

ООО «....»

РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена 23.06.2017 года.

В полном объеме решение изготовлено 26.06.2017 года.

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

Председатель
Комиссии:– заместитель руководителя управления-
начальник отдела естественных монополий и
рекламы,

Члены Комиссии:

.....

рассмотрев дело № 36, возбужденное по факту распространения на телефонный номер<....>посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «27-29 января ДК БМЗ распродажа шуб! Скидка до 30% ул. Майской Стачки, 6», поступившей 26.01.2017 в 19:39, отправитель с номера +79082407477, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе, ФЗ «О рекламе»), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, в отсутствие представителя ООО «.....» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В Брянское УФАС России поступила жалоба физического лица, на телефонный номер которого ***** 26.01.2017г. в 19.39 без согласия абонента с номера +79082407477 была получены СМС рассылка следующей рекламы: «27-29 января ДК БМЗ распродаж шуб! Скидка до 30% ул. Майской Стачки, 6».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи. 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 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. 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 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. В материалы дела не представлено доказательств направления спорного sms-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

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. Исходя из текста сообщения, в котором содержится информация о возможности приобретения ШУБ с выгодой и дополнительными бонусами, указан номер телефона, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования. Таким образом, рассматриваемая информация, распространенная посредством отправки sms-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством sms-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 предварительном согласии 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.

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

Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, 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 рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <....>, согласие на получение рекламы ООО «.....» он не давал. Сторонами по делу такое согласие также не подтверждено.

В силу пункта 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего заявление в Брянское УФАС России, на получение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 36, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договор об оказании услуг связи от 11.05.2016, заключенного между ООО «Т2Мобайл» и ООО «.....», права и обязанности стороны по этому договору перешли к ООО «Амстердам» на основании договора №2 от 07.10.2015.

Исходя из анализа упомянутых договоров, представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «.....» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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 «Амстердам» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъект принял на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения. Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче смс-сообщений рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом в понимании гражданского законодательства Российской Федерации. Кроме того, согласно пункту 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность, направленная на систематическое извлечение прибыли, осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив договоры, ООО «...» приняло на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели

оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «...» рекламодателем 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 26.01.2017 в 19:39 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> от отправителя +79082407477 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, несет рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Согласно части 3 статьи 3 Закона о связи, отношения в области связи, не урегулированные Законом о связи, регулируются другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации в области связи.

Так, отношения по распространению посредством средств связи рекламной информации регулируются законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе, в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.

Нормы Закона о связи сами по себе не исключают ответственность того или иного лица в соответствии с Законом о рекламе.

Как установлено выше, лицом, участвующим в деле, осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению смс-рассылок, в том числе

рекламного характера, подпадающих под понятие СПАМ. 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 договор, 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, и несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Таким образом, Комиссией Брянского УФАС России в действиях ООО «.....» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении СМС 26.01.2017 в 19:39 на телефонный номер <...> от отправителя +79082407477 без предварительного согласия абонента на ее получение.

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

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о

рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего

нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное

правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе.

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.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

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 Брянского УФАС России приходит к

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

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «.....» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении 26.01.2017г в 19:39 на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы следующего содержания: «27-29 января ДК БМЗ распродаж шуб! Скидка до 30 % ул. Майской Стачки, 6» от отправителя +79082407477.

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

3. Передать материалы дела должностному лицу для принятия решения о возбуждении административного производства по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ в отношении ООО «.....».

Решение изготовлено в полном объеме «26» июня 2017 г.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии:

Члены Комиссии:

ООО «»

ПРЕДПИСАНИЕ
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«26» июня 2017 г.
Брянск

г.

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

председателя Комиссии:

.....меститель руководителя управления- начальник отдела естественных монополий и рекламы

членов Комиссии:

....меститель начальника отдела естественных монополий и рекламы,

... – государственный инспектор отдела естественных монополий и рекламы,

на основании своего решения от «23» июня 2017 г. по делу №36 в отношении ООО «....» о признании ненадлежащей рекламы,

в отсутствие представителя Общества (лицо уведомлено надлежащим

образом);

в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «.....» прекратить размещение ненадлежащей рекламы, с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе», в срок исполнения предписания до 10 июля 2017г.
2. ООО «..» представить в Брянское УФАС России доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 10 июля 2017 года.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Брянское УФАС России вправе в соответствии с частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

(в ред. Федерального закона от 22.06.2007 № 116-ФЗ).

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьёй 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в течение трех месяцев.

Председатель Комиссии:

Члены Комиссии: