Р Е Ш Е Н И Е

Дата принятия решения: 04 сентября 2019 года г. Иваново

Комиссия Ивановского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе (далее - Комиссия):

<…>рассмотрев дело №037/05/5-263/2019 (03-31/2019-23), возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в отсутствие заявителя: <…>,

в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: ИП <…> (ИНН 370213374483, ОГРНИП: 304370215300290) – <…> по доверенности от 04.09.2019,

УСТАНОВИЛА:

В Ивановское УФАС России поступило заявление, в котором содержится информация о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Так, из заявления следует, что 24.07.2019 в 17:11 на телефонный номер <…> от абонента «estet» поступило рекламное смс следующего содержания: «Вам начислен КЭШБЭК:100 000 рублей. Оплатите ПОКУПКИ до 31.07 в ЭСТЕТ.». Однако своего согласия на получение подобной рекламной рассылки абонент не давал.

Следовательно, в указанной рекламе содержатся признаки нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), согласно которой 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.

Факт распространения рекламы подтверждается: заявлением, скриншотом смс, пояснениями ПАО «Вымпелком» об оказанных абоненту услугах, Актами осмотра Интернет-сайта zoloto37.com.

Ивановским УФАС России по данному факту 20 августа 2019 года возбуждено дело №037/05/5-263/2019 (03-31/2019-23) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Понятия «сеть связи», «средства связи», «абонент» приведены в ст.2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи».

Так, сеть связи – это технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для электросвязи или почтовой связи.

Средства связи – технические и программные средства, используемые для формирования,

приема, обработки, хранения, передачи, доставки сообщений электросвязи или почтовых отправлений, а также иные технические и программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей связи.

Абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие «адресат» содержится в ст.2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которой адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе ненадлежащей является реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – это информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирования и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Федеральной антимонопольной службой России в письме №АЦ/4624 от 05.04.2007 разъяснено, что 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В содержании рассматриваемой информации отсутствуют сведения, указывающие на лицо, до которого информация доведена (распространена) и на восприятие которого непосредственно направлена.

Следовательно, рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- адресована неопределенному кругу лиц;

- направлена на привлечение внимания к акции «КЭШБЭК:100 000 рублей в ЭСТЕТ»;

- призвана формировать и поддерживать интерес к объекту рекламирования, способствует его продвижению на рынке.

ПАО «Вымпелком» подтвердило факт получения абонентом смс 24.07.2019 в 17:08. При этом согласно предоставленным в Ивановское УФАС России сведениям указанное смс было отправлено абоненту АО «Загрузка» в рамках заключенного с ПАО «Вымпелком» договора об оказании услуг связи «Билайн» №496629095 от 30.12.2013 и дополнительного соглашения №3 от 11.05.2015. Вместе с тем, АО «Загрузка» пояснило, что указанное смс было направлено абоненту в рамках заключенного ООО «Е-Восток» договора №А-91/15р от 01.11.2015.

ООО «Е-Восток» предоставило информацию о том, что указанное смс было передано через узел связи Общества ИП <…>на основании договора №E-D 31/15 от 01.09.2015 (вх. №2842 от 16.08.2019). Кроме того, ООО «Е-Восток» сообщило, что из ответа ИП <…>следует, что абонент 28.10.2018 зарегистрировал бонусную карту на Интернет-сайте zoloto37.com, предоставив согласие на обработку персональных данных и получение смс-рассылки путем ввода

одноразового пароля из смс, направленного ему в 12:24 того же дня.

ИП <…>изложенную информацию подтвердила (вх. №2877 от 19.08.2019). Из письменных пояснений ИП <…>следует, что абонент <…>был внесен в клиентскую базу ювелирных салонов «Эстет» и не обращался к рекламораспространителю с требованием о прекращении распространения рекламы.

Законодательством Российской Федерации не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что предполагает допустимым любую форму предварительного согласия абонента.

Однако согласно ч.1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

В п.15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», разъяснено следующее: «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».

