

<...>

<...>

РЕШЕНИЕ

«09» февраля 2017 года

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: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-273/77-16, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения рекламы:

«Салон Ля Ви! ВЕСЕННЕЕ ОБНОВЛЕНИЕ! Лечебный массаж 1200р, Фото омоложение лица 2500р, Экспресс уход за волосами 750 р www.salon-lavi.ru», поступившей 21.03.2016 в 20:08 с номера <...>;

«Салон Ля Ви приглашает 18 мая на День красоты! Подробности на сайте www.salon-lavi.ru», поступившей 05.05.2016 в 15:21 с номера <...>,

без предварительного согласия абонента на получение рекламы, 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 <...> (надлежащим образом уведомлен),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-273/77-16 возбуждено в отношении <...> на основании

обращения физического лица по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> рекламы:

«Салон Ля Ви! ВЕСЕННЕЕ ОБНОВЛЕНИЕ! Лечебный массаж 1200р, Фото омоложение лица 2500р, Экспресс уход за волосами 750 р www.salon-lavi.ru», поступившей 21.03.2016 в 20:08 с номера <...>;

«Салон Ля Ви приглашает 18 мая на День красоты! Подробности на сайте www.salon-lavi.ru», поступившей 05.05.2016 в 15:21 с номера <...>, без предварительного согласия абонента на получение рекламы

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.

<...> является физическим лицом, паспорт: серия <...> № <...>, выдан 06.07.2016 <...> дата рождения: <...>; место жительства: <...>.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается скриншотом экрана мобильного телефона, детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем.

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 излучения, 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 распространение рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

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 смс-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 салоне красоты, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством смс-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Рекламораспространитель 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 рекламораспространителя. 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 он не давал. <...> получение такого согласия также не подтверждено.

В соответствии с Российским планом нумерации, а также письменными пояснениями, номер <...>, с которого поступило спорное смс-сообщение принадлежит номерной емкости ПАО «Вымпелком».

В соответствии с письменными пояснениями ПАО «Вымпелком», абонентский номер <...> выделен <...> по договору об оказании услуг связи «Билайн» № <...> от 04.12.2014.

Исходя из материалов дела, Договор об оказании услуг связи Билайн, заключаемый между ПАО «Вымпелком» и абонентом, состоит из:

- бланка, содержащего учетные данные абонента, сведения о выделенном абоненту номере, заказанных абонентом услугах, выбранном абонентом тарифном плане и тому подобных сведений, идентифицирующих абонента и индивидуализирующих условия, на которых будут оказываться услуги связи;
- текста публичных условий договора, которые, в соответствии со статьей 426

Гражданского кодекса Российской Федерации, являются одинаковыми для всех потребителей (далее — Условия).

В соответствии с подпунктом 1 пункта 4.1 части 4 Условий, абонент обязан использовать Услуги исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с предпринимательской деятельностью и получением дохода.

При этом согласно пункту 1.2 части 1 Условий, под услугой понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Под услугами в рамках Договора понимаются услуги подвижной радиотелефонной связи; телематические услуги связи; услуги связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, услуги связи и по передаче данных для целей передачи голосовой информации, дополнительные услуги, оказываемые оператором абоненту в соответствии с правилами оказания соответствующего вида услуг и условиями выданных оператору лицензий.

Согласно подпункту 4 пункта 4.1 части 4 Условий, абонент обязан не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации): для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок и т. д.

Таким образом, Договор, заключенный между ПАО «Вымпелком» и <...>, не содержит условия предоставления услуг, связанных с распространением рекламы, а равно напрямую запрещает абоненту использовать телефонный номер для целей предпринимательской деятельности и получения дохода.

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.

В этой связи, действия <...> противоречат ранее приведенным положениям договора.

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.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение посредством смс-сообщений 21.03.2016 в 20:08, 05.05.2016 в 15:21 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...>, поступившего с номера <...> 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 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.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что непосредственное доведение рассматриваемой рекламы до потребителя осуществляла <...> в силу прямого доступа к номеру телефона, с которого совершена рассылка смс-сообщений.

Таким образом, <...> в рамках рассмотрения данного дела признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Данный факт <...> не отрицается.

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, <...> не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях <...> установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении посредством смс-сообщения 21.03.2016 в 20:08, 05.05.2016 в 15:21 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...>, поступившего с номера <...>, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения 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 прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пусть 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.

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 <...> нарушившей часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер 7-903-549-04-39 п<...>-сообщения рекламы:

«Салон Ля Ви! ВЕСЕННЕЕ ОБНОВЛЕНИЕ! Лечебный массаж 1200р, Фото омоложение лица 2500р, Экспресс уход за волосами 750 р www.salon-lavi.ru», поступившей 21.03.2016 в 20:08 с номера <...>;

«Салон Ля Ви приглашает 18 мая на День красоты! Подробности на сайте www.salon-lavi.ru», поступившей 05.05.2016 в 15:21 с номера <...>, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

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

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

...>