

Комиссия Мордовского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии руководитель Управления,

члены Комиссии: заместитель руководителя Управления – начальник отдела контроля рекламы и рынка финансовых услуг, главный государственный инспектор отдела контроля рекламы и рынка финансовых услуг, старший государственный инспектор отдела контроля рекламы и рынка финансовых услуг,

рассмотрев 18 февраля 2019 года дело № 013/05/18-19/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбужденное по электронному обращению гр. Б.... (г.) от 17.12.2018 ВХ034347 (вх.№5491 от 17.12.2018), поступившему из Федеральной антимонопольной службы, относительно доставленного 13.12.2018 в 15:42 на его абонентский номер <...> ... (оператор связи Билайн) от имени ОРТЕКА sms-сообщения рекламного характера «В честь открытия 200-й ОРТЕКИ дарим 3000 бонусов! До 20.12! 88003333112» без предварительного согласия абонента на получение такой sms-рассылки, что содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»,

УСТАНОВИЛА:

Лица, участвующие в деле, надлежащим образом уведомлены о времени и месте рассмотрения настоящего дела, однако на заседание Комиссии Мордовского УФАС России их представители не явились и от них не поступало ходатайств об отложении рассмотрения дела в связи с невозможностью явки по уважительным причинам.

Гр. Б.... в поступившем от него электронном обращении от 17.12.2018 ВХ034347 (вх. №5491 от 17.12.2018) выразил согласие на рассмотрение дела в его отсутствие.

Руководствуясь пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Мордовского УФАС России рассматривает настоящее дело в отсутствие лиц, привлеченных к участию в рассмотрении дела № 013/05/18-19/2019.

В Мордовское УФАС России из Федеральной антимонопольной службы поступило электронное обращение гр. Б.... (г.) от 17.12.2018 ВХ034347 (вх.№5491 от 17.12.2018), в котором сообщается о факте получения 13.12.2018 в 15:42 на его абонентский номер <...> (оператор связи Билайн) без предварительного согласия абонента от имени ОРТЕКА sms-сообщения рекламного характера «В честь открытия 200-й ОРТЕКИ дарим 3000 бонусов! До 20.12! 88003333112».

Такое обращение перенаправлено в Мордовское УФАС России Федеральной антимонопольной службой, что согласуется с пунктом 6 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в силу которого Федеральная антимонопольная служба вправе поручить своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по ходатайству своего территориального органа или по собственной инициативе независимо от места нахождения (места жительства) лица, в действиях которого

содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, или места распространения рекламы. Тем самым Мордовскому УФАС России поручено возбуждение и рассмотрение дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по заявленным гр. Б... претензиям к вышеназванной sms-рассылке.

Данные обстоятельства послужили основанием для вынесения определения Мордовского УФАС России от 18.01.2019 № 22 о возбуждении дела № 013/05/18-19/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Лица, привлеченные к участию в рассмотрении дела, предоставили документы и сведения по существу настоящего разбирательства: ООО «Никамед» с письмом от 12.02.2019 № 2019/126 (вх.№717 от 12.02.2019); ООО «АйДиджитал» с письмом от 14.02.2019 №1402/2019-001 (вх.№824 от 18.02.2019).

Также в материалах дела имеются документы и сведения, предоставленные ПАО «ВымпелКом» с письмом от 14.01.2019 № 4/1 (вх.№129 от 14.01.2019).

Комиссия, исследовав имеющиеся документы и материалы в их совокупности, пришла к следующим выводам.

Содержащиеся в sms-сообщении сведения о продавце, индивидуализирующем себя под наименованием ОРТЕКА (специализированная сеть ортопедических салонов) и, со ссылкой на контактный телефон 88003333112, в честь открытия 200-го салона до 20 декабря предлагающего подарить 3000 бонусов, не носят персонализированного характера и поэтому представляют интерес для неопределенного круга лиц, тем самым сообщаемые сведения о продавце ОРТЕКА формируют к нему интерес, способствуют его продвижению на рынке, в связи с чем такие сведения по всем признакам соответствуют понятию рекламы.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с помощью 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 пунктом 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» объект рекламирования – товар, средство индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности, либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В рассматриваемом случае объектом рекламирования является продавец ОРТЕКА, предлагающий до 20 декабря подарить бонусы в честь открытия 200-го салона и сообщаящий контактный телефон 88003333112.

Распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться при

условии предварительного согласия абонента на её получение.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального 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.

Гр. Б..., обратившийся в антимонопольный орган, в своем заявлении указал, что он не давал предварительного согласия на получение вышеприведенного рекламного sms-сообщения.

