

<...>

125212, г. Москва,
ш. Ленинградское, д. 39А, стр.1

454091 г. Челябинск,
ул. Труда, д. 84

<...>

e-mail: chss@tele2.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 35-14.3ч.1/17 об административном правонарушении

09 июня 2017 года

г. Челябинск

Я, руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России), <...>, рассмотрев материалы административного дела № 35-14.3ч.1/17, возбужденного в отношении <...> (далее – <...>) по факту распространения рекламы путем рассылки СМС-сообщения от отправителя под обозначением «606» без предварительного согласия абонента с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ),

в присутствии представителя <...>,

в присутствии специалиста-эксперта отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России <...>,

исследовав материалы дела,

УСТАНОВИЛ:

25 июня 2016 года заявителю на его телефонный номер <...> -952-***-**-88 поступило СМС-сообщение с рекламой: «Смотрите любимые видео на <http://m.tele2.ru/?nsms&nsmsid=181> Трафик бесплатный» от отправителя под обозначением «606» через смс-центр +7-904-***-**-03 без предварительного согласия абонента.

Информация, поступившая 25 июня 2016 года заявителю на его телефонный номер <...> является рекламой ввиду следующего.

Согласно статье 3 Закона о рекламе под рекламой понимается 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.

Антимонопольным органом в письме от 27.06.2016 № АД/43482/16 сформулирована позиция относительно отнесения к рекламе информации с личным обращением, которая заключается в следующем. 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.

Под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по адресному списку. В случае направления посредством СМС-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение в сообщении (упоминание имени и отчества абонента), представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

В соответствии с письмом ФАС России от 13.06.2013 № АК/22976/13 должна относиться к рекламе информация, поступившая от оператора связи, с предложением обратиться на мобильный сервис (портал), в том числе подключение или использование которого не требует внесения разовой или абонентской платы, если посредством данного сервиса (портала) абоненту за дополнительную плату может быть предоставлен мобильный контент или дополнительные услуги.

В силу части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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, не докажет, что такое согласие было получено.

При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено, что отражено в части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Сообщение со сведениями: «Смотрите любимые видео на <http://m.tele2.ru/?nsms&nsmsid=181> Трафик бесплатный», поступившее 25 июня 2016 года на абонентский номер <...> -952-***-**-88, является рекламой, поскольку направлено на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к мобильному portalу оператора связи Теле2 «m.tele2.ru», посредством которого абонентам может быть предоставлен мобильный контент или дополнительные услуги и имеет все признаки рекламы: адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (мобильный портал Теле2), формирует или поддерживает интерес к данной услуге, что определено статьей 3 Закона о рекламе.

Спорное сообщение содержит информацию с предложением обратиться к услугам (просмотр видео) мобильного портала, оказываемым оператором связи, что направлено на предоставление дополнительных услуг компанией с коммерческим обозначением «Теле2», в том числе и на платной основе. В частности, как усматривается из письменных пояснений от 11.08.2016 № 11002, при активации функций мобильного портала «m.tele2.ru», с его использованием можно получить («скачать») фильмы, музыку и так далее на возмездной основе. При этом аналогичные услуги могут предоставляться иными операторами связи и интернет-площадками, что также свидетельствует о том, что данная услуга является товаром в понимании статьи 3 Закона о рекламе. В данном случае объектом рекламирования являются услуги мобильного портала «m.tele2.ru» и сведения рекламного характера о данном объекте (товаре) направлены абоненту +7-952-***-**-88.

В качестве доказательства получения согласия абонента +7-952-***-**-88 ООО «Т2 Мобайл» представлены «выгрузка логов» с сервера и скриншот с личного кабинета.

Скриншот личного кабинета пользователя «user_265190921», в котором заполнена графа «дата рождения» и указано «01.12.1989», такие графы как «имя», «фамилия», «город» не содержат персональной информации, позволившей идентифицировать пользователя. Профиль личного кабинета пользователя «user_265190921» содержит раздел «информировать о новинках портала по смс», в котором пользователь указал, что согласен на получение такой информации.

Материалы дела содержат копию договора об оказании услуг от 22.02.2016, в котором абонент +7-952-***-**-88 выразил согласие на получение сообщений справочного и информационного характера, от получения сообщений с рекламой абонент отказался.

