

РЕШЕНИЕ

по делу № 03-02/08-2018

23.03.2018

Петрозаводск

г.

Резолютивная часть решения объявлена 15.03.2018.

Решение изготовлено в полном объеме 23.03.2018.

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

Бабкин К.Е. – заместитель руководителя управления Карельского УФАС России, председатель Комиссии;

Суслова Е.П. – главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

Сальникова Е.С. – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

рассмотрев дело № 03-02/08-2018, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «Амстердам» (ОГРН: 1147847055586; ИНН: 7804526325; адрес регистрации юридического лица: 195220, г. Санкт – Петербург, пр-кт Гражданский, д. 41, литер А, офис 4; дата регистрации: 17.02.2014; далее – ООО «Амстердам», Общество) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе», Закон) по факту распространения 16.12.2017 в 11 часов 52 минуты посредством SMS-сообщения на абонентский номер телефона «...»)«...». рекламы без его предварительного согласия, в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела ООО «Амстердам», «...»общества с ограниченной ответственностью «Т2 Мобайл» г. Москва (Теле2) - далее оператор связи; ООО «Т2 Мобайл»)

УСТАНОВИЛА:

В соответствии с пунктом 6 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 (далее – Правила) Федеральная антимонопольная служба (далее – ФАС России) вправе поручить своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по ходатайству своего территориального органа или по собственной инициативе независимо от места нахождения (места жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, или места распространения рекламы.

Указанным в пункте 6 Правил поручением является направленное ФАС России в адрес территориальных органов письмо № АД/401/14 от 14.01.2014, из которого следует, что в случае получения территориальным органом обращения гражданина, перенаправленного из ФАС России в силу пункта 6 Правил, указанное обращение подлежит рассмотрению получившим его территориальным органом, независимо от места жительства гражданина или места получения им нежелательной смс-рекламы.

Так, посредством электронной почты ФАС России в адрес Карельского УФАС России поступило заявление физического лица от 16.12.2017 (вх. от 18.12.2017 № 5826) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщения на мобильный номер абонента «...» без его предварительного согласия.

Из приложенных к заявлению документов следует, что SMS-сообщение рекламного характера поступило от абонента: «...»; SMS-центр: «...»; дата и время: 16.12.2017, 11:52; текст: «До 17 декабря выгода до 50 т.р. на б/у авто! goo.gl/4wbbHG 88126067088».

Заявитель просил принять меры к рекламодателям и рекламораспространителям вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы им дано не было.

Карельским УФАС России в адрес ООО «Т2 Мобайл» был направлен запрос от 29.12.2017 № 03-01/185/4837 о предоставлении информации.

19.01.2018 № 39 (вх. № 227) Калининградский филиал ООО «Т2 Мобайл» сообщил о том, что рассылка SMS-сообщения, поступившего на абонентский номер «...» 16.12.2017 в 11:52, произведена с номера абонента «...».

Абонентский номер «...» выделен ООО «Амстердам» в рамках договора об оказании услуг связи от 31.03.2017 (с приложениями).

Кроме того, ООО «Т2 Мобайл» указало, что изначально ООО «Амстердам» был выделен абонентский номер «...» (пп. 276, стр. Приложение № 1), впоследствии самостоятельно измененный абонентом на абонентский номер «...», с которого было отправлено рассматриваемое SMS-сообщение.

Из вышеуказанного следует, что отправка нежелательного SMS-сообщения была инициирована ООО «Амстердам».

С учетом вышеизложенного по результатам расследования определением от 16.02.2018 «О возбуждении дела № 03-02/08-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее – определение) было возбуждено дело в отношении ООО «Амстердам», назначено к рассмотрению на 15 часов 00 минут 15.03.2018.

В письме от 05.03.2018 № 120 (вх. от 06.03.2018 № 1104) ООО «Т2 Мобайл» в дополнение к ранее предоставленной информации сообщило, что ООО «Амстердам» использовало выделенный ему номер в период с 14.12.2017 по 17.12.2017, в последующем через свой личный кабинет абонент изменил его номер на другой. С 17.12.2017 по настоящее время абонентский номер «...» никем не использовался и не был выделен ООО «Т2 Мобайл» иному лицу.

