

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-8-2019

Резолютивная часть решения объявлена 30 апреля 2019 года

Решение изготовлено в полном объеме 20 мая 2019 года

г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Члены Комиссии:

- Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти,

- Бакулина А.А., специалист 2 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-8-2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в присутствии представителя Общества с ограниченной ответственностью «НИКАМЕД» (далее – ООО «НИКАМЕД») ***, (по доверенности от 12.04.2019 № 61),

в отсутствие заявителя ***, а также представителей Общества с ограниченной ответственностью «АйДиджитал» (далее – ООО «АйДиджитал») надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено по обращению ***, (далее – заявитель) по факту распространения 01.02.2019 в 15:38 на выделенный ему телефонный номер <...> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Скидка 20% при покупке 2х пар стелек или колгот/чулок! 84957755000», отправитель ОРТЕКА.

В соответствии со статьей 3 Закона 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; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624

разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются 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.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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 Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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

Таким образом, обязанность доказать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

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 следующее: «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. 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 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».

Телефонный номер абонента закреплен за оператором связи ПАО «ВымпелКом» (г. Москва и Московская область), согласно информации которого вышеуказанное смс-сообщение поступило с телефонного номера, выделенного ООО «АйДиджитал» на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2015 № 557898006 и дополнительного соглашения к нему № 4 от 16.02.2018.

ООО «АйДиджитал» подтвердило факт отправки 01.02.2019 в 15:38 вышеуказанного смс-сообщения» на телефонный номер <...> через оборудование ООО «АйДиджитал».

Вместе с тем, по информации, полученной от «АйДиджитал», между ООО «АйДиджитал» (Исполнитель) и ООО «НИКАМЕД» (Заказчик) заключен договор от 21.03.2018 № SMSD2103/18-01AA (далее – Договор), согласно пункту 2.1 которого ООО «АйДиджитал» приняло на себя обязательство по оказанию ООО «НИКАМЕД» услуг по отправке сформированных Заказчиком исходящих сообщений через оборудование Исполнителя до узла связи операторов, с целью последующей передачи сообщений Заказчика абонентам, определенным Заказчиком.

Согласно пунктам 3.2, 3.4 и 3.12 Договора ООО «НИКАМЕД» самостоятельно определяет содержание сообщений Заказчика, получателей сообщений Заказчика и время отправки сообщений Заказчика, а также несет полную ответственность перед Исполнителем, абонентами и третьими лицами, в частности, компетентными государственными органами, за содержание сообщений и факт их приема-передачи в рамках оказания услуг; гарантирует, что им получены согласия абонентов, которым направляются сообщения Заказчика, на получение абонентами таких сообщений Заказчика в порядке и форме, предусмотренном законодательством; обязуется не направлять сообщения абонентам, которые выразили нежелание получать сообщения с номеров Заказчика, используемых Заказчиком, получать любые рекламные сообщения, получать сообщения любого вида.

ООО «НИКАМЕД» подтвердило факт отправки вышеуказанной смс-рекламы (письмо от 17.04.2019 № 2019/293), при этом указало, что 08.03.2017 *** была заполнена анкета на получение дисконтной карты ортопедического салона ОРТЕКА № 1106036, которая была привязана к номеру телефона ***. Активация дисконтной карты клиента производится с помощью кода, сообщаемого сотруднику салона при оформлении. Перед тем как сообщить проверочный код сотруднику, клиент информируется о том, что, сообщая его, клиент соглашается с получением смс-рассылки и/или рассылки рекламы на почту.

Однако в представленной копии Регламента ООО «НИКАМЕД» о порядке предоставления скидки по Дисконтной Карте Клиента от 03.04.2015, не описываются процедура активации дисконтной карты с помощью кода, сообщаемого сотруднику салона при оформлении, и порядок информирования клиента о получении смс-рассылки и/или рассылки рекламы на почту. Анкету на получение карты с подписью и согласием *** на получение смс-рассылки ООО «НИКАМЕД» не представило.

ООО «НИКАМЕД» указало, что на дату отправки вышеуказанного сообщения (01.02.2019) не располагало сведениями об отказе абонента от смс-рассылки. 01.03.2019 телефонный номер абонента *** исключен из базы смс-рассылки ООО «НИКАМЕД».

На заседании Комиссии представитель ООО «НИКАМЕД» подтвердил факт рассылки вышеуказанной смс-рекламы с нарушением законодательства о рекламе.

Таким образом предварительное согласие *** на распространение смс-рекламы не представлено, в связи с чем действия ООО «НИКАМЕД» по распространения 01.02.2019 в 15:38 на выделенный заявителю телефонный номер <...> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Скидка 20% при покупке 2х пар стелек или колгот/чулок! 84957755000», отправитель ОРТЕКА, совершены с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно статье 38 Закона о рекламе ответственность за вышеназванное нарушение несет рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ООО «НИКАМЕД» (адрес: 127015, г. Москва, Бумажный проезд, д. 14, стр 2, ИНН 7713046956, ОГРН 1037700031588).

В связи с наличием на дату рассмотрения дела доказательств прекращения

распространения рекламы, Комиссия Тверского УФАС России пришла к выводу об отсутствии необходимости выдачи ООО «НИКАМЕД» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия Тверского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, распространенную 01.02.2019 в 15:38 посредством смс-сообщений (номер заявителя +79032640153) ненадлежащей; признать действия ООО «НИКАМЕД» (адрес: 127015, г. Москва, Бумажный проезд, д. 14, стр 2, ИНН 7713046956, ОГРН 1037700031588) при распространении вышеуказанной рекламы без предварительного согласия абонента нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе ООО «НИКАМЕД» не выдавать в связи с добровольным устранением нарушения до принятия решения по настоящему делу

3. Прекратить участие в деле № 04-6/2-8-2019 ООО «АйДиджитал» (197110, г. Санкт-Петербург, ул. Лодейнопольская, д. 5, литера А, ИНН 7813577816, ОГРН 1137847488195).

4. Передать материалы дела № 04-6/2-8-2019 уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении рекламораспространителя вышеуказанной рекламы – ООО «НИКАМЕД».

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

Председатель Комиссии

Л.В. Посохова

Члены Комиссии

Е.И. Манюгина

А.А. Бакулина

ИСП: А.А. Бакулина (4822) 32-15-42