

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 53-Р-2017

18 декабря 2017 г.

г. Чебоксары

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее - Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии:

«...»

Члены Комиссии:

«...»

рассмотрев дело № 53-Р-2017 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) в отношении ПАО "ВымпелКом", выразившимся в распространении рекламы посредством использования электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии:

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона о рекламе - представителя ПАО "ВымпелКом" «...» (по доверенности от 12.05.2017 № ЦР-17-10);

в отсутствии:

заявителя - гражданки «...», извещенной о месте и времени рассмотрения настоящего дела надлежащим образом,

заинтересованного лица ООО "Логин", согласно представленному ходатайству (вх. от 06.12.2017 № 04-10/8109) о рассмотрении настоящего дела в отсутствие общества,

УСТАНОВИЛА:

17.10.2017 (вх. № 04-10/7049) в адрес Чувашского УФАС России из ФАС России поступило для рассмотрения заявление гражданки «...» (далее – Заявитель) относительно поступления на номер сотового телефона последней рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно заявлению 14.10.2017 в 11 час.22 мин. на выделенный Заявителю номер мобильного телефона 8 9650079023 поступило нежелательное SMS - сообщение с номера, имеющего буквенное обозначение Brandinfo и содержало следующий текст: "Сделано в Америке: история самого дерзкого контрабандиста в мире уже в кино! Билеты в "Киноход" со скидкой! <https://goo.gl/ntCuQL>".

Под рекламой, определенной частью 1 статьи 3 Закона о рекламе 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.

Объектом рекламирования, по смыслу Закона о рекламе (п.2 ст.3), может выступать 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.

Информация, поступившая на номер сотового телефона Заявителя, определяется как реклама, поскольку обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы, применительно к [пункту 1 статьи 3](#) Закона о рекламе, и, таким образом, на нее распространяются все ограничения Закона о рекламе.

В соответствии с [ч. 1 ст. 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.

Поскольку из обращения Заявителя следует, что он не давал согласие на получение рассматриваемого рекламного сообщения, следовательно, данное обстоятельство указывает на признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Кроме того, в силу ст.44.1 Федерального закона "О связи" устанавливается порядок осуществления рассылки сообщений рекламного характера.

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, по мнению ФАС России (письмо от 05.12.2014 №АК/49919/4 "О применении новых положений Закона о связи для оценки правомерности

рекламных рассылок") закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Таким образом, в случае осуществления рассылки нежелательных рекламных сообщений, например, как в рассматриваемом случае, с буквенного номера Brandinfo, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламораспространителем.

Согласно [статье 3](#) Закона о рекламе, рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно [части 7 статьи 38](#) Закона о рекламе за нарушение [статьи 18](#) данного закона ответственность несет рекламораспространитель. Соответственно, в указанных случаях оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может быть привлечен к ответственности в качестве рекламораспространителя за нарушение [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе.

Из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru) установлено, что номер Заявителя (...) принадлежит номерной емкости, закрепленной за оператором подвижной связи ПАО "ВымпелКом" (регион г. Москва и Московская область).

Из представленных в заседании Комиссии ПАО "ВымпелКом" пояснений, в том числе в письменном виде (вх. от 10.11.2017 № 04-10/7565, от 05.12.2017 № 04-10/8090), следует, что общество в своих действиях не признает нарушение Закона о рекламе, указав следующее.

Согласно данным автоматизированной системы ПАО "ВымпелКом" отправка смс - сообщения 14.10.2017 в 11 час.22 мин. на выделенный Заявителю номер мобильного телефона осуществлена на основании договора оказания услуг связи

от 22.02.2013 № 22013ВК/ЭП, заключенного между ПАО "ВымпелКом" и ООО "Эксперт Промоушен" (в связи со сменой наименования общества с 30.10.2015- ООО "Логин" (г.Москва ИНН 7721772824/ОГРН 1127747068679) .

Из п.1.1 данного договора следует, что Исполнитель (ПАО "ВымпелКом") по заданию Заказчика (ООО "Логин") оказывает Заказчику услуги, а Заказчик принимает и оплачивает услуги Исполнителя согласно условиям договора.

Согласно п.1.3. указанного договора на каждую рекламную компанию Заказчик формирует Медиа - План. В соответствии с утвержденным Медиа - Планом Исполнителем, путем направления абонентам (целевой аудитории) смс - сообщений и/или иным способом, осуществляется распространение мобильной рекламы.

В данном случае, согласование Медиа - Плана на распространение рассматриваемого смс - сообщения осуществлялось в электронном виде.

В связи с тем, что на момент рассмотрения дела срок оплаты оказанных Исполнителем услуг в отношении распространения рассматриваемого смс - сообщения не наступил и оплата Заказчиком не произведена, возможность представления платежных документов у ПАО "ВымпелКом" отсутствует. При этом, общество указало, что целевая аудитория не включает в себя абонентов, установивших запрет на получение мобильной рекламы.

В связи с чем, ПАО "ВымпелКом" указало следующее.

Абонентский номер телефона выделен гр. «...» на основании договора об оказании услуг связи Билайн от 16.04.2012.

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 ст.426 ГК РФ, являются одинаковыми для всех потребителей. Текст условий размещены на официальном сайте Оператора:

<http://moskva.beeline.ru/customers/help/mobile/dokumenty-i-spravochniki/dogovor-ob-okazanii-uslug/>

Пунктом 9 условий оказания услуг связи Билайн, действовавших на момент подписания абонентом «...» договора установлено: Соглашаясь с условиями Договора в настоящей редакции, Абонент выражает свое согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе.

