

ИГ/35360 от 09.08.2016

<...>

109386, г. Москва,

<...>

ПАО «ВымпелКом»

127083, г. Москва,

ул. 8-го Марта, д. 10, стр. 14

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 3-18-97/77-16

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «02» августа 2016 г.

В полном объеме решение изготовлено «08» августа 2016 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой,

рассмотрев дело № 3-18-97/77-16, возбужденное по факту

распространения Игнатьевым И.В. на телефонный номер <...> рекламы

следующего содержания: «<...>, день добрый! Елизавета. Компания «Шоу

Москвы» (билеты эксклюзив-юбилей театра эстрады)...», поступившей

10.09.2015 в 15:53 с номера +7-969-123-89-85, с признаками нарушения части 1

статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее

— Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям

электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, в

отсутствие согласия абонента на получение рекламы,

в отсутствие представителей ПАО «ВымпелКом», <...> (надлежащим

образом уведомлены),

1

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-97/77-16 возбуждено в отношении <...>, ПАО «ВымпелКом»

на основании обращения физического лица (вх. № 36170 от 08.10.2015) по

факту распространения на телефонный номер <...> посредством телефонного

звонка рекламы следующего содержания: «<...>, день добрый! Елизавета.

Компания «Шоу Москвы» (билеты эксклюзив-юбилей театра эстрады)...»,

поступившей 10.09.2015 в 15:53 с номера +7-969-123-89-85.

Не установив оснований для отложения или приостановления

рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные

доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о

рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим

выводам.

ПАО «Вымпелком» (адрес: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10,

стр. 14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава,

включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за

основным государственным регистрационным номером 1027700166636,

ИНН 7713076301, КПП 771301001.

<...> (109386, г. Москва, <...>) является физическим лицом.

Согласно материалам дела № 3-18-97/77-16 на номер телефона <...>

28.07.2015 в 10:57 поступила спорная реклама с номера +7-969-123-89-85.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается

аудиозаписями разговоров, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела.

Также, в соответствии с письменными пояснениями ПАО «ВымпелКом», по данным автоматизированной системы учета услуг (биллинга), установленного на сети ПАО «ВымпелКом», действительно, с телефонного номера +7-969-123-89-85 был совершен исходящий вызов на номер <...> в указанное время и дату. Таким образом, формирование рассматриваемой рекламы осуществлялось непосредственно с абонентского устройства +7-969-123-89-85.

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.

2

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 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.

Комиссия приходит к выводу, что обращение в данном случае к абоненту по имени отчеству не является фактором определенно идентифицирующим получателя

распространяемой информации. Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета при общении по телефону (то есть исходя из

специфики способа распространения рассматриваемой рекламы) и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного информационного 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 содержатся информация об услугах продажи театральных билетов, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

3

Таким образом, информация, распространенная посредством совершения звонка на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку 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 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, 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.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы от <...> он не давал. Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы <...> не представлено, а умолчание абонента (непредставление сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение. Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения <...> информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на 4

получение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено. Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 10.09.2015 в 15:53 рекламы услуг на номер телефона <...> от отправителя +7-902-359-15-48 (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-359-15-48) 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 рекламораспространители.

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

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

В соответствии с Российским планом нумерации, номер +7-969-123-89-85, с которого поступило спорное смс-сообщение, закреплен за ПАО «ВымпелКом». Согласно представленным ПАО «ВымпелКом» сведениям, номер <...> -969-123-89-85 выделен <...> по договору оказания услуг связи Билайн № <...>.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что <...> осуществил распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> в силу наличия прямого доступа к использованию номера +7-969-123-89-85. Каких-либо документов, свидетельствующих о передаче данного права третьему лицу, в адрес антимонопольного органа не представлено.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, Игнатьевым И.В. не представлено. Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях <...> установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 10.09.2015 в 15:53 на телефонный номер <...> рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, <...> 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
5

прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), 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 Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи <...> 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.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы. Согласно представленным в материалах дела документам и сведениям, спорная информация была распространена 10.09.2016.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности в настоящем случае не истек.

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
6

законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать <...> нарушившим требования части 1 статьи 18 при

распространении 10.09.2015 в 15:53 на телефонный номер <...> подлежащей рекламе «<...>, день добрый! Елизавета. Компания «Шоу Москвы» (билеты эксклюзив-юбилей театра эстрады)...» с телефонного номера +7-969-123-89-85.

2. Выдать <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии И.С. Гудкова

Члены Комиссии П.В. Олейник

Н.С. Уварова

Исполнитель: Уварова Н. С., тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. 159)

7