

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 041/05/18-76/2019

09 июля 2019
Камчатский

г. Петропавловск-

Резолютивная часть решения оглашена 26 июня 2019

В полном объеме решение изготовлено 09 июля 2019

Комиссия Камчатского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

члены Комиссии:

рассмотрев дело № 041/05/18-76/2019, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «ОСК» (ОГРН 1057746705631 ИНН 7705658056, КПП 770501001 юридический адрес ул. Летниковская, д. 10, стр. 1, г. Москва, 115114), (далее – ООО «ОСК») по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

- в отсутствие заявителя;

- в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе ООО «ОСК»,

УСТАНОВИЛА:

04 апреля 2019 в Управление Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю поступило заявление о признаках нарушения законодательства о рекламе.

На мобильный телефон заявителю 13.03.2019 в 16 часов 54 минут поступило смс сообщение рекламного характера следующего содержания: «Андрей Анатольевич, мы снизили тарифы на ОСАГО в Вашем регионе! Снижение составило до 5%, базовый тариф 3993р. Выгодно продлить полис можно на сайте www.rgs.ru/osago2019, в любом офисе или у Вашего агента. Подробнее www.rgs.ru/newtarif». Заявитель своего согласия на получение рекламы не

давал, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе». Оператором связи у заявителя является ПАО «ВымпелКом».

Камчатское УФАС России направило запрос в ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» сообщило, что отправителем смс сообщения от 13.03.2019 в 16 часов 54 является ООО «ОСК».

Между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ОСК» заключен договор об оказании услуг связи «Билайн», а также Дополнительные соглашения.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора об оказании услуг связи «Билайн» договор регулирует отношения между оператором (ПАО «ВымпелКом») и абонентом (ООО «ОСК») при оказании оператором услуг связи. В соответствии с условиями настоящего договора оператор оказывает услуги связи Билайн, а абонент оплачивает на условиях настоящего договора оказанные услуги связи.

В соответствии с пунктом 4.2 Дополнительного соглашения № 1 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» Абонент (ООО «ОСК») 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.

Документов подтверждающих согласие абонента на получение смс сообщения рекламного характера в Камчатское УФАС России не представлено.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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.

Вышеуказанная рекламная информация адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания, формирование интереса к предлагаемым услугам и их продвижению на рынке, следовательно, в силу

пункта 1 статьи 3 Закона о рекламе, указанная информация является рекламой.

В силу пункта 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама несоответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

На основании части 7 статьи 38 Закона о рекламе, рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закон о рекламе.

Согласно части 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламодателем вышеуказанной рекламы является ООО «ОСК» (ОГРН 1057746705631 ИНН 7705658056, КПП 770501001 юридический адрес ул. Летниковская, д. 10, стр. 1, г. Москва, 115114).

Рекламное смс сообщение следующего содержания: «Андрей Анатольевич, мы снизили тарифы на ОСАГО в Вашем регионе! Снижение составило до 5%, базовый тариф 3993р. Выгодно продлить полис можно на сайте www.rgs.ru/osago2019, в любом офисе или у Вашего агента. Подробнее www.rgs.ru/newtarif» было направлено ООО «ОСК» на телефонный номер заявителю 13.03.2019 в 16 часов 54 минут без предварительного согласия абонента.

Определением от 04 июня 2019 Управлением Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю было возбуждено дело № 041/05/18-76/2019 в отношении ООО «ОСК» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На заседание Комиссии Камчатского УФАС России 26.06.2019 представитель ООО «ОСК» не явился.

Письменные пояснения на Определение о возбуждении дела № № 041/05/18-76/2019 ООО «ОСК» не направило.

Изучив имеющиеся в деле материалы, Комиссия антимонопольного органа пришла к следующим выводам.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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 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 излучения, 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 распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи, с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

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.

Информация, указанная в тексте сообщения направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки 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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС 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.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них

в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ООО «ОСК» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

ООО «ОСК» приняло на себя все обязательства по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщения до их конечного получателя осуществлено лицом, участвующим в деле, а также то, что они были осведомлены о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «ОСК» рекламодателями 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 на телефонный номер заявителя 13.03.2019 в 16 часов 54 минут смс сообщение рекламного характера следующего содержания: «Андрей Анатольевич, мы снизили тарифы на ОСАГО в Вашем регионе! Снижение составило до 5%, базовый тариф 3993р. Выгодно продлить полис можно на сайте [www.rgs.ru /osago2019](http://www.rgs.ru/osago2019), в любом офисе или у Вашего агента. Подробнее www.rgs.ru/newtarif» без предварительного согласия 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 рекламодатели.

Лицами, участвующими в деле, осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению смс-рассылок. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения

контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договора, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

Таким образом, лицо, участвующее в настоящем деле, в рамках рассмотрения данного дела признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения вышеуказанной рекламы ООО «ОСК» не представлено.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, 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.

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 Камчатского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «ОСК» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38 – ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 года № 508), Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «ОСК» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер заявителя 13.03.2019 в 16 часов 54 минут смс сообщения рекламного характера следующего содержания: «Андрей Анатольевич, мы снизили тарифы на ОСАГО в Вашем регионе! Снижение составило до 5%, базовый тариф 3993р. Выгодно продлить полис можно на сайте www.rgs.ru/osago2019, в любом офисе или у Вашего агента. Подробнее www.rgs.ru/newtarif».

2. Выдать ООО «ОСК» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Камчатского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.