13 марта 2006 года 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении рекламы посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента,

в отсутствие:

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» - ПАО «ВымпелКом»;

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» - ООО «Эксперт»;

заявителя- <...>

УСТАНОВИЛА:

В Липецкое УФАС России поступило заявление вх.№ 318-з от 05.12.2016 гражданки <...> о том, что 02.12.2016 г. в 13 часов 12 минут на её абонентский номер <...> поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «ZEBRA» (SMS-центр:+79037011111) следующего содержания: «Детская Новогодняя карта 3+2 мес до 31 декабря 10500р. Тел 84954818844».

Данный способ распространения рекламной информации содержит признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

Статья 1 ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) в числе целей данного Федерального закона устанавливает, в том числе, реализацию права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Согласно п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона 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.

В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» 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.

п. 3 ч. 1 ст. 3 Закона гласит, что товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Согласно п. 4 ч. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - 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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи, с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к детской новогодней карте и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, не было представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная 02.12.2016 г. в 13 часов 12 минут на номер телефона <...> от отправителя «ZEBRA» направленная на привлечение внимания к детской новогодней карте, является рекламой.

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

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 рекламодателя.

Согласно Письму Федеральной антимонопольной службы от 05 декабря 2014 г. N АК/49919/14 О применении новых положений закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок, согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы ООО "Фитнес Галактика", ПАО «ВымпелКом», ООО "Эксперт", она не давала. Представленное ПАО «ВымпелКом», перенаправленное от ООО "Фитнес Галактика" согласие не может быть принято комиссией Липецкого УФАС России в связи со следующим.

Представленное согласие не является надлежащим, так как дано на получение рекламы другим лицом – <...>, а не <...>.

Следовательно, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ООО "Фитнес Галактика", ПАО «ВымпелКом», ООО "Эксперт" не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламодателя.

Исходя из материалов, предоставленных ПАО «ВымпелКом», указанная реклама распространялась на основании Дополнительного соглашения №1 от 01.06.2016 г. («Корпоративные SMS-сервисы (A2P SMS SLA)») к Договору оказания услуг связи «Билайн» №558084689 от 01.06.2016г. заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Эксперт».

Согласно пункту 1.1. части 1 дополнительного соглашения №1 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» №558084689 от 01.06.2015г, в рамках услуг «A2P SMS Service Level Agreement», Оператор предоставляет Абоненту услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц Абонентом/партнерами Абонента (далее – «Услуги»). Услуги оказываются с соблюдением гарантированных параметров качества, предусмотренных настоящим Дополнительным соглашением, при осуществлении рассылок на абонентские телефонные номера сети связи оператора.

Согласно п.1.5 ч.1 дополнительного соглашения, Услуги включают в себя:

- Выделение Абоненту в пользование уникального кода идентификации из технологического ресурса нумерации Оператора для отправки коротких текстовых сообщений Пользователям (далее «Уникальный код идентификации»);

- выделение Абоненту возможности использования уникального имени отправителя в целях идентификации Пользователями отправителя коротких текстовых сообщений (далее «Имя отправителя»);
- Доступ к технологическому интерфейсу программно-аппаратного комплекса Оператора – SMS-платформе (далее –«Интерфейс Услуги»);
- Выделение и поддержание авторизационных данных (Логин/пароль) для подключения к Интерфейсу Услуги;
- Техническую возможность формирования и рассылки коротких текстовых сообщений Пользователям, определенных Абонентом, с использованием Интерфейса Услуги;

Согласно п.4.2 договора, Абонент осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также обязуется сообщать Оператору актуальные даты получения вышеуказанных согласий Абонентом/Партнерами до даты осуществления рассылок на номера соответствующих Пользователей.

Абонент по требованию Оператора в течение срока указанного в требовании, но не более 10 (десяти) рабочих дней с даты получения соответствующего запроса, предоставляет Оператору данные и документы, подтверждающие наличие согласия Пользователей на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также информацию о Партнерах, являющихся инициаторами рассылки коротких текстовых сообщений, включая копию договора с Партнером. При этом Абонент обязуется обеспечить наличие согласия Партнера на представления данной информации Оператору и третьим лицам.

Согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления Пользователей на получение коротких текстовых сообщений от Абонента и/или Партнеров.

В случае нарушения Абонентом оговоренных обязательств, в том числе, при непредставлении подтверждения согласия Пользователей на получение коротких текстовых сообщений от Абонента и/или Партнеров, а также непредставление всей необходимой информации о Партнере, включая копию договора с Партнером:

- Оператор вправе взыскивать с Абонента штраф в размере не превышающем 500 000 (пятист тысяч) рублей за каждое короткое текстовое сообщение, отправленное без согласия Пользователя;
- Абонент признается рекламодателем или заказчиком рассылки и несет ответственность за свои действия в соответствии с законодательством РФ.

Таким образом, из имеющихся документов следует, что ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «реклама».

При этом, у каждого из названных хозяйствующих субъектов имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность заблокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение

требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель. ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» последовательно осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> в силу имеющихся между ними гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» являются рекламодателями рекламы: «Детская Новогодняя карта 3+2 мес до 31 декабря 10500р. Тел 84954818844», распространенной 02.12.2016 в 13:12 на номер телефона <...> от имени «ZEBRA».

Определением о возбуждении дела № 8 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 03 февраля 2017 года рассмотрение дела было назначено на 02 марта 2017 года.

На рассмотрение дела ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» (представители с надлежащим образом оформленными полномочиями) не явились. Почтовое отправление с копией определения о возбуждении дела

№ 8 от 02.02.2017 было направлено Липецким УФАС России заказным письмом с уведомлением по адресу регистрации ООО «Эксперт». О месте и времени рассмотрения дела №8 ООО «Эксперт» уведомлено надлежащим образом, о чем свидетельствует доказательство в материалах дела (вернувшийся конверт с пометкой «отсутствие адресата по указанному адресу»).

