

РЕШЕНИЕ

по делу № 69/04-2017р

Резолютивная часть решения оглашена 13 марта 2018 года

В полном объеме решение изготовлено 26 марта 2018 года

комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области по рассмотрению дел о нарушении рекламного законодательства в составе: Председателя комиссии <...>- руководителя управления Кировского УФАС России, Членов Комиссии: <...>- начальника отдела ФРИР Кировского УФАС России; <...> -специалиста отдела ФРИР Кировского УФАС России;

в отсутствие:

заявителя: физического лица;

лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: ПАО «МТС», ПАО «ВымпелКом», ООО «ГАРАНТИНВЕСТ»;

при ведении протокола Карачевой Е.С. – специалистом отдела ФРИР Кировского УФАС России;

рассмотрев материалы дела № 69/04-2017р по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» по факту распространения 25.08.2017 в 16:21 на номер мобильного телефона +<...>смс-сообщения следующего содержания: «Пенное 1 л. бесплатно при заказе пиццы БигБосс 36 см! yummpizza.ru fa» с номера +<...>, в отсутствие согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

В Кировское УФАС России поступило обращение физического лица по вопросу получения на номер мобильного телефона +<...> смс-сообщения следующего содержания: «Пенное 1 л. бесплатно при заказе пиццы БигБосс 36 см! yummpizza.ru fa» с номера +<...>, в отсутствие согласия абонента на его получение, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

Определением от 16.10.2017 возбуждено дело № 69/04-2017р в отношении ПАО «ВымпелКом», ПАО «МТС», рассмотрение назначено на 13.11.2017.

Заявитель – физическое лицо, надлежащим образом уведомленный о дате, месте и времени рассмотрения дела № 69/04-17р, явку на рассмотрение дела № 69/04-17р не обеспечил, ходатайств не заявлял.

Ответчик – ПАО «Мобильные ТелеСистемы», надлежащим образом уведомленный о дате, месте и времени рассмотрения дела № 69/04-17р, документы, запрошенные Управлением представил, ходатайств не заявлял, обеспечил явку представителя по доверенности № <...> от 23.03.2016 – <...>. <...>поддержала письменную позицию, представленную ранее в материалы дела, факт нарушения не признала.

Ответчик – ПАО «ВымпелКом», надлежащим образом уведомленный о дате, месте и времени рассмотрения дела № 69/04-17р, документы, запрошенные Управлением, представил, ходатайств не заявлял, обеспечил явку представителя по доверенности № <...> от 11.05.2017 – <...>.

Определением от 13.11.2017 срок рассмотрения дела № 69/04-2017р продлен, ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» привлечено к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, рассмотрение дела № 69/04-2017р назначено на 04.12.2017.

Заявитель – физическое лицо, явку на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, запрошенные документы не представил, ходатайств не заявлял, в материалах отсутствуют документы, подтверждающие надлежащее уведомление о дате, месте и времени рассмотрения дела.

Ответчик – ПАО «ВымпелКом», уведомленный надлежащим образом о дате, месте и времени рассмотрения дела, явку на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, заявил ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие своего представителя.

Ответчик – ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» явку на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, запрошенные документы не представил, ходатайств не заявлял, в материалах отсутствуют документы, подтверждающие надлежащее уведомление о дате, месте и времени рассмотрения дела.

Ответчик – ПАО «Мобильные ТелеСистемы» обеспечил на заседание Комиссии явку представителя по доверенности №<...>от 23.03.2016 – <...>, которая поддержала позицию по делу, изложенную ранее.

Определением от 04.12.2017 рассмотрение дела отложено, заседание Комиссии назначено на 11.01.2018.

Заявитель – физическое лицо, явку на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, ходатайств не заявлял, в материалах отсутствуют документы, подтверждающие надлежащее уведомление о дате, месте и времени рассмотрения дела.

Ответчик – ПАО «Мобильные ТелеСистемы» обеспечил на заседание Комиссии явку представителя по доверенности №0053/16 от 23.03.2016 – <...>, которая поддержала позицию по делу, изложенную ранее.

Ответчик – ПАО «ВымпелКом», явку на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, ходатайств не заявлял, в материалах отсутствуют документы, подтверждающие надлежащее уведомление о дате, месте и времени рассмотрения дела.

Ответчик – ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» явку на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, запрошенные документы не представил, ходатайств не заявлял, в материалах отсутствуют документы, подтверждающие надлежащее уведомление о дате, месте и времени рассмотрения дела.

Определением от 11.01.2018 рассмотрение дела отложено, заседание Комиссии назначено на 13.03.2018.

Заявитель – физическое лицо явку на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, запрошенные документы не представил, ходатайств не заявлял, почтовое отправление вернулось за истечением срока хранения.

Ответчик – ПАО «ВымпелКом», уведомленный надлежащим образом о дате, месте и времени рассмотрения дела, явку представителя на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, направил ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя.

Ответчик – ПАО «МТС», уведомленный надлежащим образом о дате, месте и времени рассмотрения дела, явку представителя на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, направил ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя.

Ответчик – ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» явку на рассмотрение дела № 69/04-2017р не обеспечил, запрошенные документы не представил, ходатайств не заявлял, почтовое отправление вернулось за истечением срока хранения.

Изучив материалы дела, комиссия Кировского УФАС России приходит к следующим выводам.

Согласно ст. 3 Федерального закона «О рекламе», рекламой является информация, распространяемая 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. Под объектом рекламирования понимается 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 – это 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 правоотношений, возникающих в связи с реализацией 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.

