

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

о прекращении производства по делу

23 августа 2016 года

г. Липецк

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области по рассмотрению дела № 9, возбужденного по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель комиссии:

Д. А. Шелестенко заместитель руководителя - начальник отдела защиты конкуренции;

Члены Комиссии:

Ю. В. Селезнева государственный инспектор отдела защиты конкуренции;

Т.А. Филатова государственный инспектор отдела защиты конкуренции,

рассмотрев дело № 9 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10 стр. 14 ИНН 7713076301 ОГРН 1027700166636), ООО «Девино Телеком» (109316, г. Москва, Остаповский проезд, д. 22, стр. 1 ИНН 7715829230 ОГРН 1107746769162), ООО «Инкор Девелопмент» (394063, г. Воронеж, ул. 25 Января, д. 6А, оф. 3 ИНН 3666177670 ОГРН 1123668014040),

в присутствии:

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» - ПАО «ВымпелКом» <...> (доверенность № 7);

в отсутствие:

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

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

УСТАНОВИЛА:

В Липецкое УФАС России поступило заявление гражданина Некрасова Игоря Игоревича о том, что 22.03.2016 г. в 17 часов 19 минут на его абонентский номер <...> поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «RService» (SMS-центр: <...>) следующего содержания: «24 марта – KIA RIO и KIA Ceed на 100 000 дешевле прайса в Ночь распродаж на Каширке 39. <...> Отписаться: <...>». 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» рекламораспространитель - 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 скидкам на автомобили KIA RIO и KIA Ceed, 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 22.03.2016 в 17:19 на номер телефона <...> от отправителя «RService», направленная на привлечение внимания к скидкам на автомобили KIA RIO и KIA Ceed, 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.

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ООО «Инкор Девелопмент» не представлено, а умолчание абонента (непредставление сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Согласно обращению физического лица, своего согласия на получение рекламы посредством телефонной связи он не давал.

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 Договора об оказании услуг связи «Билайн» №558085257 от 01 мая 2015 г., заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Девино Телеком».

Согласно пункту 4.2. Дополнительного соглашения № 1 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» № 558085257 от 01 мая 2015 г. 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.

В соответствии с пунктом 2.1 Дополнительного соглашения № 1 (Мобильная реклама) к Договору оказания услуг № ДТ-П/013386 от 02 июля 2013 г., заключенного между ООО «Девино Телеком» и ООО «Инкор Девелопмент» (копия документа представлена ООО «Девино Телеком») ИСПОЛНИТЕЛЬ (ООО «Девино Телеком») обязуется самостоятельно, либо с привлечением третьих лиц, оказывать по заданию ЗАКАЗЧИКА (ООО «Инкор Девелопмент») услуги по размещению рекламной-информационных материалов ЗАКАЗЧИКА в любой форме текстовых, графических и мультимедийных, SMS/MMS-сообщений в рамках мобильных сетей операторов связи, либо пользователям терминалов платежных систем.

Таким образом, из имеющихся документов следует, что ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ООО «Инкор Девелопмент» 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 блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости.

Исходя из документов, представленных в Липецкое УФАС России, что ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ООО «Инкор Девелопмент» имеют 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 что ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ООО «Инкор Девелопмент» ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламодателем-распространителями в силу законодательного определения.

Таким образом, реклама, распространенная посредством SMS-сообщения 22.03.2016 в 17:19 на номер телефона <...> с текстом «24 марта – KIA RIO и KIA Ceed на 100 000 дешевле прайса в Ночь распродаж на Каширке 39. <...> Отписаться: <...>» содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель-распространитель.

ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ООО «Инкор Девелопмент» 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 «Девино Телеком», ООО «Инкор Девелопмент» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ООО «Инкор Девелопмент» являются рекламодателями рекламы «24 марта – KIA RIO и KIA Ceed на 100 000 дешевле прайса в Ночь распродаж на Каширке 39<...> Отписаться: <...>», распространенной 22.03.2016 в 17:19 на номер телефона <...> от отправителя «RService».

Определением о возбуждении дела № 9 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 22 июня 2016 года рассмотрение дела было назначено на 7 июля 2016 года, а также были запрошены необходимые документы у ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ООО «Инкор Девелопмент».

В ходе рассмотрения дела установлено, что почтовое отправление, содержащее копию определения о возбуждении дела № 9 и направленное по адресу нахождения ООО «Инкор Девелопмент», не получено адресатом. Следовательно, ООО «Инкор Девелопмент» о месте, дате и времени рассмотрения дела № 9 надлежащим образом не уведомлено.

Кроме того, в адрес Липецкого УФАС России поступило ходатайство от ПАО «ВымпелКом» об отложении рассмотрения дела № 9 в связи с нахождением официального представителя общества в очередном отпуске (с приложением соответствующих документов).

На основании вышеизложенного, рассмотрение дела было отложено на 23 августа 2016 года.

08.08.2016 г. ООО «Девино Телеком» в адрес Липецкого УФАС России было представлена копия анкеты о согласии на получение информации по каналам связи (СМС рассылка) и обработку персональных данных. В соответствии с указанной анкетой, гражданин <...> даёт своё согласие на получение смс-рассылки на абонентский номер <...>.

Таким образом, в ходе рассмотрения дела № 9 наличие фактов нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» со стороны ООО «Девино Телеком» не подтвердилось.

Руководствуясь пунктом 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

О П Р Е Д Е Л И Л А:

Производство по делу № 9 прекратить.

