

РЕШЕНИЕ

11 мая 2017 года

г. Липецк

Резолютивная часть решения объявлена 27 апреля 2017 года.

Решение в полном объеме изготовлено 11 мая 2017 года.

Комиссия Липецкого УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации 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 специалист-эксперт отдела защиты конкуренции,
рассмотрев дело № 7 по признакам нарушения публичным акционерным обществом «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14 ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), (далее- ПАО «ВымпелКом»), ООО «Лоджик Телеком» (124498, г.Москва, г. Зеленоград, Георгиевский проспект, дом 5 ИНН 7735564052 ОГРН 1097746715934) части 1 статьи 18 Федерального Закона от 13 марта 2006 года 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении рекламы посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента,

в отсутствие:

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» - ПАО «ВымпелКом»;

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» - ООО «Лоджик Телеком»;

заявителя- <...>,

УСТАНОВИЛА:

В Липецкое УФАС России из Федеральной антимонопольной службы России поступило заявление гражданки <...> о том, что 24.11.2016 г. в 12 часов 30 минут на её абонентский номер <...> поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «ZebraSokol» (SMS-центр:+79037011111) следующего содержания: «BLACK FRIDAY 25-27 ноября! Карты от 8900 - Выбери свою! Бронь 84953630700!». Данный способ распространения рекламной информации содержит признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

Статья 1 ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) 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 ч.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 ч. 1 ст. 3 ФЗ «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 ч. 1 ст. 3 Закона гласит, что товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Согласно п. 4 ч. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель - 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 картам «ZebraSokol», 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 24.11.2016 г. в 12 часов 30 минут на номер телефона <...> от отправителя «ZebraSokol», направленная на привлечение внимания к картам «ZebraSokol», 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

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.

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

Согласно Письму Федеральной антимонопольной службы от 05 декабря 2014 г. N 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).

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера +79031013774, согласие на получение рекламы ООО "Фитнес клуб Сокол", ПАО «ВымпелКом», ООО "Лоджик Телеком", она не давала. Представленное ПАО «ВымпелКом», перенаправленное от ООО "Фитнес клуб Сокол" согласие не может быть принято комиссией Липецкого УФАС России в связи со следующим.

Представленное согласие не является надлежащим, так как дано на получение рекламы другим лицом - <...>, а не <...>.

Следовательно, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ООО "Фитнес клуб Сокол", ПАО «ВымпелКом», ООО "Лоджик Телеком" не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

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

Исходя из материалов, предоставленных ПАО «ВымпелКом», указанная реклама распространялась на основании Дополнительных соглашений №1 от 01.05.2016 г. и №3 от 01.11.2016г. («Партнерские SMS-сервисы») к Договору оказания услуг связи «Билайн» №557897490 от 01.05.2016г. заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Лоджик Телеком».

Согласно пункту 1.1. части 1 дополнительного соглашения №1 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» №557897490 от 01.05.2015г, в рамках услуг «Партнерские SMS-сервисы», Оператор для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами Абонента (далее «Партнеры») и/или Абонентом (далее – «Услуги»). Услуги оказываются с соблюдением гарантированных параметров качества, предусмотренных настоящим Дополнительным соглашением, при осуществлении рассылок на абонентские телефонные номера сети связи Оператора.

Согласно п.1.5 ч.1 дополнительного соглашения, Услуги включают в себя:

- Выделение Абоненту в пользование уникального кода идентификации из технологического ресурса нумерации Оператора для отправки коротких текстовых сообщений Пользователям (далее «Уникальный код идентификации»);
- Предоставление Абоненту возможности использования уникального имени отправителя в целях идентификации Пользователями отправителя коротких текстовых сообщений (далее «Имя отправителя»);
- Доступ к технологическому интерфейсу программно-аппаратного комплекса

Оператора – SMS-платформе (далее – «Интерфейс Услуги»);

- Выделение и поддержание авторизационных данных (Логин/пароль) для подключения к Интерфейсу Услуги;
- Техническую возможность формирования и рассылки коротких текстовых сообщений Пользователям, определенных Абонентом, с использованием Интерфейса Услуги;
- Гарантированную полосу пропускания данных от оборудования Абонента к программно-аппаратному комплексу Оператора, измеряемую в количестве коротких текстовых сообщений в секунду для дальнейшей рассылки Пользователям (далее «Пропускная способность»).