Информация: «Пенное 1 л. бесплатно при заказе пиццы БигБосс 36 см! yummpizza.ru fa», содержащаяся в спорном смс-сообщении, полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Федерального закона «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие 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.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 года № 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.

Абонент номера +<...> в своем обращении сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы.

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

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «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; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

При этом в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

В соответствии с п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» данный закон не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Согласно информации, представленной публичным акционерным обществом «Мобильные ТелеСистемы» (вх. № <...>), отправка вышеуказанного смс-сообщения была осуществлена с номера +<...>, выделенного оператору связи ПАО «ВымпелКом». При этом, ПАО «МТС» в данном случае выполнял исключительно функции оператора связи, предоставляя абоненту +<...> доступ к услугам связи.

Согласно информации, представленной публичным акционерным обществом «Вымпел-Коммуникации», вышеуказанное смс-сообщение поступило на номер заявителя с абонентского номера +<...>, выделенного юридическому лицу – ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» (ИНН 7728892172) в рамках заключенного с данным абонентом договора об оказании услуг связи от <...>. При этом, в соответствии с условиями вышеуказанного договора абонент не имеет права использовать телефонный номер для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок (п.п. 4 п. 4.1 Договора). Поскольку ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» данное условие было нарушено, ПАО «ВымпелКом» приостановил оказание услуг связи данному абоненту.

ПАО «ВымпелКом» неизвестно содержание смс-сообщения, поступающего на абонентский номер <...> поскольку оно отправляется третьим лицом. В рамках заключенного договора об оказании услуг связи предоставляет абоненту услуги связи, позволяющие последнему передавать и (или) принимать голосовую и (или) неголосовую информацию. Применительно к услуге приема/передачи коротких текстовых сообщений (SMS) это означает, что абонент самостоятельно пользуется данной услугой посредством технической возможности, которую обеспечивает ему оператор связи, всю последовательность действий, необходимых для отправки коротких текстовых сообщений (SMS) определенного содержания, абонент осуществляет самостоятельно (набор текста, выбор адресата получателя сообщения, нажатие клавиши «Отправить»). Техническое и фактическое формирование SMS – сообщения, формирование базы получателей и рассылка по адресатам SMS – сообщения

осуществлялось ООО «ГАРАНТИНВЕСТ».

В соответствии с частью 1 статьи 46 Федерального закона «О связи» оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом», ПАО «МТС» как операторы связи, соблюдая действующее законодательство, обеспечили возможность пропуска трафика по своим сетям связи.

Из анализа материалов дела Комиссия Кировского УФАС России делает вывод, что фактическое (физическое) доведение рассматриваемого смс-сообщения до абонента без его согласия осуществило ООО «ГАРАНТИНВЕСТ», поэтому указанный хозяйствующий субъект является рекламодателем.

В ходе рассмотрения дела в Кировское УФАС России не были представлены доказательства того, что спорное смс-сообщение было передано ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» абоненту +7<...>с его предварительного согласия.

Комиссией Кировского УФАС России были проанализированы все имеющиеся документы и доказательства по данному делу, на основании чего сделан вывод о том, что действия ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» в отношении рекламодателя – распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае — смс-сообщений.

Таким образом, рекламодатель ООО «ГАРАНТИНВЕСТ», воспользовавшись техническими и программными средствами, а также программными и техническими средствами ПАО «ВымпелКом», не исполнило в должной мере положения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», распространив на телефонный номер абоненту +7<...> смс-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что при распространении на телефонный номер +<...> рекламы следующего содержания: «Пенное 1 л. бесплатно при заказе пиццы БигБосс 36 см! yummpizza.ru fa» были нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель (лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств).

Комиссия Кировского УФАС России считает, что нарушение рекламного законодательства произошло по вине ООО «ГАРАНТИНВЕСТ».

Учитывая тот факт, что в материалах дела имеется документальное подтверждение блокировки ПАО «ВымпелКом» номера +<...>, выделенного ООО «ГАРАНТИНВЕСТ», Комиссия Кировского УФАС России решила не выдавать ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» предписание об устранении нарушения.

На основании ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или

рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Комиссия считает необходимым передать материалы уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении общества с ограниченной ответственностью «ГАРАНТИНВЕСТ» (ИНН: 7728892172; ОГРН 5147746191357) и его должностного лица.

Руководствуясь ст. 3, ч. 1 ст. 18, ст. 33, ст. 36, ст. 38 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 36-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия,

Р Е Ш И Л А:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Пенное 1 л. бесплатно при заказе пиццы БигБосс 36 см! yummpizza.ru fa», направленную 25.08.2017 в 16:21 на номер мобильного телефона +<...> без предварительного согласия абонента, так как она нарушает требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе».

2. Производство по делу № 69/04-2017р в отношении публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (ИНН 7713076301; ОГРН 1027700166636), публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» (ИНН 7740000076; ОГРН 1027700149124) прекратить.

4. Не выдавать обществу с ограниченной ответственностью «ГАРАНТИНВЕСТ» (ИНН: 7728892172; ОГРН 5147746191357) предписание об устранении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе».

5. Передать материалы уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении общества с ограниченной ответственностью «ГАРАНТИНВЕСТ» (ИНН: 7728892172; ОГРН 5147746191357) и его должностного лица.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в суд общей юрисдикции в порядке, предусмотренном ст. 131 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации.

Члены Комиссии

<...>

<...>