

РЕШЕНИЕ

01 февраля 2019 года

г. Липецк

Резолютивная часть решения объявлена 29 января 2019 года.

Решение в полном объеме изготовлено 01 февраля 2019 года.

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

рассмотрела дело № 23 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 1 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» публичным акционерным обществом «МегаФон» (127006, Москва, пер. Оружейный, д. 41, ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585), акционерным общество «МегаЛабс» (127006, г. Москва, пер. Оружейный, д. 41, оф. 157, ИНН 7713556058, ОГР 1057747083767), акционерным обществом «Загрузка» (115280, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, , 19, к. 21Ф, ИНН 7703544582, ОГРН 1057746396113), обществом с ограниченной ответственность «СмартТелеком» (117246, г. Москва, Научный проезд, д. 8, стр. 1, эт. 1, пом. IV, ком. 12 ИНН 7724797030 ОГРН 1117746544915) (далее - ООО «СмартТелеком»),

в отсутствие:

лиц, участвующих в деле,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области поступило обращение <...> о том, что 14.09.2018 в 14 часов 40 минут на его абонентский номер <...> без предварительного согласия поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «Соме оп гут» следующего содержания: «Возвращайтесь! Год фитнеса 19700 только 3 дня! Бронь 89023559062».

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 и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке,

сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникшего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Указанная выше информация распространялась для неопределенного круга лиц – потребителей рекламы. Каких – либо ограничений по территории распространения и кругу лиц – потребителей рекламы, не установлено.

п. 2 ст. 3 Закона о рекламе говорит, что 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.

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

Объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе являются услуги фитнес центра.

Таким образом, информация, распространенная посредством sms-сообщения на номер <...> в силу ст. 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц, распространяется среди неопределенного круга лиц и направлена на привлечение внимания, формирование интереса потребителей такой информации к услугам фитнес центра, а также продвижение этих услуг на рынке.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 признаётся распространённой 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.

Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в пункте 15 разъясняет, что 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 рекламораспространителя.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 -ФЗ «О связи» электросвязь - это 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 (пункт 35); абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг

при выделении для этих целей абонентского 6 номера или уникального кода идентификации (пункт 1).

Распространение рекламы посредством sms-сообщения возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). Согласие от абонента может быть получено в любой форме и в порядке, которые, однако, должны предусматривать какой-либо способ фиксации факта получения такого согласия. При этом бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

С целью осуществления Управлением Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области своих полномочий по государственному надзору за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе: предупреждению, выявлению и пресечению нарушений физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе Управлением Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области были запрошены необходимые документы и информация.

Из анализа поступивших документов и информации установлено, что 14.09.2018 оборудованием ПАО «МегаФон» было зафиксировано отправление на номер <...> (на основании договора об оказании услуг связи № MR-20760064 от 18.05.2011 принадлежащего абоненту <...>) sms-сообщения от отправителя, имеющего буквенное обозначение «Someongum», выделенное АО «МегаЛабс». Отправка указанного сообщения была осуществлена по базе абонентов АО «МегаЛабс».

Между ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс» заключен договор от 01.01.2017 № РМИ-МГФ01012017, на основании которого ПАО «МегаФон» обязуется предоставить АО «МегаЛабс» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов.

В соответствии с п. 4.3 указанного договора, ПАО «МегаФон» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством интерфейса sms/mms/usssd-сообщений, баннеров на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов, и условиям соглашения, а также вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «МегаЛабс» условий соглашения.

Партнер (АО «МегаЛабс») при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов партнера, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы.

Между АО «МегаЛабс» и АО «Загрузка» заключен договор от 01.08.2016 № ДМИ-СВЗНЗГРЗК-01.08.2016, в соответствии с которым АО «МегаЛабс» обязалось предоставить АО «Загрузка» доступ к интерфейсу (программным средствам) для размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов.

Пунктом 3.9 установлено, что заказчик (АО «Связной Загрузка») в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов заказчика, обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов, в том числе, на получение рекламы.

Согласно п. 4.3 указанного договора, АО «МегаЛабс» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством интерфейса sms-сообщений на предмет их соответствия

действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или оператора, и условиям договора, а также вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «Загрузка» условий договора.

В нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе рекламное сообщение об услугах фитнес центра распространено на номер <...> без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

В связи с наличием признаков нарушения рекламного законодательства в рассматриваемой рекламе, Липецким УФАС России было возбуждено дело № 23.

