

РЕШЕНИЕ по делу № 076/05/18-143/2020

«25» марта 2020 года г. Ярославль

Решение изготовлено в полном объеме «07» апреля 2020 года.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя Управления Гудкевич Е. В.,

члены Комиссии – начальник отдела контроля органов власти и рекламы Семенюк А. В.,
главный специалист-эксперт Солодяшкина С.Д.,

рассмотрев дело № 076/05/18-143/2020 по признакам нарушения законодательства о рекламе по факту рассылки смс-сообщения рекламного характера без согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

ООО «Окко», привлеченное к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, на рассмотрение дела не явилось, представителей не направило, уведомлено надлежащим образом.

В соответствии с пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие указанных лиц.

Дело возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), поскольку указанное смс-сообщение получено абонентом без согласия на его получение.

Рассмотрев материалы дела, представленные документы и пояснения сторон, Комиссия пришла к следующим выводам.

Ярославским УФАС России в связи с поступившим 23 декабря 2019 года обращением физического лица установлен факт получения данным лицом смс-сообщения: «Смотрите кино все новогодние праздники бесплатно! Более 25 000 кино и сериалов в подписке «Оптимум» <https://okko.tv/s/newyear> (18+)», 20.12.2019 г. в 19:18 на номер <...> -902-330-66-51 без согласия абонента на его получение.

Исходя из содержания рассматриваемой информации, она адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к услугам сервиса <https://okko.tv/s/newyear> для просмотра кино и сериалов, формирование и поддержание интереса к данным услугам и продвижения их на рынке, и, следовательно, эта информация является рекламной.

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.

Заявителем указано в обращении, что указанное сообщение получено данным лицом без его предварительного согласия.

Получение указанного смс-сообщения 20.12.2019 г. в 19:18 на номер <...> -902-330-66-51 подтверждается соответствующим скриншотом, предоставленным самим заявителем.

Установлено, что сервис <https://okko.tv/>, согласно информации, размещенной на указанном сервисе, принадлежит ООО «Окко».

ООО «Окко» в ответ на запрос представило пояснения (вх. № 3235 от 23.03.2020), в которых указано, что данная реклама распространялась данной организацией посредством смс-рассылки с помощью сервиса ООО «СМС Трафик», с которым заключен договор № 591/16 от 01.12.2016. Копия указанного договора представлена в материалы дела.

Согласно пункту 2.1 данного договора ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) обязуется оказывать ООО «Окко» (Заказчику) услуги доступа к системе, в частности, комплекс мероприятий, обеспечивающих рассылку сообщений.

Согласно пункту п. 3.2.2 договора ООО «Окко» обязано получить от абонента, которому планирует отправлять сообщение, предварительное согласие.

Кроме того, ООО «Окко» представлены копии счета-фактуры № С0000019273 от 31.12.2019 г., счета-фактуры № С0000019851 от 31.12.2019 г., счета № 431979/19 от 31.12.2019 г., счета № 433259/19 от 31.12.2019 г., актов от 31.12.2019 г., платежных поручений № 580 и № 581 от 03.02.2020 г. к указанному договору.

Отношения между абонентом, которому было направлено смс-сообщение и сервисом ООО «Окко» регулируются договором, а именно пользовательским соглашением, текст которого размещен в открытом доступе на главной странице сайта по адресу: <http://okko.tv/>. Пользовательское соглашение в соответствии со статьей 437 ГК РФ является публичной офертой.

Регистрируясь в сервисе «Окко» (далее – Сервис), пользователи принимают Пользовательское соглашение Сервиса и дают согласие на получение от Сервиса рекламных сообщений.

Такое согласие пользователя с абонентским номером +7-902-330-66-51 было получено 28.07.2015 г. Регистрируясь в Сервисе «Окко», данный пользователь выразил согласие на

получение от ООО «Окко» рассылок, что подтверждается скриншотом учетной записи, созданной пользователем. При этом пользовательская запись не могла быть создана без идентификации пользователя – подтверждения номера телефона посредством ввода кода из смс-сообщения. Копия скриншота представлена в материалы дела.

Таким образом, пользователь при регистрации Сервисе «Окко», заполняя регистрационные данные и посредством щелчка мышью на кнопку «Вход и регистрация», принимает Пользовательское соглашение. Данные действия пользователя являются заключением договора посредством конклюдентных действий согласно пункту 3 статьи 434 ГК РФ.