Следовательно, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

Сотрудниками Ивановского УФАС России проведен осмотр Интернет-сайта zoloto37.com, в результате которого установлено, что форма регистрации бонусной карты предусматривает вариативность выражения согласия на обработку персональных данный и согласия на получение смс и e-mail рекламного характера. Иначе говоря, введение одноразового пароля из смс при регистрации бонусной карты не подтверждает, что абонентом была проставлена «галочка» напротив согласия на получение смс и e-mail рекламного характера.

При этом на Интернет-сайте в разделе акции «Золотой кэшбек» указана следующая фраза: «нажимая кнопку, Вы подтверждаете своё согласие на обработку персональных данных и на получение одного смс-уведомления об успешной регистрации. Мы не храним ваши данные и не используем их для информационных рассылок.

Таким образом, в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством телефонных звонков.

Значит, рассматриваемая реклама распространялась с нарушением требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе. За нарушение требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст.38 данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

Вместе с тем, при осмотре Интернет-сайта zoloto37.com также было установлено, что по условиям рекламируемой в рассматриваемом смс акции «Золотой кэшбек» бонусами кэшбэка можно оплатить только до 50% стоимости изделий в салоне Эстет.

Кроме того, в письменных пояснениях ИП <…> (вх. №3001 от 30.08.2019) указала, что по условиям акции ювелирные салоны «Эстет» в период с 01.06.2019 по 31.07.2019 начисляют каждому клиенту кэшбек в виде 100000 золотых (бонусов) на счет карты клиента. 1 золотой = 1 рублю. Ими клиент может оплатить не более 50% от стоимости украшений в салоне. Данная скидка не суммируется с другими скидками и не действует на выделенный ассортимент цепей и браслетов (серебро, золото), ассортимент «МЮЗ», упаковку, подарочные сертификаты,

чистящее средство.

Однако в смс-рекламе и на Интернет-сайте zoloto37.com данная информация отсутствует, следовательно, у потребителя не может сформироваться однозначное восприятие рекламной информации, тем более сумма бонусов указана в рублях.

В п.28 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указано, что рекламодатель вправе выбрать форму, способ и средства рекламирования своего товара. Однако он должен соблюдать обязательные требования, предъявляемые Законом о рекламе к рекламе, в частности о включении в рекламу предупреждающих надписей, обязательных сведений или условий оказания услуг. При этом оценка такой рекламы осуществляется с позиции обычного потребителя, не обладающего специальными знаниями.

Таким образом, рассматриваемая реклама также нарушает требования ч.7 ст.5 Закона о рекламе, согласно которой не допускается реклама, в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы.

За нарушение требований ч.7 ст.5 Закона о рекламе согласно ч.6 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламодатель.

Согласно представленным в Ивановское УФАС России сведениям администратором доменного имени zoloto37.com, рекламодателем и рекламораспространителем в данном случае является ИП <…>.

Согласно письменным пояснениям ИП <…>аналогичная реклама распространялась с 01.06.2019 по 15.08.2019 также путем размещения на территории салонов магазина «Эстет» и рекламных постов на страницах салона в социальных сетях.

На рассмотрении дела представитель ИП <…>поддержала ранее представленные письменные пояснения. Дополнительно сообщила, что сервис регистрации бонусных карт работал не достаточно правильно, в настоящее время вносятся необходимые изменения в его работу. Кроме того, представитель индивидуальной предпринимательницы признала, что сведения о рекламируемой акции были заполнены некорректно, недостатки будут учтены.

Руководствуясь статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе, в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Предписание антимонопольного органа, исходя из положений Закона о рекламе, является способом защиты общественных отношений, а также законных прав потребителей и иных заинтересованных лиц, направлено на устранение выявленных при рассмотрении дела нарушений и не является мерой ответственности стороны.

Исходя из изложенного, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «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 смс-рекламу следующего содержания: «Вам начислен КЭШБЭК:100 000 рублей. Оплатите ПОКУПКИ до 31.07 в ЭСТЕТ.», поступившую 24.07.2019 в 17:11 на телефонный номер <…>, ненадлежащей, нарушающей требования ч.7 ст.5 и ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ИП <…> предписание об устранении нарушений Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ивановского УФАС России для решения вопроса в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 04 сентября 2019 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

<…>