

РЕШЕНИЕ

20 сентября 2017 года

г. Липецк

Резолютивная часть решения объявлена 14 сентября 2017 года.

Решение в полном объеме изготовлено 20 сентября 2017 года.

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

Председатель комиссии:

Д.А. Шелестенко заместитель руководителя управления - начальник отдела защиты конкуренции,

Члены комиссии:

Ю.В. Селезнева государственный инспектор отдела защиты конкуренции,

Д.Д. Тарабрина ведущий специалист-эксперт отдела защиты конкуренции,

рассмотрела дело № 20 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» ПАО «Мобильные ТелеСистемы», ООО «АйДиджитал»,

в присутствии:

представителя лица, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ПАО «МТС» <...> (по доверенности),

УСТАНОВИЛА:

В Липецкое УФАС России поступило заявление вх.№ 100-з от 24.04.2017 <...> о том, что 21.04.2017 г. в 18 часов 30 минут на его абонентский номер <...> поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «YouzniPolus» (SMS-центр: <...>) следующего содержания: «22 апреля с 14:00 грандиозный розыгрыш подарков. Диджей сет, конкурсы, детские мастер-классы, розыгрыш суперприза –ВЕЛОСИПЕДА! ТРК Южный Полюс, ул.Пражская, д. 48/50. Вход свободный».

Статья 1 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в числе целей данного Федерального закона устанавливает, в том числе, реализацию права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Согласно п. 1 ст. 3 Закона реклама - 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.

В соответствии с п. 2 ст. 3 Закона о рекламе объект рекламирования - 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.

п. 3 ст. 3 Закона о рекламе гласит, что товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Согласно п. 4 ст. 3 Закона о рекламе ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с п. 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к розыгрышу подарков в ТРК «Южный Полюс», и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, не было представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная 21.04.2017 г. в 18 часов 30 минут на номер телефона <...> от отправителя «YouzniPolus» (SMS-центр: <...>), направленная на привлечение внимания к розыгрышу подарков в ТРК «Южный Полюс», является рекламой.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламодателя.

Исходя из материалов, предоставленных (109147, г.Москва, ул.Марксистская, д.4 ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124) (далее - ПАО «МТС»), указанная реклама распространялась на основании Агентского Договора №D150554007 от 01 декабря 2015 года заключенного между ПАО «Мобильные ТелеСистемы» («Принципал») и ООО «АйДиджитал» (197110, г.Санкт-Петербург, ул. Лодейнопольская, д.5, Литер А, ИНН 7813577816, ОГРН 1137847488195)(«Агент»).

Согласно пункту 3.2.8 Договора, в случае отказа Пользователя от получения SMS-сообщения согласно п.3.5.4 Принципал по факту получения такого отказа информирует об этом Агента с указанием Номера, с которого Пользователь просит прекратить подписку.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора, до начала оказания Услуг Агент обязан получить от Заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений, - рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (п.22.1 ст.2 ФЗ «О связи»). В случае направления Пользователям рекламных сообщений, то также обеспечить получение от Заказчиков рассылки документальное подтверждение/ письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи. Согласие Пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих Пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно п.22.1 ФЗ «О связи».

Пунктом 3.5.5 Договора установлено, что в случае регистрации Принципалом жалоб Пользователей на получение SMS-сообщений с Номера Заказчика, на которые Пользователь не давал свое согласие, Принципал вправе самостоятельно запрашивать или проверять наличие согласия Пользователя перед доставкой ему SMS-сообщений. В случае отказа Пользователя от получения SMS-сообщений с определенного Номера Заказчика сообщение ему не будет доставлено.

ООО «АйДиджитал» представило информацию о том, что Общество в соответствии с п.16 Правил оказания телематических услуг связи заключает договор как в письменной форме, так и путем осуществления конклюдентных действий, установленных офертой, размещенной на Интернет-ресурсе <https://digital-direct.ru/oferta.html> (далее – «Соглашение»).

Так, ЗАО «СИМВОЛ» (192241, Санкт-Петербург, ул. Пражская, д. 48/50, лит. А, ИНН 7816215660, ОГРН 1027807998789) (в качестве регистрационных данных указан адрес электронной почты an.egorova@fortgroup.ru (далее – «Пользователь») согласилось с условиями оферты и акцептовало его, зарегистрировавшись на Сайте и начав его использование. Согласно условиям Соглашения ООО «АйДиджитал» приняло на себя обязательства по оказанию Пользователю услуг передачи сообщений связи (sms-сообщений) от оборудования Пользователя до SMS-Центра операторов с целью их последующей передачи абонентам.