Из пояснений ООО «Т2 Мобайл» следует, что в его адрес не поступало жалоб, заявлений, запросов и иных сообщений об осуществлении ООО «Амстердам» рассылки рекламы, отметив при этом, что в силу пункта 6.1.2 условий оказания связи по состоянию на 17.12.2018 не имело правовых и иных оснований для приостановки оказания услуг связи по абонентскому номеру «...».

С вышеуказанным письмом оператор связи предоставил следующие документы: договор оказания услуг связи между оператором связи и абонентом «...», а также детализацию услуг связи по указанному номеру; условия оказания услуг связи, по заключенному с ООО «Амстердам» договору; детализацию услуг связи по номеру телефона «...» за период с 15.12.2017 по 17.12.2017.

Так, детализацией услуг связи по номеру телефона «...», выделенного абоненту «...» (согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц указанное лицо является генеральным директором ООО «Амстердам»), подтверждается отправка нежелательного SMS-сообщения на абонентский номер заявителя.

В свою очередь детализацией услуг связи по номеру телефона «...», выделенного абоненту «...», подтверждается получение последним нежелательного SMS-сообщения.

ООО «Амстердам» пояснения, запрошенные определением, не предоставило.

Согласно сведениям, с сайта Почты России – www.pochta.ru, почтовое отправление по адресу регистрации ООО «Амстердам» им не получено (срок хранения корреспонденции истек), что свидетельствует о возврате его отправителю с пометкой «истечение срока хранения».

В силу части 3 статьи 54 ГК РФ, юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений (статья 165.1), доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

В соответствии с частью 1 статьи 165.1 ГК РФ заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

Следовательно, антимонопольным органом предприняты достаточные меры для извещения ООО «Амстердам» о рассмотрении настоящего дела по факту распространения рекламы посредством SMS-сообщения на мобильный номер абонента «...» без его предварительного согласия, и получения от Общества необходимой информации. При этом ООО «Амстердам» как юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений.

Рассмотрев в назначенные дату и время материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

В силу статьи 1 ФЗ «О рекламе» целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» реклама это 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно разъяснениям ФАС России от 05.04.2007 №АЦ/4624 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. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Из пункта 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» следует, что 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым ФЗ «О рекламе».

Информация, распространенная на выделенный «...». телефонный номер «...», полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», так как распространяется посредством подвижной радиотелефонной связи, адресована неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицирована и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются бывшие в употреблении, реализуемые по акционной цене автотранспортные средства.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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.

Частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» предусмотрено, что ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламораспространитель.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителей.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал, что согласно части 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 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. Ввиду того, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, 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 абонента 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.

При обращении в ФАС России гражданин сообщил об отсутствии его разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом 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. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

Следовательно, можно сделать вывод, что фактическое (физическое) доведение рассматриваемого SMS-сообщения до абонента без его согласия осуществило ООО «Амстердам», поэтому указанный хозяйствующий субъект является рекламодателем.

Обществом, в свою очередь каких-либо сведений о заказчике распространения спорного SMS-сообщения не предоставлено.

При этом ООО «Амстердам» не были представлены доказательства того, что спорное SMS-сообщение было передано Обществом абоненту «...». с его предварительного согласия, а также какие-либо сведения о заказчике распространения спорного SMS-сообщения.

Указанные действия ООО «Амстердам» отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» в отношении рекламодателя - распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае — SMS-сообщений.

Таким образом, рекламодатель ООО «Амстердам», воспользовавшись техническими средствами ООО «Т2 Мобайл», не исполнило в должной мере положения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», распространив на телефонный номер «...» абонента «...» SMS-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 36, 37-42, 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508 Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «До 17 декабря выгода до 50 т.р. на б/у авто! goo.gl/4wbbHG 88126067088», распространенную 16.12.2017 в 11 часов 52 минуты на телефонный номер «...» посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента; действия ООО «Амстердам» нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ООО «Амстердам» не выдавать в связи с разовым характером распространения указанной рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Карельского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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