Согласно пункту 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно части 2 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Приведенные нормы Федерального закона «О связи» корреспондируются с требованиями части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

ПАО «ВымпелКом» (оператор связи Билайн) в письме от 14.01.2019 № 4/1 (вх.№129 от 14.01.2019) пояснило, что отправителем рассматриваемой sms-рассылки от имени ОРТЕКА является Абонент - ООО «АйДиджитал», с которым заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № г., а также дополнительное соглашение № 4 на

оказание услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (SMS-сообщений) от Абонента к Пользователю. Из условий договора и дополнительного соглашения к нему следует, что ПАО «ВымпелКом», как оператор связи, оказывает услуги «Партнерские SMS-сервисы» путем доступа к своему программно-аппаратному комплексу для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений партнерами Абонента и/или Абонентом, который, в свою очередь, осуществляет sms-рассылку на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов, и при этом Абонент признается рекламодателем или заказчиком рассылки и несет за свои действия ответственность в соответствии с законодательством РФ.

В свою очередь, ООО «АйДиджитал» предоставляет услуги по отправке сформированных исходящих сообщений через свое оборудование до узла связи операторов Заказчику - ООО «Никамед», что подтверждается договором №SMSD2103/18-01AA от 21.03.2018г., заключенным между ООО «Никамед» и ООО «АйДиджитал», по условиям которого Заказчик несет предусмотренные законом обязанности рекламодателя и рекламодателя исходящих сообщений абонентам, от которых имеется согласие на получение таких сообщений.

Анализ сложившихся договорных отношений свидетельствует о том, что взаимосвязанностью оборудования и последовательных партнерских действий ООО «Никамед» и ООО «АйДиджитал» фактически обеспечена sms-рассылка с рассматриваемой рекламой на оборудование оператора связи ПАО «ВымпелКом», с которого такая sms-реклама доставлена на абонентский номер <...> ... Б....- пользователя услуг радиотелефонной связи Билайн.

Тем самым ООО «Никамед» и ООО «АйДиджитал», осуществившие фактическое доведение рекламных сведений о продавце ОРТЕКА до абонента связи Билайн, выступили в качестве рекламодателей.

При этом договорные обязательства ООО «Никамед» перед ООО «АйДиджитал», ООО «АйДиджитал» перед оператором связи ПАО «ВымпелКом», абоненту которого предназначена рассматриваемая sms-рассылка, предусматривают обязанность каждого из названных лиц осуществлять такую sms-рассылку со своего оборудования на оборудование партнера и на оборудование оператора связи только таким абонентам - пользователям услуг операторов подвижной радиотелефонной связи, от которых получено предварительное согласие на получение рекламы.

Приведенные обязательства согласуются с требованиями части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы. При этом из данной нормы следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламодателем.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Материалами дела установлено, что sms-рассылка с рассматриваемой рекламой осуществлена по инициативе ООО «Никамед» с его оборудования на оборудование ООО «АйДиджитал», которое, в свою очередь, как абонент Билайн передало sms-рекламу в сеть оператора связи ПАО «ВымпелКом», через SMS-центр которого такая sms-реклама доставлена абоненту Б....

Следовательно, ООО «Никамед» и ООО «АйДиджитал» в данном случае выступили рекламодателями.

Вместе с тем, ООО «Никамед», под управлением которого осуществляется торговая деятельность сети ортопедических салонов ОРТЕКА, сведения о которой содержатся в рассматриваемой sms-рекламе, выступило рекламодателем рассматриваемой sms-рекламы.

В соответствии с пунктом 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

В пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» разъяснено 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 рекламодателя.

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать гр.Б....

Рекламодатель, одновременно выступающий рекламодателем, - ООО «Никамед» в письме от 12.02.2019 № 2019/126 (вх.№717 от 12.02.2019) пояснило: Б.... является держателем дисконтной карты клиента, при оформлении которой 21.11.2013 им заполнена анкета на получение скидочной карты «ОРТЕКА» № 501793, где названным физическим лицом указан телефонный номер <...>и подтверждено согласие на получение sms-рассылки, до настоящего времени не отозванное; анкетные данные клиента были внесены в клиентскую базу ООО «Никамед»; с 27.12.2018 рассылка на абонентский номер <...> ... прекращена. В подтверждение приведенных пояснений предоставлены скрин-шоты с клиентской базы ООО «Никамед».

Учитывая фактически установленные обстоятельства, Комиссия признаёт, что предоставленные ООО «Никамед» данные являются достаточным доказательством того, что Б...., оформивший дисконтную карту клиента ОРТЕКА № 501793 с указанием своих персональных данных о фамилии, имени, отчестве и при оформлении такой карты выразивший согласие на получение sms-рассылки, им не отозванное, необоснованно предъявляет претензии о незаконности рассматриваемой sms-рассылки от имени ОРТЕКА, поскольку таковая осуществлена на абонентский номер <...> ... с предварительного согласия Б.....

Таким образом, реклама «В честь открытия 200-й ОРТЕКИ дарим 3000 бонусов! До 20.12! 88003333112», доставленная в г.Москву от имени ОРТЕКА 13.12.2018 в 15:42 на абонентский номер <...> (оператор связи Билайн), находящийся в пользовании гр. Б....., распространена при наличии предварительного согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на отсутствие нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Руководствуясь подпунктом а пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 013/05/18-19/2019 прекратить.