Под рекламной информацией в рамках настоящего пункта 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 (когда

объектом рекламирования является третье лицо), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. К рекламной информации не относится информация об Операторе и Услугах, доведение которой до Абонента Оператором обязательно в соответствии с Федеральным законом № 126-ФЗ «О связи» от 7 июля 2003 года, Правилами и другими нормативными документами в их развитии. В случае несогласия Абонента с получением рекламной информации условия настоящего пункта не распространяют свое действие на взаимоотношения Сторон при условии, что Абонент:

- подпишет соответствующее заявление об отказе при заключении Договора или направит его в адрес Оператора в период действия Договора, в том числе при принятии изменения условий Договора;

- откажется, позвонив на соответствующий телефонный номер.

Подписывая договор, абонент «...» подтвердил, что текст договора им получен. Условия договора абонентом «...» прочитаны, **с изложенным в настоящем договоре согласен, что подтверждается собственноручной подписью абонента.**

Договор об оказании услуг связи с абонентом заключен в порядке, определенном Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 N 1342 "О порядке оказания услуг телефонной связи" (вместе с "Правилами оказания услуг телефонной связи"), в частности, согласно п. 8 Правил гражданин при заключении договора предъявил документ, удостоверяющий его личность, договор заключен в письменной форме (п.21 Правил).

Таким образом, оператором связи получено предварительное согласие абонента, выраженное посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламы.

При этом, согласно части 6 статьи 45 Закона о связи абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование (оконечное оборудование) коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, за исключением сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Заявлений об отказе от получения рекламной и иной информации от абонента с номером «...» в адрес ПАО "ВымпелКом" не поступало.

В рассматриваемом случае абонентом подписан договор, в котором указано на согласие абонента на получение рекламы, никаких отметок о несогласии или об отказе от получения рекламы в договоре не проставлено, что свидетельствует о том, что при заключении договора абонент выразил свое согласие на получение рекламы.

Направление смс-сообщения 14.10.2017 в 11 час.22 мин. на номер «...» осуществлено ПАО «ВымпелКом» абоненту, с которым заключен договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер и который содержит согласие абонента на получение рекламы.

На основании изложенного, общество полагает об отсутствии в его действиях нарушения Закона о рекламе.

Оценив и проанализировав представленные в заседании Комиссии материалы и заявленные доводы, Комиссия приходит к следующему.

В силу [ч. 1 ст. 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.

В данном случае, у оператора связи имелась правовая и техническая возможность оценить содержание смс-сообщения и проверить наличие согласия абонента на ее получение.

ПАО «ВымпелКом» в заседание Комиссии представлена копия договора об оказании услуг связи «Билайн» от 16.04.2012, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и Заявителем, а также текст условий договора об оказании услуг связи "Билайн", действующих на момент подписания договора.

Пунктом 1 ст. 44 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ "О связи" предусмотрено, что на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

Оператор связи устанавливает свои правила оказания услуг связи, являющиеся неотъемлемой частью договора. Заключая договор, абонент принимает условия, установленные правилами.

Комиссией установлено, что между Заявителем и ПАО «ВымпелКом» заключен договор от 16.04.2012 об оказании услуг связи.

В договоре (инфокарте), подписанном абонентом (Заявителем) и представленном в материалы дела, содержится условие: текст Договора Абонентом получен. Условия договора Абонентом прочитаны, с изложенным в настоящем Договоре согласен. С условиями Тарифного плана ознакомлен.

Договор оформлялся путем заполнения типовой формы в двух экземплярах и подписывался сторонами (оператором связи и абонентом).

Таким образом, подписав договор об оказании услуг связи, Заявитель подтвердил, что ознакомлен и согласен с условиями оказания услуг связи. При этом, исходя из п.9 договора об оказании услуг связи, Заявитель выразил свое согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи Билайн.

Комиссия установила, что в рассматриваемом случае на момент осуществления спорной рекламной рассылки оператор связи располагал согласием абонента на получение рекламы. Указанное обстоятельство следует из условий п.9 договора об оказании услуг связи: Соглашаясь с условиями Договора в настоящей редакции, Абонент выражает свое согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе.

В данном случае распространение мобильной рекламы осуществлено ПАО «ВымпелКом» на основании договора оказания услуг, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Логин», предполагающей запуск рекламной кампании.

Как следует из материалов дела и установлено в заседании Комиссии у ПАО «ВымпелКом» не имелось оснований для признания рассматриваемого рекламного сообщения ненадлежащей рекламой, нарушающей нормы требований ч. 1 ст.18 Закона о рекламе.

В связи с изложенным Комиссия приходит к выводу, что в рассматриваемой случае оснований для признания ПАО «ВымпелКом» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе не имеется.

В соответствии со статьей 33 Закона о рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Рассмотрение антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, осуществляется, в том числе, в порядке установленном Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. N 508 (далее - Правила).

Согласно пункту 36 Правил производство по делу может быть прекращено в случае неподтверждения в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения Закона о рекламе.

Руководствуясь подпунктом "а" пункта 36 Правил, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 53-Р-2017 по признакам нарушения требований, определенных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе в отношении ПАО «ВымпелКом» прекратить.

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»