

РЕШЕНИЕ

18 сентября 2017 года

г. Липецк

Резолютивная часть решения объявлена 12 сентября 2017 года.

Решение в полном объеме изготовлено 18 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 № 17 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» ПАО «МТС», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр»,

в присутствии:

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

УСТАНОВИЛА:

В Липецкое УФАС России поступило обращение <...> о том, что 14.04.2017 г. в 11 часов 16 минут на его абонентский номер <...> поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «CHEFMARKET» (SMS-центр: <...>) следующего содержания: «Забыли про коробочку на следующую неделю? Еще чуть чуть осталось! Поспешите <https://www.chefmarket.ru/5dinners-home>».

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 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 продукции «CHEFMARKET», 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 14.04.2017 г. в 11 часов 16 минут на номер телефона <...> от отправителя «CHEFMARKET», направленная на привлечение внимания к продукции «CHEFMARKET», 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.

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

Исходя из материалов, предоставленных публичным акционерным обществом «Мобильные ТелеСистемы» (109147, г.Москва, ул.Марксистская, д.4 ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124) (далее - ПАО «МТС»), указанная реклама распространялась на основании Агентского Договора № D160051705 от 09 февраля 2016 года заключенного между ПАО «МТС» (Принципал) и обществом с ограниченной ответственностью «ДЭНИ КОЛЛ» (610020, Кировская область, г.Киров, ул.Московская, д.4, оф.413, ИНН 4345404971, ОГРН 1144345040883) (далее - ООО «ДЭНИ КОЛЛ») (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 4.1.5 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.

Исходя из материалов, предоставленных ООО «ДЭНИ КОЛЛ», указанная реклама распространялась на основании Субагентского Договора заключенного №01/МТС от 01 мая 2016 года между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и обществом с ограниченной ответственностью «СМС-центр» (115682, г.Москва, 2-й Рошинский проезд, 8, ИНН 7724805644 ОГРН 1117746756189) (далее - ООО «СМС-центр»). Согласно пункту 3.3.3 указанного договора, ООО «СМС-центр» обязуется получать согласие абонентов, среди которых предполагается осуществлять распространение рекламно-информационных материалов.

В свою очередь, ООО «СМС-центр» распространяло указанную рекламу на основании Договора оказания услуг №343775 от 05 мая 2014 года заключенного между ООО «СМС-центр» (Исполнитель) и обществом с ограниченной ответственностью «Шеф Маркет ПРО» (127550, г.Москва, ул.Прянишникова, д.23А, ИНН 7715913805, ОГРН 1127746278846, директор Ашин С.В.) (далее – ООО «Шеф Маркет ПРО») (Заказчик).

Согласно п.3.1.6 Договора, Исполнитель обязан оказывать Услуги в соответствии с нормами законодательства Российской Федерации и других стран, в которые выполняется рассылка SMS-сообщений, а также в соответствии с нормами международного права.

Согласно п.3.2.1 Договора, Заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении Договора в отношении использования Услуг, в том числе Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ РФ, положения законодательства, регулирующего вопросы охраны авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, охраны прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, действующих на территории Российской Федерации; требования законодательства других стран, в которые выполняется рассылка SMS-сообщений, а также в соответствии с нормами международного права.

Согласно п.3.2.3 Договора, Заказчик обязан в обязательном порядке получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в качестве безоговорочного доказательства наличия согласия на получение SMS-сообщений Абонентом. Также довести до сведения Абонентов, получающих SMS-сообщения, информацию о возможности и способе, с помощью которого они смогут отказаться от дальнейшего получения SMS-сообщений.

В соответствии с п.3.3.1 Договора, Исполнитель вправе блокировать Личный кабинет Заказчика при рассылке последним SMS-сообщений, нарушающих любой из п.3.2.1, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5 Договора.

Определением от 13 июня 2017 года Липецким УФАС России возбуждено дело № 17 по признакам нарушения рекламного законодательства Российской Федерации в отношении ПАО «МТС», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-центр».

Определением от 11 августа 2017 года об отложении рассмотрения дела № 17 в качестве ответчика в дело было привлечено ООО «Шеф Маркет ПРО».

При этом, согласно пояснениям ООО «Шеф Маркет ПРО» оказывает услуги по доставке товаров на склады ООО «Шеф Маркет». Информация о распространении рассматриваемой рекламы обществом не представлено.

Инициатором рассылки является общество с ограниченной ответственностью «Шеф Маркет» (115516, г.Москва, бульвар Кавказский, д.57, здание 20, ИНН 7715905723, 1127746129477, директор Ашин С.В.) (далее – ООО «Шеф Маркет»). При этом, в силу законодательного определения ООО «Шеф Маркет» является рекламодателем.

Кроме того, в материалы дела было представлено согласие абонента <...> на получение смс-сообщений. Данное согласие было дано в ходе оформления заказа на интернет-сайте <https://chefmarket.ru>, выражающееся в проставлении отметки напротив поля о принятии условий пользовательского соглашения и получения SMS-сообщений рекламно-информационного характера. Согласие было представлено в Липецкое УФАС России в виде скриншота.

Согласно обращению физического лица, своего согласия на получение рекламы посредством телефонной связи он не давал.

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).

Согласие на получение смс-рекламы <...>, представленное в Липецкое УФАС России, не позволяет однозначно идентифицировать абонента.

Следовательно, реклама, распространенная 14.04.2017 г. в 11 часов 16 минут на номер телефона <...> от отправителя «CHEFMARKET», следующего содержания: «Забыли про коробочку на следующую неделю? Еще чуть чуть осталось! Поспешите <https://www.chefmarket.ru/5dinners-home>», распространена без согласия абонента.

При этом в материалах дела отсутствует информация о повторном направлении рассматриваемой рекламы посредством смс-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 4.1.5. Агентского Договора № D160051705 от 09 февраля 2016 года заключенного между ПАО «МТС» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» общество не получало жалоб от пользователей по распространению смс-рекламы. При этом, у ПАО «МТС», в силу договорных отношений отсутствует возможность самостоятельно проверить и приостановить отправку рекламы, распространяемой посредством смс-сообщений.

Из имеющихся документов следует, что ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-центр», ООО «Шеф Маркет ПРО» предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «реклама».

В соответствии с действующим законодательством, а также исходя из принятых обязательств при заключении указанных выше договоров ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-центр», ООО «Шеф Маркет ПРО» обязаны иметь согласие на распространение рекламы посредством смс-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 смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-центр», ООО «Шеф Маркет ПРО» обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

Исходя из материалов дела, ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-центр», ООО «Шеф Маркет ПРО» 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 «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-центр», ООО «Шеф Маркет ПРО» ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламораспространителями 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 14.04.2017 г. в 11 часов 16 минут на абонентский номер <...> <...> от отправителя «CHEFMARKET», следующего содержания: «Забыли про коробочку на следующую неделю? Еще чуть чуть осталось! Поторопитесь <https://www.chefmarket.ru/5dinners-home>» без согласия абонента, рекламодателями которой являются общество с ограниченной ответственностью «ДЭНИ КОЛЛ» (610020, Кировская область, г.Киров, ул.Московская, д.4, оф.413, ИНН 4345404971, ОГРН 1144345040883), общество с ограниченной ответственностью «СМС-центр» (115682, г.Москва, 2-й Рощинский проезд, 8, ИНН 7724805644 ОГРН 1117746756189), общество с ограниченной ответственностью «Шеф Маркет ПРО» (127550, г.Москва, ул.Прянишникова, д.23А, ИНН 7715913805, ОГРН 1127746278846), 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.