

19 марта 2019 года
127

г. Пенза, ул. Урицкого,

Резолютивная часть решения объявлена 19 марта 2019 года.

Комиссия Пензенского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

рассмотрев дело № 3-01/04-2019, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Омега» (далее – ООО «Омега»; ИНН 5836681834; ОГРН 1175835005411), по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

в отсутствие:

заявителя – К...,

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, ООО «Омега»,

УСТАНОВИЛА:

В Пензенское УФАС поступило обращение абонента ПАО «ВымпелКом» К... (г. Пенза), перенаправленное Федеральной антимонопольной службой (от 09.01.2019) по вопросу распространения рекламы, приходящей на номер телефона +7... посредством смс-сообщения. Заявитель согласия на получение смс-сообщений рекламного характера на свой абонентский номер оператору связи или иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению смс-рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Пензенским УФАС России определением от 28.01.2019 по факту распространения смс-сообщений возбуждено дело № 3-01/04-2019 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе». К участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено ООО «Омега» (ИНН 5836681834; ОГРН 1175835005411). В ходе рассмотрения дела Комиссией дело было отложено до 19.03.2019.

На рассмотрение дела 19.03.2019 представитель ООО «Омега» не явился. Документы, направляемые по адресу Общества, возвращались в Пензенское УФАС России с пометкой: «истек срок хранения»

Пензенское УФАС России предприняло все меры для установления и обеспечения надлежащего уведомления ООО «Омега».

Согласно Постановлению Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 №61 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица» юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, поступивших по его адресу, указанному в ЕГРЮЛ, а также риск отсутствия по этому адресу своего представителя, и такое юридическое лицо не вправе в отношениях с лицами, добросовестно полагавшимися на данные ЕГРЮЛ об адресе юридического лица, ссылаться на данные, не внесенные в указанный реестр, а также на недостоверность данных, содержащихся в нем (в том числе на ненадлежащее извещение в ходе рассмотрения дела, в рамках производства по делу об административном правонарушении, за исключением случаев, когда соответствующие данные внесены в ЕГРЮЛ в результате неправомερных действий третьих лиц или иным путем помимо воли юридического лица.

С учетом вышеизложенного, Комиссия Пензенского УФАС России сочла возможным рассмотреть дело в отсутствие представителя ООО «Омега».

Изучив представленные документы, Комиссия пришла к следующему выводу:

В результате рассмотрения Заявления по существу и изучения дополнительно собранных доказательств установлено следующее.

На абонентский номер заявителя +7... в сети оператора услуг связи ПАО «Вымпелком» (Билайн) поступило смс-сообщение следующего содержания:

- «Закажи такси на Новый Год заранее со скидкой 30%! Такси 444000». Дата и время поступления сообщения: 31.12.2018 в 18:51. Рекламное сообщение было отправлено от отправителя, имеющего буквенное обозначение «OMEGAM» и отправлено через смс-центр.

В соответствии со статьёй 3 ФЗ «О рекламе» рекламой является информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. При этом под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» в целях настоящего Федерального закона используются следующие основные понятия: товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

За счет одновременного информирования большого количества людей реклама позволяет ознакомить потребителей с товарами, услугами, реализуемыми на рынке, сформировать к ним положительное отношение потребителей, позитивно выделить определенные организации, товары и услуги из всего существующего ряда.

Информация с содержанием: «Закажи такси на Новый Год заранее со скидкой 30%! Такси 444000», размещенная посредством использования телефонной связи, подпадает под понятие рекламы, а именно: адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания потребителей рекламы к товару (услуге), способствует его продвижению на рынке.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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.

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.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Законом № 272-ФЗ от 21.07.2014 в статью 2 Федерального закона «О связи» введено понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Федеральный закон «О связи» не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (с использованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые автоматически.

Статья 44.1 Федерального закона «О связи» устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с «коротких» и «буквенных» номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона «О связи».

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора,

заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

В ходе рассмотрения дела установлено, что телефонный номер <...> ... выделен абоненту К... на основании договора о предоставлении услуг связи с ПАО «ВымпелКом».

