

РЕШЕНИЕ

по делу № 012/05/18-120/2020

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«20» мая 2020 года г. Йошкар-Ола

Резолютивная часть решения объявлена: «20» мая 2020 года

Полный текст решения изготовлен: «20» мая 2010 года

рассмотрев дело № 012/05/18-120/2020, в отношении по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) по факту распространения рекламного сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента,

в отсутствии представителей лиц, участвующих в деле,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы России поступило заявление гражданина.

В заявлении указано о распространении рекламного сообщения без получения предварительного согласия абонента на телефонный номер следующего содержания: «Вы выиграли БОНУС 75 000 рублей на первую игру – slot.us/ErEk.v». Смс-сообщение направлено 23.12.2019 в 17 часов 51 минуту с номера , SMS-центром обозначен номер <...> К заявлению приложена копия согласия, также приложение со скриншотом сообщения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ (далее - Закон о рекламе) реклама - 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.

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 (письмо ФАС России от 05 апреля 2007 года исх. № АЦ/4624).

Объект рекламирования - 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. В рассматриваемой смс-рекламе объектом рекламирования являются услуги по предоставлению кредита.

Информация, направленная в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, из текста не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация, поступившая, содержит следующие признаки рекламы: смс-сообщение направлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно части 1, 2 статьи 18 Закон 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, а также не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение с применением электронного сервиса операторов подвижной связи, что нарушает часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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, в случае, если будет доказана его вина.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения указанного рекламного звонка.

Марийским УФАС России направлен запрос в ООО «Т2 Мобайл» о предоставлении информации по номеру .

В письменных пояснениях ООО «Т2 Мобайл» сообщило, что при перезаключении договора об оказании услуг связи с оператором ПАО «Мегафон» на ООО «Т2 Мобайл» абонент выразил свое несогласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

Из детализации звонков, представленных ООО «Т2 Мобайл», следует, что смс с номера было отправлено в 17:51 23.12.2019, что соответствует представленному скриншоту. Вышеуказанный номер принадлежит ПАО «Ростелеком».

Дополнительный номер телефона из адресата сообщения используется в качестве

SMS-центра ПАО «Ростелеком» для целей оказания услуг связи на базе виртуальной сети подвижной радиотелефонной связи.

В соответствии с частью 1 статьи 46 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.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» Закон о рекламе 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 рекламораспространителя.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента при получении такого согласия последнему как потребителю услуги должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок. При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Марийским УФАС России установлено, что СМС-сообщение поступило с номера телефона (абонентский номер на основании договора об оказании услуг подвижной связи принадлежит ИП, где дополнительно SMS-центром заявлен номер <...> принадлежащий в последнем случае ПАО «Ростелеком».

ПАО «Ростелеком» в письменных пояснениях указало, что номер является единым SMS-центром и отображается на сотовых устройствах у всех абонентов сети в любых отправленных сообщениях на основании Приказа от 08.09.2016 № 01/01/815-16 «О вводе в коммерческую эксплуатацию услуг подвижной связи, оказываемых

по схеме виртуального MVNO оператора связи для абонентов – физических и юридических лиц», где в Приложении № 1 в п. 3.4 указано о том, что данный номер используется оператором, как SMSC (Short Message Service Center) – узел обслуживания SMS-центра.

Следовательно, ПАО «Ростелеком» не является рекламодателем, а только обеспечивает подключение к сети оператора связи, в связи с чем подлежит исключению из лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, и определяется как заинтересованное лицо по делу.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Таким образом, ИП является рекламодателем и рекламодателем.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Марийское УФАС России, изучив представленные в материалы дела доказательства, считает, что в настоящее время отсутствуют доказательства прекращения нарушения законодательства о рекламе и в данном случае имеются основания для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе со стороны ИП.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 20, 21 Правил рассмотрения антимонопольными органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе»,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «Вы выиграли БОНУС 75 000 рублей на первую игру – sl0t.us/EpEk.v», направленную 23.12.2019 в 17 часов 51 минуту с номера без согласия абонента ИП, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать обязательное для исполнения предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении.

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