Определением об отложении рассмотрения дела, дело №8 было назначено на 04 апреля 2017 года.

На рассмотрении дела 04.04.2017 г. представитель ПАО «ВымпелКом» (по доверенности) <...> пояснила, что передача спорного sms-сообщения основана на договоре, заключенном с ООО «Эксперт», однако ПАО «ВымпелКом» не имеет никакой возможности проконтролировать содержание договоров ООО «Эксперт» со своими партнерами, заказчиками рекламы, права и обязанности по таким договорам возникают непосредственно у ООО «Эксперт» и заказчика рекламы.

На рассмотрение дела ООО «Эксперт» (представители с надлежащим образом оформленными полномочиями) не явились. Почтовое отправление с копией определения об отложении рассмотрения дела № 8 от 03.03.2017 было направлено Липецким УФАС России заказным письмом с уведомлением по адресу регистрации ООО «Эксперт». О месте и времени рассмотрения дела №8 ООО «Эксперт» уведомлено надлежащим образом, о чем свидетельствует доказательство в материалах дела (вернувшийся конверт с пометкой «отсутствие адресата по указанному адресу»).

Определением об отложении рассмотрения дела, дело №8 было назначено на 27 апреля 2017 года, в связи с необходимостью получения дополнительной информации.

Исходя из документов, представленных в Липецкое УФАС России, ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» имели возможность не передавать рассматриваемую рекламу. Само по себе отсутствие участия какой-либо из сторон по делу в процессе формирования текста рекламы либо ее адресатов, не снимает с ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламодателями в силу законодательного определения.

Таким образом, проанализировав имеющиеся в деле доказательства, в результате совещания, руководствуясь пунктом 1 части 2 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 рекламу, распространенную ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» 02.12.2016 г. в 13 часов 12 минут на абонентский номер <...> от имени «ZEBRA» (SMS-центр: +79037011111) следующего содержания: «Детская Новогодняя карта 3+2 мес до 31 декабря 10500р. Тел 84954818844», т. к. нарушены ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ПАО «ВымпелКом» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением распространения рекламы до вынесения решения по делу.
3. Выдать ООО «Эксперт» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением распространения рекламы до вынесения решения по делу.
4. Передать материалы дела должностному лицу Липецкого УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

ПРЕДПИСАНИЕ №8(1)

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

11 мая 2017 года

г. Липецк

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

Председатель комиссии: Д.А. Шелестенко заместитель руководителя управления - начальник отдела защиты конкуренции;

Члены комиссии:

Ю.В. Селезнева государственный инспектор отдела защиты конкуренции,

Д.Д.Тарабрина специалист-эксперт отдела защиты конкуренции,

на основании своего решения от 11.05.2017 г. по делу №8 о признании ненадлежащей рекламы, поступившей на абонентский номер <...> 02.12.2016 г. в 13 часов 12 минут от имени «ZEBRA» (SMS-центр:+79037011111) следующего содержания: «Детская Новогодняя карта 3+2

мес до 31 декабря 10500р. Тел 84954818844», без предварительного согласия абонента на получение рекламных сообщений, рекламодателями которой являются ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14 ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), «Эксперт» (109028, город Москва, Подкопаевский переулок, 7 стр.2, ИНН 7709702475 ОГРН 5067746844864), и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

«Эксперт» (109028, город Москва, Подкопаевский переулок, 7 стр.2, ИНН 7709702475 ОГРН 5067746844864) в течение десяти дней с момента получения предписания прекратить нарушение ч.1 ст.18 Федерального закона от 13 марта 2006г. №38-ФЗ «О рекламе», путем прекращения распространения рекламы «Детская Новогодняя карта 3+2 мес до 31 декабря 10500р. Тел 84954818844», на номер <...> без предварительного согласия абонента на получение рекламных сообщений.

О выполнении настоящего предписания письменно сообщить в антимонопольный орган не позднее пяти дней со дня его выполнения.

Предписание может быть обжаловано в арбитражном суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

ПРЕДПИСАНИЕ №8

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

11 мая 2017 года

г. Липецк

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

Председатель комиссии: Д.А. Шелестенко заместитель руководителя управления - начальник отдела защиты конкуренции;

Члены комиссии:

Ю.В. Селезнева государственный инспектор отдела защиты конкуренции,

Д.Д.Тарабрина специалист-эксперт отдела защиты конкуренции,

на основании своего решения от 11.05.2017 г. по делу №8 о признании ненадлежащей

рекламы, поступившей на абонентский номер <...> 02.12.2016 г. в 13 часов 12 минут от имени «ZEBRA» (SMS-центр:+79037011111) следующего содержания: «Детская Новогодняя карта 3+2 мес до 31 декабря 10500р. Тел 84954818844», без предварительного согласия абонента на получение рекламных сообщений, рекламодателями которой являются ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14 ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), «Эксперт» (109028, город Москва, Подкопаевский переулок, 7 стр.2, ИНН 7709702475 ОГРН 5067746844864), и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14 ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636) в течение десяти дней с момента получения предписания прекратить нарушение ч.1 ст.18 Федерального закона от 13 марта 2006г. №38-ФЗ «О рекламе», путем прекращения распространения рекламы «Детская Новогодняя карта 3+2 мес до 31 декабря 10500р. Тел 84954818844», на номер <...> без предварительного согласия абонента на получение рекламных сообщений.

О выполнении настоящего предписания письменно сообщить в антимонопольный орган не позднее пяти дней со дня его выполнения.

Предписание может быть обжаловано в арбитражном суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.