

И Г/1926 от 17.01.2017

ПАО «ВымпелКом»

127083, г. Москва,
ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14

ООО «Эксперт»

109028, г. Москва,
Подкопаевский пер., д. 7, стр. 2

РЕШЕНИЕ

«29» ноября 2016 г.

г. Москва

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

председателя Комиссии – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – Н.С. Уваровой, В.Н. Никитухиной,

рассмотрев дело № 3-18-236/77-16, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания:

«Только до 20 февраля, специальная цена «Год фитнеса+вторая карта в подарок». Предложение ограничено. Звони сейчас! Grand Imperial Wellness. 89255947330 Даша Парфёнова», поступившей 12.02.2015 в 17:04 и 13.02.2015 в 14:14, отправитель: NOVANOFF (номер, в соответствии с детализацией услуг связи – +7-963-783-15-64), с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на

получение рекламы,

в отсутствие представителей ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт»
УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-236/77-16 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» на основании обращения ООО «Русс Индор» по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания:

«Только до 20 февраля, специальная цена «Год фитнеса+вторая карта в подарок». Предложение ограничено. Звони сейчас! Grand Imperial Wellness. 89255947330 Даша Парфёнова», поступившей 12.02.2015 в 17:04 и 13.02.2015 в 14:14, отправитель: NOVANOFF (номер, в соответствии с детализацией услуг связи – +7-963-783-15-64).

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 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.

ООО «Эксперт» (адрес: 109028, г. Москва, Подкопаевский пер., д. 7, стр. 2) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.09.2006 за основным государственным регистрационным номером 5067746844864, ИНН 7709702475, КПП 770901001.

Согласно материалам дела № 3-18-236/77-16 на номер телефона <...> 12.02.2015 в 17:04, а также 13.02.2015 в 14:14 поступила спорная реклама от отправителя: NOVANOFF (номер, в соответствии с детализацией услуг связи – +7-963-783-15-64).

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной ООО «Русс Индор» в материалы дела.

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 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.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорных СМС-сообщений исключительно в адрес одного 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 сообщений, в котором содержится предложение приобрести абонемент фитнес-клуба со скидкой, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к услугам, оказываемым фитнес-клубом.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщений; 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 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 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 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 рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению ООО «Русс Индор», владельца телефонного номера <...>, что подтверждается Договором об оказании услуг связи «Билайн», заключенным между Обществом и ПАО «ВымпелКом»,

согласие на получение рекламы от ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» оно не давало. В свою очередь, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы Обществами не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» информации о наличии либо отсутствии согласия лица, подавшего заявление в Московское УФАС России, на получение рекламы лицами, участвующими в деле, также не представлено.

В соответствии с Российским планом нумерации, номер <...>, с которого поступили спорные СМС-сообщения, принадлежит номерной емкости ПАО «ВымпелКом».

Исходя из материалов дела № 3-18-236/77-16, указанная реклама распространялась на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» № 164808835 от 18.08.2008, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Эксперт» (далее — Договор).

Согласно пункту 1.1 Договора 1, ПАО «ВымпелКом» оказывает услуги связи Билайн, а ООО «Эксперт» оплачивает на условиях Договора оказанные услуги связи.

В соответствии с подпунктом 4 пункта 4.1 Договора, ООО «Эксперт» обязуется не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, массовых рассылок, установки шлюзов (или устройств) для доступа в сети фиксированной связи, интернет-телефонии и других мероприятий, приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи и ущербу ПАО «ВымпелКом».

Кроме того, согласно пункту 1.3 Договора услуги оказываются на основании Договора, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Эксперт». Права и обязанности сторон Договора не могут передаваться другим лицам иначе как в порядке, установленном законом или Договором.

Согласно подпункту 2 пункта 3.2 Договора, ПАО «ВымпелКом» вправе приостановить оказание услуг ООО «Эксперт» в случае нарушения ООО «Эксперт» действующего законодательства и условий Договора.

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

Таким образом, Общества являются 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 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.

ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации при распространении рекламных сообщений.

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке СМС-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

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, которое в силу части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не подлежит судебной защите.

Кроме того, согласно части 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 вышеупомянутый договор, ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» приняли на себя все обязательства по указанным договорам 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 ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» 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 12.02.2015 в 17:04, а также 13.02.2015 в 14:14 рекламы посредством СМС-сообщений на номер телефона <...> от отправителя: NOVANOFF (номер, в соответствии с детализацией услуг связи – +7-963-783-15-64) 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 рекламодатель и распространитель.

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.

При этом законодательно установленное определенное распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> в силу имеющихся между ними гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» рассматриваемые сообщения не достигли бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» являются рекламодателями рекламы следующего содержания:

«Только до 20 февраля, специальная цена «Год фитнеса+вторая карта в подарок». Предложение ограничено. Звони сейчас! Grand Imperial Wellness. 89255947330 Даша Парфёнова», поступившей 12.02.2015 в 17:04 и 13.02.2015 в 14:14, отправитель: NOVANOFF (номер, в соответствии с детализацией услуг

связи – +7-963-783-15-64).

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, ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Как установлено выше, ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» 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 договора, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

Таким образом, лица, участвующие в настоящем деле, в рамках рассмотрения данного дела признаются рекламодателями, а равно несут ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Иное фактически выводило бы такого важного участника распространения рекламы по сетям электросвязи как оператор связи из под обязанности по соблюдению Закона о рекламе лишь на основании наличия соответствующей лицензии.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 12.02.2015 в 17:04, а также 13.02.2015 в 14:14 рекламы посредством СМС-сообщений на номер телефона <...> от отправителя: NOVANOFF (номер, в соответствии с детализацией услуг связи – +7-963-783-15-64) без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» 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 (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 ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» предписаний 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, спорные сообщения были распространены 12.02.2015 и 13.02.2015.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности в настоящем случае 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 законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» нарушившими часть 1 статьи 18 при распространении 12.02.2015 в 17:04, а также 13.02.2015 в 14:14 рекламы посредством СМС-сообщений следующего содержания: «Только до 20 февраля, специальная цена «Год фитнеса+вторая карта в подарок». Предложение ограничено. Звони сейчас! Grand Imperial Wellness. 89255947330 Даша Парфёнова» на номер телефона <...> от отправителя: NOVANOFF (номер, в соответствии с детализацией услуг связи – +7-963-783-15-64) без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Выдать ПАО «ВымпелКом», ООО «Эксперт» предписания о прекращении распространения СМС-сообщений с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Председатель Комиссии

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

Н.С. Уварова

В.Н. Никитухина

Исполнитель: Никитухина В.Н., тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. 167)