

РЕШЕНИЕ

по делу № 27/04-17 р

Резолютивная часть решения оглашена 03 октября 2017 года

В полном объеме решение изготовлено 10 октября 2017 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;

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: ООО «Интерлайн»;

при ведении протокола <...> – специалистом отдела ФРИР Кировского УФАС России;

рассмотрев материалы дела № 27/04-17р по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» по факту распространения Обществом с ограниченной ответственностью «Интерлайн» 17.01.2017 в 13 часов 59 минут от отправителя <...> на номер мобильного телефона <...> смс-сообщения рекламного характера следующего содержания: «Год фитнеса <...>»,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Кировской области поступило заявление физического лица по вопросу получения 17.01.2017 г. в 13 часов 59 минут от отправителя <...>на номер мобильного телефона <...>смс-сообщения рекламного характера следующего содержания: «Год фитнеса <...>», в отсутствие согласия абонента на его получение, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 года «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»).

Определением от 03.03.2017 возбуждено дело № 27/04-17р в отношении рекламораспространителя ООО «Интерлайн», рассмотрение назначено на 03.04.2017.

Заявитель, надлежащим образом уведомленный о дате, месте и времени рассмотрения дела, явку не обеспечил, ходатайств не заявлял. Ответчик- ООО «Интерлайн» явку представителя не обеспечил, запрошенные документы не представил. В материалах дела отсутствует документальное подтверждение надлежащего уведомления ООО «Интерлайн» о дате, месте и времени рассмотрения дела.

Определением от 03.04.2017 рассмотрение дела № 27/04-17р приостановлено в связи с необходимостью установления местонахождения лица, в действиях которого содержатся

признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Определением от 23.06.2017 рассмотрение дела № 27/04-17р возобновлено, рассмотрение назначено на 21.08.2017.

Определением от 21.08.2017 рассмотрение дела №27/04-17р отложено на 03.10.2017.

Заявитель, надлежащим образом уведомленный о дате, месте и времени рассмотрения дела, явку не обеспечил, ходатайств не заявлял. Ответчик- ООО «Интерлайн» явку представителя не обеспечил, запрошенные документы не представил.

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 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.

Информация: «Год фитнеса <...>», 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.

При обращении в ФАС России гражданин сообщил об отсутствии его разрешения 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.

В соответствии с информацией, представленной ПАО «МТС» <...> является абонентом ПАО «МТС» по договору оказания услуг подвижной связи с выделением абонентского номера <...>. Спорное смс-сообщение поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-центр ПАО «МТС» на абонентский номер <...> с абонентского номера <...>, выделенного оператору связи Публичному акционерному Обществу «Вымпел-Коммуникации».

Согласно информации, представленной ПАО «Вымпелком» (вх. № 1320 от 01.03.2017 г.), вышеуказанное смс-сообщение направлено ООО «Интерлайн», с которым заключен договор об оказании услуг связи от 26.09.2016.

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.

ПАО «Вымпел-Коммуникации», как оператор связи, соблюдая действующее законодательство, обеспечило возможность пропуска трафика по своим сетям связи.

Таким образом, в соответствии с Договором об оказании услуг связи от 29.06.2016, Условиями оказания услуг связи «Билайн» ООО «Интерлайн» обязано получить согласие абонента на получение смс-сообщения.

Из анализа материалов дела Комиссия Кировского УФАС России делает вывод, что фактическое (физическое) доведение рассматриваемого смс-сообщения до абонента без его согласия осуществило ООО «Интерлайн», 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 «Интерлайн» абоненту <...>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 «Интерлайн» 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 «Интерлайн», воспользовавшись техническими и программными средствами, а также программными и техническими средствами ПАО «Вымпел-Коммуникации», не исполнило в должной мере положения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», распространив на телефонный номер <...>смс-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что при распространении на телефонный номер заявителя <...>смс-сообщения рекламного характера следующего содержания: «*Год фитнеса за 6900 <...>*», 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 «Интерлайн».

Учитывая тот факт, что в материалах дела отсутствует документальное подтверждение устранения нарушения, Комиссия Кировского УФАС России решила выдать ООО «Интерлайн» предписание об устранении нарушения.

На основании ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем 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 «Интерлайн» 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. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Год фитнеса <...>», направленную 17.01.2017 г. в 13 часов 59 минут от отправителя <...> на номер мобильного телефона <...> без его предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать Обществу с ограниченной ответственностью «Интерлайн» предписание об устранении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе».

3. 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 «Интерлайн» 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.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>