Согласно Пользовательскому соглашению данное соглашение Сервиса «Окко» представляет собой публичную оферту ООО «Окко» в адрес любого дееспособного физического лица, прошедшего регистрацию и осуществившего доступ к Сервису «Окко» посредством сети Интернет через IP-адрес на определенной в настоящем соглашении территории.

Использование пользователем сервиса, любых его служб, функциональных возможностей означает безоговорочное согласие пользователя со всеми пунктами настоящего соглашения и безоговорочное принятие его условий с обязательствами соблюдать обязанности, возложенные на пользователя по настоящему соглашению. Факт использования пользователем Сервиса, а также регистрация пользователя на Сервисе (создание учетной записи) является полным и безоговорочным акцептом настоящего соглашения, незнание, незнакомство с условиями которого не освобождает пользователя от ответственности за несоблюдение его условий.

Согласно пункту 3.4 соглашения провайдер вправе осуществлять рассылки пользователям сообщений, в том числе посредством сетей электросвязи, смс-сообщений и сообщений в мессенджере Viber, содержащих организационно-техническую или иную информацию о возможностях сервиса, а также содержащую рекламные и иные информационные материалы провайдера, на что пользователь дает ему согласие в настоящем соглашении.

Таким образом, ООО «Окко» полагает, что получено надлежащее согласие на получение абонентом данной рекламной информации.

Вместе с тем, Комиссией установлено, что письменного согласия, позволяющего однозначно идентифицировать добровольное волеизъявление абонента на получение рекламы, ООО «Окко» не представлено.

Указанные доводы и пояснения ООО «Окко» о наличии в данном случае согласия абонента на получение рекламы, по мнению Комиссии, являются не состоятельными по следующим основаниям.

Комиссией установлено, что на сайте <https://okko.tv/> при заполнении регистрационной формы обязательно нужно поставить отметку в графе «Принимаю Пользовательское соглашение и даю согласие на получение информационных и рекламных сообщений от Окко», без этого действия по отправлению регистрационной формы не возможны.

В пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", указано, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Сам факт заполнения формы на сайте не подтверждает согласие на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление абонента (или лица, действующего в его интересах) исключительно на заполнение формы на сайте с целью получения доступа к сервису

просмотра фильмов. При этом предусмотренный соглашением автоматически действующий независимо от волеизъявления абонента (или лица, действующего в его интересах) порядок регистрации вынуждает его (осознанно либо неосознанно) согласиться на получение смс-сообщений рекламного характера в целях осуществления желаемой регистрации, получения ответа на вопрос, пользования сервисами.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать добровольное волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Конкретные доказательства, подтверждающие наличие добровольного невынужденного предварительного согласия абонента на получение рекламного сообщения, в том числе непосредственно от ООО «Окко», данной организацией не представлены.

Нахождение возможности получения услуг в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по заполнению формы на сайте как дачу им своего согласия на получение рекламной рассылки, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие не является надлежащим.

В данном случае возможно отозвать только ранее данное при заполнении формы на сайте согласие, при том, что заполнение формы на сайте не могло бы состояться без принятия соглашения в целом. Данное обстоятельство также не позволяет признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления.

Аналогичная позиция также содержится в Постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 13.12.2016 г. по делу № А82-574/2016.

Следовательно, в данном случае, по мнению Комиссии, согласие на получение рекламного сообщения не было надлежащим образом получено.

На основании изложенного, Комиссией установлено, что указанное сообщение направлено абоненту без его согласия на получение данной информации, что не соответствует требованиям, установленным в части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 данного закона, несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании изложенного, в соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Окко», поскольку, как следует из представленных в материалы дела документов и пояснений, данное лицо непосредственно осуществляло отправку рассматриваемого смс-сообщения.

Следовательно, ООО «Окко» как рекламодатель рассматриваемой рекламы нарушило требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 «О рекламе» предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

ООО «Окко» в письменных пояснениях также указано, что данное лицо прекратило рассылку на абонентский номер <...> -902-330-66-51.

В связи с этим Комиссия не усматривает целесообразности выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 4, 37-43, 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «Смотрите кино все новогодние праздники бесплатно! Более 25 000 кино и сериалов в подписке «Оптимум» <https://okko.tv/s/newyear> (18+)», распространенную 20.12.2019 г. в 19:18 на номер <...> -902-330-66-51 посредством смс-сообщения без согласия абонента на ее получение, поскольку в данном случае нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание об устранении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с добровольным устранением нарушения.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии Е. В. Гудкевич

Члены Комиссии: С.Д. Солодяшкина

А. В. Семенюк