Согласно п.4.2 договора, Абонент осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также обязуется сообщать Оператору актуальные даты получения вышеуказанных согласий Абонентом/Партнерами до даты осуществления рассылок на номера соответствующих Пользователей.

Абонент по требованию Оператора в течение срока, указанного в требовании, но не более 10 (десяти) рабочих дней с даты получения соответствующего запроса, предоставляет Оператору данные и документы, подтверждающие наличие согласия Пользователей на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также информацию о Партнерах, являющихся инициаторами рассылки коротких текстовых сообщений, включая копию договора с Партнером. При этом Абонент обязуется обеспечить наличие согласия Партнера на представления данной информации Оператору и третьим лицам.

Согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления Пользователей на получение коротких текстовых сообщений от Абонента и/или Партнеров.

В случае нарушения Абонентом оговоренных обязательств, в том числе, при непредставлении подтверждения согласия Пользователей на получение коротких текстовых сообщений от Абонента и/или Партнеров, а также непредставление всей необходимой информации о Партнере, включая копию договора с Партнером:

- Оператор вправе взыскивать с Абонента штраф в размере не превышающем 500 000 (пятистот тысяч) рублей за каждое короткое текстовое сообщение, отправленное без согласия Пользователя;
- Абонент признается рекламодателем или заказчиком рассылки и несет ответственность за свои действия в соответствии с законодательством РФ. Таким образом, из имеющихся документов следует, что ПАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «реклама». При этом, у каждого из названных хозяйствующих субъектов имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ПАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

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

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение

требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель. ПАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» последовательно осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> в силу имеющихся между ними гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ПАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» являются рекламодателями рекламы: «BLACK FRIDAY 25-27 ноября! Карты от 8900 - Выбери свою! Бронь 84953630700!», распространенной 24.11.2016 в 12:30 на номер телефона <...> от имени «ZebraSokol».

Определением о возбуждении дела № 7 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 02 февраля 2017 года рассмотрение дела было назначено на 02 марта 2017 года.

В сопроводительном письме к документам, запрошенным Определением о возбуждении дела №7 ООО «Лоджик Телеком» поясняет, что общество не осуществляет распространение рекламных сообщений по сетям электросвязи, а всего лишь «пассивно» предоставляет своим контрагентам доступ к своему программно-аппаратному комплексу для автоматической трансляции сообщений оператору связи, без оценки ООО «Лоджик Телеком» их смыслового содержания. Также, Общество направило ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие.

ПАО «ВымпелКом» документы не представило.

Определением об отложении рассмотрения дела, дело №7 было назначено на 04 апреля 2017 года.

ООО «Лоджик Телеком» направило ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие.

На рассмотрении дела 04.04.2017 г. представитель ПАО «ВымпелКом» (по доверенности) <...> пояснила, что передача спорного sms-сообщения основана на договоре, заключенном с ООО «Лоджик Телеком», однако ПАО «ВымпелКом» не имеет никакой возможности проконтролировать содержание договоров ООО «Лоджик Телеком» со своими партнерами, заказчиками рекламы, права и обязанности по таким договорам возникают непосредственно у ООО «Лоджик Телеком» и заказчика рекламы.

Определением об отложении рассмотрения дела, дело №7 было назначено на 27 апреля 2017 года, в связи с необходимостью получения дополнительной информации.

ООО «Лоджик Телеком» направило ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие.

Исходя из документов, представленных в Липецкое УФАС России, ПАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» 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 ПАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламодателями в силу законодательного определения.

Таким образом, 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 ПАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» 24.11.2016 г. в 12 часов 30 минут на абонентский номер <...> от имени «ZebraSokol» (SMS-центр:+79037011111) следующего содержания: «BLACK FRIDAY 25-27 ноября! Карты от 8900 - Выбери свою! Бронь 84953630700!», т. к. нарушены ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Не выдавать ПАО «ВымпелКом» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением распространения рекламы до вынесения решения по делу.
3. Не выдавать ООО «Лоджик Телеком» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе, в связи с прекращением распространения рекламы до вынесения решения по делу.
4. Передать материалы дела должностному лицу Липецкого УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.