Из представленного ООО «Т2 Мобайл» договора об оказании услуг от 22.02.2016 следует, что физическому лицу (<...> <...> года рождения выделен абонентский номер <...> -952-***-**-88. Подписав настоящий договор, абонент подтвердил свое согласие на использование сведений для оказания справочных и иных информационных услуг оператором или третьими лицами, однако отказался от получения рекламной информации, о чем свидетельствует отметка в графе «если не согласен» об отказе на получение рекламной информации.

Сопоставление указанных документов (договора об оказании услуг от 22.02.2016 и скриншота личного кабинета пользователя «user_265190921») не свидетельствует о том, что именно заявителю, подписавшему договор с оператором связи и являющемуся абонентом номера +7-952-***-**-88, принадлежит личный кабинет, зарегистрированный пользователем с интернет-псевдонимом «user_265190921». Из содержания данных документов также нельзя прийти к выводу, что абонент +7-952-***-**-88 выразил согласие на получение рекламы посредством ее направления по сетям электросвязи.

Ввиду изложенного не приняты в качестве надлежащих доказательств получения согласия абонента +7-952-***-**-88 на рассылку ему сообщений рекламного характера «выгрузка логов» с сервера ООО «Софит лэбс» и скриншот личного кабинета пользователя «user_265190921», представленные ООО «Т2 Мобайл» в составе письменных пояснений от 28.11.2016 №

Документов, материалов, указывающих, что ООО «Т2 Мобайл» приняты все достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Закона о связи, части 1 статьи 18 Закона о рекламе при направлении СМС-сообщения с рекламой от отправителя под обозначением «606» на номер абонента +7-952-***-**-88 Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получено, обществом не предоставлено.

Часть 7 статьи 3 Закона о рекламе устанавливает, что рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, направление рекламы по сетям электросвязи, осуществило ООО «Т2 Мобайл», являющееся рекламодателем указанной рассылки.

Из анализа норм Закона о связи, Закона о рекламе следует, что заказчик рассылки СМС-сообщений должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

В силу статьи 44.1 Закона о связи обязанность по идентификации абонента перед направлением ему СМС-сообщений, в том числе рекламного характера возложена на заказчика рассылки в случае, если рассылка осуществлялась по его инициативе.

ООО «Т2 Мобайл» не приняты все достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Закона о связи при направлении СМС-сообщения с рекламой: «Смотрите любимые видео на <http://m.tele2.ru/?nsms&nsmsid=181> Трафик бесплатный» от отправителя под буквенным обозначением «606» на номер <...> -952-***-**-88.

Условие о предварительном согласии абонента на распространение рекламы по сетям электросвязи следует из части 1 статьи 18 Закона о рекламе, что также не было соблюдено ООО «Т2 Мобайл» при рассылке рекламного сообщения.

Таким образом, с учетом того, что абонент +7-952-***-**-88 в договоре об оказании услуг от 22.02.2016 выразил явный отказ от получения на абонентский номер рекламной рассылки оператор связи не должен направлять сообщения с рекламой данному абоненту, в связи с чем ООО «Т2 Мобайл» допущено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а именно заявителю (абоненту телефонного номера +7-952-***-**-88) поступило СМС-сообщение с рекламой: «Смотрите любимые видео на <http://m.tele2.ru/?nsms&nsmsid=181> Трафик бесплатный» от отправителя под обозначением «606» без его предварительного согласия.

Распространение ненадлежащей рекламы также установлено решением Комиссии Челябинского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 30 ноября 2016 года.

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

Рекламодателем является ООО «Т2 Мобайл» как лицо, осуществившее распространение рекламы по сетям электросвязи и обществом не оспаривается.

На запрос Челябинского УФАС России от ООО «Т2 Мобайл» поступили сведения (вх. № 17833 от 29.12.2016) о должностном лице, ответственном за направление сообщений рекламного характера, о чем приложен приказ о назначении <...> на должность <...> Челябинского филиала ООО «Т2 Мобайл».

Действия <...>, выразившиеся в распространении ненадлежащей рекламы путем рассылки СМС-сообщения без предварительного согласия абонента, нарушают требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» и являются административным правонарушением, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

От <...> поступили письменные возражения, согласно которым в действиях ООО «Т2 Мобайл» при направлении 25.06.2016 года смс-сообщения на телефонный номер <...> -952-***-**-88 с текстом: «Смотрите любимые видео на <http://m.tele2.ru/?nsms&nsmsid=181> Трафик бесплатный» отсутствуют признаки ненадлежащей рекламы.