Данными Системы статистического учета приема-передачи сообщений (ССУПС) ООО «АйДиджитал» подтверждает факт отправки sms-сообщения 21.04.2017 года в 18:30:11 абоненту с номером +79112184041.

Определением от 26 июня 2017 года Липецким УФАС России возбуждено дело № 20 по признакам нарушения рекламного законодательства Российской Федерации в отношении ПАО «МТС», ООО «АйДиджитал».

Определением от 20 июля 2017 года об отложении рассмотрения дела № 20 в качестве ответчика в дело было привлечено ЗАО «СИМВОЛ».

В ходе рассмотрения материалов дела №20 каких-либо документов, подтверждающих предварительное согласие <...> на получение рекламы от ТРК «Южный Полюс», либо иного лица в адрес Липецкого УФАС России представлено не было.

Согласно Письму Федеральной антимонопольной службы от 05 декабря 2014 г. № АК/49919/14 О применении новых положений закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок, согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Следовательно, реклама, распространенная 21.04.2017 г. в 18 часов 30 минут на номер телефона <...> от отправителя «YouzniPolus» (SMS-центр: <...>) с текстом: «22 апреля с 14:00 грандиозный розыгрыш подарков. Диджей сет, конкурсы, детские мастер-классы, розыгрыш суперприза –ВЕЛОСИПЕДА! ТРК Южный Полюс, ул.Пражская, д. 48/50. Вход свободный», распространена без согласия абонента.

При этом в материалах дела отсутствует информация о повторном направлении рассматриваемой рекламы посредством sms-сообщения на абонентский номер <...>.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

В силу договорных отношений ПАО «МТС» не является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы, так как в соответствии с пунктом 3.5.5. Агентского Договора №D150554007 от 01 декабря 2015 года заключенного между ПАО «Мобильные ТелеСистемы» и ООО «АйДиджитал», Общество не получало жалоб от пользователей по распространению sms-рекламы. При этом, у ПАО «МТС», в силу договорных отношений отсутствует возможность самостоятельно проверить и приостановить отправку рекламы, распространяемой посредством sms-сообщений.

Из имеющихся документов следует, что ООО «АйДиджитал» и ЗАО «СИМВОЛ» предполагали возможность направления их абонентам sms-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «реклама».

В соответствии с действующим законодательством, а также исходя из принятых обязательств при заключении указанных выше договоров ООО «АйДиджитал», ЗАО «СИМВОЛ» обязаны иметь согласие на распространение рекламы посредством sms-сообщений. Однако доказательств получения надлежащего предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы в материалы дела не представлено.

При этом, у каждого из названных хозяйствующих субъектов имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение sms-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку sms-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ООО «АйДиджитал», ЗАО «СИМВОЛ» обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

Исходя из материалов дела, ООО «АйДиджитал», ЗАО «СИМВОЛ» имели возможность не передавать рассматриваемую рекламу. Само по себе отсутствие участия какой-либо из сторон по делу в процессе формирования текста рекламы либо ее адресатов, не снимает с ООО «АйДиджитал», ЗАО «СИМВОЛ» ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламодателями в силу законодательного определения.

Проанализировав имеющиеся в деле доказательства, в результате совещания, руководствуясь пунктом 1 части 2 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 ненадлежащей рекламу, распространенную 21.04.2017 г. в 18 часов 30 минут на абонентский номер <...> от имени «YouzniPolus» (SMS-центр: <...>) следующего содержания: «22 апреля с 14:00 грандиозный розыгрыш подарков. Диджей сет, конкурсы, детские мастер-классы, розыгрыш суперприза –ВЕЛОСИПЕДА! ТРК Южный Полюс, ул.Пражская, д. 48/50. Вход свободный» без согласия абонента, рекламодателями которой являются общество с ограниченной «АйДиджитал» (197110, г.Санкт-Петербург, ул. Лодейнопольская, д.5, Литер А, ИНН 7813577816, ОГРН 1137847488195), Закрытое акционерное общество «СИМВОЛ» (192241, Санкт-Петербург, ул. Пражская, д. 48/50, лит. А, ИНН 7816215660, ОГРН 1027807998789), т.к. нарушена ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Не выдавать предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением нарушения.

3. Передать материалы дела должностному лицу Липецкого УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение может быть обжаловано в течение трёх месяцев со дня его принятия.

Примечание. За невыполнение в установленный срок законного решения антимонопольного органа частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Привлечение к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, не освобождает от обязанности исполнить решение антимонопольного органа.

