

Комиссия Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее - Комиссия) в составе:

*** - заместитель руководителя Карельского УФАС России, председатель Комиссии;

*** - главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

***. - ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

рассмотрев дело №03-02/29-2017, возбужденное в отношении индивидуального предпринимателя Ли С.В. (ИНН 7839484348, ОГРНИП 314100111500046, «...») по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, в отсутствие ИП *** и заявителя, надлежащим образом извещенных о времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Карельского УФАС России из Федеральной антимонопольной службы поступило заявление «...» (далее - Заявитель) от 22.07.2017 (вх. от 24.07.2017 №3590) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс-сообщения на мобильный номер «...».

Согласно скриншоту, приложенному к заявлению, на телефонный номер Заявителя от отправителя с буквенным обозначением «bavarius» 03.07.2017 в 12:02 поступило рекламное смс-сообщение следующего содержания: «Выигрыш пивного тура на двоих в Бельгию! Подробности по тел. 77-13-23».

Заявитель просил принять меры в отношении рекламодача и рекламораспространителя вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы не давал.

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.

Из пункта 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» следует, 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 привлечение внимания получателей (потребителей рекламы) к проводимому розыгрышу пивного тура в Бельгию.

В соответствии с частью 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.

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

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 рекламодателя. 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 ПАО «МегаФон» Северо-Западный филиал (МегаФон) Республика Карелия (договор от 07.11.2003 №13239-R28 о предоставлении услуг связи ПАО «МегаФон», далее - ПАО «МегаФон»),

Согласно информации, предоставленной оператором связи ПАО «МегаФон», с письмом от 31.07.2017 №5/1-06-РЬ-Исх-00023/17 (вх. от 31.07.2017 №3722), оборудованием ПАО «МегаФон» зафиксировано в 16 часов 20 минут 03.07.2017 поступление на абонентский номер «...» смс-сообщения от отправителя с буквенным обозначением «bavarius», выделенным АО «МегаЛабс» в соответствии с договором от 01.01.2017 №РМИ-МГФ 01012017. Отправка указанного смс-сообщения (размещение рекламно-информационного материала среди абонентов) было осуществлено на Базе Абонентов АО «МегаЛабс».

Из представленной АО «МегаЛабс» информации с письмом от 21.08.2017 №6404 (вх. от 22.08.2017 №3992) следует, что рассылка смс-сообщения осуществлена ООО «СМС Трафик» в рамках заключенного договора от 01.07.2016 №ДМИ-СМСТРФК-01072016 (далее - Договор).

Согласно пункту 4.8 Договора ООО «СМС Трафик» обязуется получать 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.

Из информации, предоставленной от ООО «СМС Трафик» с письмом от 30.08.2017 №25717 (вх. от 30.08.2017 №4123), установлено, что рассылка вышеуказанного смс-сообщения осуществлена ООО «Т2 Мобайл» в рамках заключенного договора от 01.12.2015 №650/15.

В силу пункта 3.2.2 Договора обязанностью ООО «Т2 Мобайл» является получение от Абонента, на телефон которого планируется отправка Сообщений с информацией, письменного согласия на получение информации.

В рамках указанного Договора ООО «СМС Трафик» оказывает ООО «Т2 Мобайл» услуги доступа к Системе ООО «СМС Трафик», обеспечивающей отправку сообщений в их неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования или цензурирования,

Под Системой в силу Договора понимается принадлежащий Исполнителю комплекс оборудования и программного обеспечения, который позволяет обрабатывать сообщения.

По информации, полученной от ООО «Т2 Мобайл» с письмом от 18.09.2017 №17/1-МОС/0/1304 (вх. от 18.09.2017 №4420), направление смс-сообщения от отправителя с буквенным обозначением «bavarius», осуществлялось абонентом «...» посредством услуги «Бизнес SMS». Данный абонентский номер закреплен за индивидуальным предпринимателем *** (ОГРНИП

314100111500046,

ИНН

7839484348, «...»).

Согласно условиям оказания услуги «Бизнес SMS», размещенным на сайте <https://karelia.tele2.ru/business/option/business-sms>, отправляя SMS в рамках услуги «Бизнес-SMS», ИП *** подтверждает, что абоненты, которым адресованы сообщения, дали предварительное согласие на их получение от имени ИП ***.