Довод не принят во внимание ввиду следующего.

В соответствии с письмом ФАС России от 13.06.2013 № АК/22976/13 должна относиться к рекламе информация, поступившая от оператора связи, с предложением обратиться на мобильный сервис (портал), в том числе подключение или использование которого не требует внесения разовой или абонентской платы, если посредством данного сервиса (портала) абоненту за дополнительную плату может быть предоставлен мобильный контент или дополнительные услуги.

Спорное сообщение содержит информацию с предложением обратиться к услугам (просмотр видео) мобильного портала, оказываемым оператором связи, что направлено на предоставление дополнительных услуг компанией с коммерческим обозначением «Теле2», в том числе и на платной основе. В частности, как усматривается из письменных пояснений от 11.08.2016 № 11002, при активации функций мобильного портала «m.tele2.ru», с его использованием можно получить («скачать») фильмы, музыку и так далее на возмездной основе. При этом аналогичные услуги могут предоставляться иными операторами связи и интернет-площадками, что также свидетельствует о том, что данная услуга является товаром в понимании статьи 3 Закона о рекламе. В данном случае объектом рекламирования являются услуги мобильного портала «m.tele2.ru» и сведения рекламного характера о данном объекте (товаре) направлены абоненту +7-952-***-**-88.

Частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-5 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста до пятисот тысяч рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное статьей 14.3 КоАП РФ, начинается со дня совершения административного правонарушения.

25 июня 2016 года заявителю на его телефонный номер <...> -952-***-**-88 поступило СМС-сообщение с рекламой от

отправителя под обозначением «606» без его предварительного согласия, соответственно, срок привлечения к административной ответственности, рекламодателя данной рекламы, <...> истекает 25 июня 2017 года.

Статья 1.5. КоАП РФ устанавливает, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Статьей 2.1 КоАП РФ установлено, что административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Согласно части 3 статьи 2.1 КоАП РФ назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

Материалами дела установлено, что <...> в отсутствие объективно непреодолимых препятствий, имела возможность выполнить мероприятия по контролю за распространением рекламы путем рассылки СМС-сообщения без предварительного согласия абонента, однако <...> не были приняты соответствующие меры, что доказывает факт наличия у <...> вины в совершении вменяемого ей нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Вина <...> выразилась в ненадлежащем исполнении обязанности по получению предварительного согласия абонента на рассылку СМС-сообщений с рекламой: «Смотрите любимые видео на <http://m.tele2.ru/?nsms&nsmsid=181> Трафик бесплатный», в результате чего были нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих надлежащему соблюдению <...> требований законодательства РФ о рекламе, Челябинским УФАС России не выявлено.

У <...> отсутствовали препятствия, и имелась возможность для соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно – для соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». <...> не приняла необходимых и достаточных мер по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе.

При таких обстоятельствах <...> признается виновной в совершении административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обстоятельств, исключающих вину <...> в совершении данного административного правонарушения, а также обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении при совершении данного административного правонарушения, не установлено.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, предусмотренных статьей 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не установлено.

С учетом изложенного, ей может быть назначено наказание, предусмотренное санкцией части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, а именно – административный штраф в размере четырех тысяч рублей.

Руководствуясь статьями 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. _____ Признать <...> виновной в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Применить к <...> административное наказание в виде административного штрафа за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в размере **4 000 (четыре тысячи) рублей**.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Сумма штрафа должна быть перечислена в доход федерального бюджета по следующим реквизитам: КБК 16111626000016000140, ОКТМО 75701000 на счет органа федерального казначейства: УФК по Челябинской области (для Челябинского УФАС России), отделение Челябинск, БИК 047501001, р/с 40101810400000010801, ИНН 7453045147, КПП 745301001.

В силу части 1 статьи 20.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

Согласно части 5 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 настоящего Кодекса, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством. Кроме того, должностное лицо составляет протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный штраф.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в Арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

После уплаты штрафа копии документов, свидетельствующих об уплате административного штрафа, просим представить в Челябинское УФАС России по факсу (351) 263-18-39 либо по адресу г. Челябинск, пр. Ленина, д. 59, каб. 320.

Руководитель

<...>