

20861/18 от 03.05.2018

ПАО «Вымпелком»

8 Марта ул., д. 10, стр. 14,

г. Москва, 127083

lkhoraskina@beeline.ru

ООО «ЛОГИН»

Чоботаевская ул., д. 17, пом. I,

г. Москва, 119634

ООО «Кинопортал»

2-я Рощинская ул., д. 4,

пом. I, ком. 15В,

г. Москва, 115191

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-77/77-18

«10» апреля 2018 г. г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-77/77-18 возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС сообщения рекламы:

«Только в приложении «Киноход» скидка 10% на все билеты в твой любимый кинотеатр! <http://goo.gl/YFkQJX> Скидка действует при оплате MasterCard или Maestro. Довезем на UBER в комфорте и со скидкой! Промо код: Kinohod2016», поступившего 07.01.2017 в 18:39 от отправителя «Brandinfo»,

с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в отсутствие представителей ПАО «Вымпелком», ООО «Раппорт», ООО «Кинопортал» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-77/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком», ООО «Раппорт», ООО «Кинопортал» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания:

«Только в приложении «Киноход» скидка 10% на все билеты в твой любимый кинотеатр! <http://goo.gl/YFkQJX> Скидка действует при оплате MasterCard или Maestro. Довезем на UBER в комфорте и со скидкой! Промо код: Kinohod2016». с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «Вымпелком» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001.

ООО «ЛОГИН» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.10.2012 за основным государственным регистрационным номером 1127747068679, ИНН 7721772824, КПП 772901001.

ООО «Кинопортал» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 24.01.2011 за основным государственным регистрационным номером 1117746033723, ИНН 7725713770, КПП

772501001.

Согласно материалам дела № 3-18-77/77-18 рассматриваемая реклама поступила 07.01.2017 в 18:39.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем в материалы дела.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является информация распространяемая 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 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.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить в том числе из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространяемая информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщения, в котором содержится информация об акциях, на билеты в кинотеатр, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом информация распространенная посредством отправки смс-сообщений на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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.

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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной 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», 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 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.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать

вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Подтверждения наличия согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламы сторонами по делу не представлено.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «Вымпелком» ООО «Репорт» ООО «Кинопортал» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-77/77-17, указанная реклама распространялась на основании следующих договоров:

- Договор оказания услуг № 0111/2015-ЛО/КИ от 01.11.2015, заключенного между ООО «Кинопортал», ООО «ЛОГИН» (далее - Договор);
- Договор № 220213ВК/ЭП от 22.02.2013, заключенного между ООО «ЛОГИН» и ПАО «Вымпелком» (далее — Договор 1).

В соответствии с пунктом 1.1 Договора, ООО «ЛОГИН» обязуется по заданию ООО «Кинопортал» оказывать ООО «Кинопортал» услуги, а ООО «Кинопортал» обязуется принимать и оплачивать Услуги ООО «ЛОГИН» согласно условиям Договора.

Согласно Договору под услугами понимаются услуги ООО «ЛОГИН» по обеспечению распространения Мобильной рекламы посредством Каналов коммуникации среди Целевой аудитории в сети связи Оператора. Распространение мобильной рекламы осуществляется путем направления Оператором абонентам SMS-сообщений и/или иным способом, указанным в утвержденном Медиа-плане.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 1, ПАО «Вымпелком» обязуется по заданию ООО «ЛОГИН» оказывать ООО «ЛОГИН», а ООО «ЛОГИН» обязуется принимать и оплачивать услуги ПАО «Вымпелком» согласно условиям Договора 1. Распространение мобильной рекламы осуществляется ПАО «Вымпелком» путем направления абонентам SMS-сообщений и/или иным способом, указанным в утвержденном медиа-плане.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется ПАО «Вымпелком» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей, что стороной по делу не оспаривается.

На основании изложенного, в данном случае имеются все основания считать ПАО «Вымпелком» рекламораспространителем в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение рекламы на телефонный номер <...> от отправителя «Brandinfo» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о

рекламе является ненадлежащим.

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

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании изложенного ПАО «Вымпелком» является рекламодателем рекламы:

«Только в приложении «Киноход» скидка 10% на все билеты в твой любимый кинотеатр! <http://goo.gl/YFkQJX> Скидка действует при оплате MasterCard или Maestro. Доведем на UBER в комфорте и со скидкой! Промо код: Kinohod2016», поступившего 07.01.2017 в 18:39 от отправителя «Brandinfo».

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Вымпелком» не представлено.

Таким образом Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Вымпелком» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Доказательств свилетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, в материалы дела не представлено.

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.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из

положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Вымпелком» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1 Признать ПАО «Вымпелком» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством СМС сообщения рекламы:

«Только в приложении «Киноход» скидка 10% на все билеты в твой любимый кинотеатр! <http://goo.gl/YFkQJX> Скидка действует при оплате MasterCard или Maestro. Довезем на UBER в комфорте и со скидкой! Промо код: Kinohod2016», поступившего 07.01.2017 в 18:39 от отправителя «Brandinfo».

2 . Выдать ПАО «Вымпелком» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>

Исполнитель: <...>., тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. <...>)