Рекламные сообщения поступило от отправителя, имеющего буквенное обозначение «OMEGAM» и отправлено через смс-центр +7... ПАО «ВымпелКом».

Пензенским УФАС России в адрес ПАО «ВымпелКом» направлен запрос (исх. от 15.01.2019) о предоставлении сведений относительно абонента телефонного номера, с которого отправлено вышеупомянутое рекламное сообщение.

Согласно информации, представленной ПАО «ВымпелКом», рекламодателем смс-сообщения рекламного характера является ООО «Омега» (ИНН 5836681834; ОГРН 1175835005411).

Между ПАО «ВымпелКом» (оператор) и ООО «Омега» (абонент) заключен договор об оказании услуг связи «Билайн», а также Дополнительное соглашение №1 на оказание услуги по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (sms-сообщений) от Абонента к Пользователю.

В соответствии с условиями Дополнительного соглашения Оператор предоставляет Абоненту услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц Абонентом/партнерами Абонента. При пользовании услугами Абонент самостоятельно, без участия Оператора, определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера своих клиентов, являющихся Пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Оператора и /или других Операторов подвижной радиотелефонной связи в интересах Абонента/партнеров Абонента.

В свою очередь Абонент обязуется осуществлять отправку смс-сообщений Пользователю, только при наличии согласия Пользователя, подтверждающего документально (п.4.2. Дополнительного соглашения №1). При нарушении данного обязательства абонент несет ответственность, предусмотренную законодательством РФ.

Таким образом, в соответствии с данным договором ПАО «ВымпелКом» самостоятельно не организывает смс-рассылки, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе. Основной функцией ПАО «ВымпелКом» в этом случае является маршрутизация сообщений.

Изложенное выше позволяет Комиссии сделать вывод о том, что заключенный между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Омега» договор свидетельствует о том, что его предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений. ПАО «ВымпелКом» обеспечило техническими и программными средствами ООО «Омега» для передачи смс-сообщения. Техническое и фактическое формирование смс-сообщений, формирование базы получателей и рассылка по адресам смс-сообщений, осуществлялись ООО «Омега».

Таким образом, рекламораспространителем смс-сообщений является ООО «Омега».

В части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Доказательства того, что в процессе смс-рассылки с рассматриваемой рекламой было получено согласие Абонента К... мобильного телефона +7... на получение смс-сообщений, ООО «Омега» не представлены.

Следовательно, материалами дела № 3-01/04-2019 возбужденного по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, подтверждается тот факт, что рассматриваемая реклама была отправлена Заявителю на его абонентский номер +7... без предварительного согласия абонента или адресата (Заявителя) на получение рекламы.

Таким образом, реклама: «Закажи такси на Новый Год заранее со скидкой 30%! Такси 444000» распространялась посредством использования подвижной радиотелефонной связи с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии со статьей 38 названного закона несет рекламораспространитель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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

Собранные по делу доказательства и установленные обстоятельства свидетельствуют о том, что нарушение законодательства о рекламе в данном случае содержится в действиях лица, распространившего рассматриваемую рекламу, т.е. ее рекламодателя – ООО «Омега».

Рекламодатель обязан соблюдать требования статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия считает действия ООО «Омега» по распространению на телефонный номер Заявителя по сетям электросвязи рекламы без его предварительного согласия, нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

В соответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ 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.

На дату принятия Комиссией решения в материалах дела отсутствуют доказательства прекращения распространения смс-сообщений абоненту ПАО «ВымпелКом» (Билайн) К...

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Омега» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

В силу части 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе» нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ 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.

Исходя из части 2 пункта 1 статьи 33, части 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 от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Закажи такси на Новый Год заранее со скидкой 30%! Такси 444000», распространяемую 31.12.2018 в 18:51 ООО «Омега» по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента К... на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Омега» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Выдать ПАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщений без предварительного согласия абонента.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Пензенского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 19 марта 2019 года.

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