В ходе рассмотрения дела, возникла необходимость в привлечение в дело в качестве ответчика ООО «СмартТелеком».

Установлено, что между АО «Загрузка» (ранее АО «Связной Загрузка») и ООО «СмартТелеком» заключен Договор № А-06/16 р. от 28 декабря 2015 г.

В соответствии с подпунктом 3.1.4. пункта 3.1 договора заказчик (ООО «СмартТелеком») обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствует, объявляются СПАМом.

Согласно подпункту 3.4.4. исполнитель (АО «Связной Загрузка») вправе не принимать сообщения к отправке, а также немедленно приостановить или прекратить оказание услуг в случае признаков нарушения заказчиком требований п. 3.1 договора и/или действующего законодательства РФ.

В свою очередь, между ООО «СмартТелеком» и ООО «Комон Джим» заключен Договор оказания услуг № 16/06-12-Н/К от 14 июня 2016 г.

В соответствии с пунктом 4.4.12. ООО «Комон Джим» обязуется не использовать услуги для распространения информации и рекламы без предварительного согласия абонента.

Пунктом 4.3.1. ООО «СмартТелеком» наделяется правом приостановить оказание услуг заказчику или ограничить доступ у услуге заказчику, в случае нарушения заказчиком требований, установленных, в том числе, Федеральным законом «О рекламе».

Согласно пояснениям ООО «Комон Джим», общество осуществляет деятельность по предоставлению услуг фитнес-центра. Посредством смс-рассылки ООО «Комон Джим» информирует лиц, давших согласие на получение рекламы и информации путем смс-сообщений, о действующих акциях и происходящих событиях. Гражданин <...> не является клиентом ООО «Комон Джим».

Следовательно, у ООО «Комон Джим» отсутствует согласие Савостьянова В.А. на получение смс-рекламы.

При этом в силу действующего законодательства ООО «Комон Джим» является рекламодателем.

На основании п. 7 ст. 38 ответственность за нарушение требований, установленных, в частности, статьёй 18, частью 1 статьи 28 несёт рекламораспространитель, которым в силу пункта 7 статьи 3 Закона является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, то есть ПАО «МегаФон», АО «МагаЛабс», АО «Загрузка» и ООО «СмартТелеком».

Однако в договоре об оказании услуг связи № MR-20760064, заключенным между ПАО «Мегафон» и <...> имеется согласие на получение рекламы при использовании услуг.

Следовательно, ПАО «Мегафон» на момент осуществления распространения спорной рекламы объективно располагало согласием абонента на получение рекламы.

Поскольку ПАО «Мегафон» является конечным звеном в цепочке рекламораспространителей, то у АО «МагаЛабс», АО «Загрузка» и ООО «СмартТелеком» отсутствует согласие абонента на получение рекламы посредством смс-сообщений.

Таким образом, из анализа имеющихся документов следует, что АО «МагаЛабс», АО «Загрузка» и ООО «СмартТелеком» 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 распространяемым лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, АО «МагаЛабс», АО «Загрузка» и ООО «СмартТелеком» обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

Исходя из документов, представленных в Липецкое УФАС России, АО «МагаЛабс», АО «Загрузка» и ООО «СмартТелеком» 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 АО «МагаЛабс», АО «Загрузка» и ООО «СмартТелеком» ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламораспространителями в силу законодательного определения.

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

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 14.09.2018 в 14 часов 40 минут на абонентский номер <...> посредством sms-сообщения от имени от имени «Come on gym» следующего содержания: «Возвращайтесь! Год фитнеса 19700 только 3 дня! Бронь 89023559062», без согласия абонента, рекламораспространителями которой являются акционерное общество «МегаЛабс» (ИНН 7713556058, ОГРН 1057747083767, юр. адрес 127006, г. Москва, пер. Оружейный, д. 41, оф. 157), акционерное общество «Загрузка» (ИНН 7703544582, ОГРН 1057746396113, юр. адрес 115280, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 19, к. 21Ф), общество с ограниченной ответственностью «СмартТелеком» (117246, г. Москва, Научный проезд, д. 8, стр. 1, эт. 1, пом. IV, ком. 12 ИНН 7724797030 ОГРН 1117746544915), т.к. нарушена ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Не выдавать АО «МагаЛабс» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе.

3. Не выдавать АО «Загрузка» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе.

4. Не выдавать ООО «СмартТелеком» предписание об устранении нарушения

законодательства о рекламе.

5. 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.