Таким образом, отправка вышеуказанного смс-сообщения была инициирована ИП *** с использованием технической системы ООО «Т2 Мобайл».

Согласно данным Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей, размещенного на сайте ФНС России, *** зарегистрирован 25.04.2014 в качестве индивидуального предпринимателя. Основной вид деятельности - торговля оптовая гомогенизированными пищевыми продуктами, детским и диетическим питанием (код 46.38.21). Дополнительными видами деятельности являются - производство хлеба и мучных кондитерских изделий, тортов и пирожных недлительного хранения (код 10.71); производство готовых пищевых продуктов и блюд (код 10.85); деятельность предприятий общественного питания по прочим видам организации питания (код 56.29); деятельность зрелищно-развлекательная прочая (код 93.29); предоставление прочих персональных услуг, не включенных в другие группировки (код 96.09).

В связи с изложенным ИП *** был привлечен к участию в рассмотрении дела в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе (определение от 21.09.2017 «О возбуждении дела №03-02/29-2017 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе»).

Определением от 21.09.2017 у *** были запрошены письменные пояснения по обстоятельствам рассмотрения дела, а также предварительное согласие «...» на получение рекламы.

Вместе с тем, определение от 21.09.2017 направленное по адресу, указанному в заключенном с ООО «Т2 Мобайл» договоре («...») не было получено *** в связи с чем рассмотрение дела было отложено определением от 17.10.2017 и назначено к рассмотрению на 15 часов 30 минут 17.10.2017.

Определение от 17.10.2017 было направлено по следующим адресам: «...» и «...».

В связи с отсутствием информации о получении *** указанного определения рассмотрение дела было отложено на 15 часов 00 минут 20.12.2017 (определение от 16.11.2017). О дате и времени рассмотрения дела *** был уведомлен 11.12.2017 по телефону «...».

20.12.2017 *** ознакомился с материалами настоящего дела и предоставил письменные объяснения, из которых следует, что смс-сообщение было направлено постоянным гостям пивного дома «Бавариус», в связи с проведением розыгрыша туристической путевки в Бельгию.

Для организации и проведения розыгрыша туристической путевки с гражданкой «...» был заключен договор от 01.06.2017 №б/н об оказании маркетинговых услуг.

Согласно пункту 2.2 Договора от 01.06.2017 №б/н исполнитель «...» имеет право пользоваться имеющимися информационными ресурсами Заказчика (договорами оказания рекламных услуг, социальными сетями, сайтом Заказчика, услугами СМС рассылки) от имени Заказчика с целью размещения рекламной информации для наиболее полного охвата информационного пространства целевой аудитории Заказчика.

При этом, *** подтвердил, что «телефонный номер «...» в клиентской базе пивного дома «Бавариус» отсутствует».

Рассмотрение дела состоялось в назначенное время и дату.

Рассмотрев материалы дела, а также ***, комиссия приходит к выводу, что при распространении 03.07.2017 в 12:02 на телефонный номер «...» «...» смс-сообщения

с буквенного идентификатора «bavarius», без предварительного согласия абонента следующего содержания:

«Выигрыш пивного тура на двоих в Бельгию! Подробности по тел. 77-13-23», совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Изучив материалы дела, комиссия приходит к выводу, что рекламодателем рассматриваемой рекламы является ***.

Вывод сделан на основании сведений ООО «Т2 Мобайл» подтверждающих, что направление смс-сообщения от отправителя с буквенным обозначением «bavarius», осуществлялось абонентом «...» посредством услуги «Бизнес SMS». Данный абонентский номер закреплен за индивидуальным предпринимателем ***, являющимся заинтересованным лицом в рассматриваемой рекламной информации.

Таким образом, ИП ***, являющийся заинтересованным лицом в рассматриваемой рекламной информации, прямо и непосредственно причастен к распространению смс-сообщения на телефонный номер заявителя «...», в связи с чем его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «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 следующего содержания: «Выигрыш пивного тура на двоих в Бельгию! Подробности по тел. 77-13-23», распространенную 03.07.2017 в 12:02 на телефонный номер Заявителя посредством смс-сообщения без его предварительного согласия абонента; действия ИП *** нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ИП *** не выдавать в связи с разовым характером распространения указанной рекламы.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Карельского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.