РЕШЕНИЕ

по делу № 68-Р-2017

20 февраля 2018 г. г. Чебоксары

Резолютивная часть решения 07 февраля 2018 года.

Решение в полном объеме изготовлено 20 февраля 2018 года.

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Комиссия) в составе: председатель Комиссии: «…» члены Комиссии: «…»

рассмотрев дело № 68-Р-2017, возбужденное в отношении гр. «…» по признакам нарушения требований, установленных ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), в связи с распространением рекламы посредством подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в отсутствии лиц, участвующих в деле, извещенных о дате и времени надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

27.11.2017 (вх. № 04-21/7887) в адрес Чувашского УФАС России поступило для рассмотрения заявление гражданина «…» (далее – Заявитель) относительно поступления на номер сотового телефона («…»), принадлежащего Заявителю нежелательного смс - сообщения, указывающего на распространение рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Согласно заявлению на выделенный Заявителю номер мобильного телефона 22.11.2017 в 14 час.39 мин. поступило нежелательное смс- сообщение с номера «…», содержанием следующего текста:

" SMS - ЦЕНТР: «…»

дата и время: 22.11.2017 14: 39

Текст: 23-24 ноября шубы г.Киров в рассрочку 0-0-24 ДК Тракторостроителей".

Поступление указанного сообщения подтверждается фотоснимком экрана мобильного телефона Заявителя. При этом Заявитель указывает, что не выражал согласие на получение данной рекламной информации.

Из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru) установлено, что номер сотовой связи Заявителя принадлежит номерной емкости, закрепленной за оператором подвижной связи ООО "Т2 Мобайл".

В заседание Комиссии 15.01.2018 ООО "Т2 Мобайл" представлены запрашиваемые документы, в том числе письменные пояснения (от 11.12.2017 № 04-10/8209, от 12.01.2018 № 04-10/138), содержащие следующее.

Между ООО "Т2 Мобайл" и Заявителем заключен договор об оказании услуг связи от 17.09.2015, с представлением вышеуказанного абонентского номера.

По результатам проверки ООО "Т2 Мобайл" установлено, что 22.11.2017 в 14:39 абонентом «…» получено входящее смс-сообщение от абонентского номера «…».

Указанное смс-сообщение сформировано и направлено самостоятельно владельцем номера «…», закрепленного за физическим лицом «…»).

При этом общество проинформировало, что 23.11.2017 оказание услуг связи данному абоненту приостановлено в связи с подозрением на смс - мошенничество и рассылку смс - спама.

Рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

ООО «Т2 Мобайл» не заключало договоров на распространение спорного смс-сообщения и не давало кому-либо поручений на его отправку.

Предварительное согласие абонента «…» на получение на номер его телефона рекламы от третьих лиц должно быть выражено абонентом «…» непосредственно третьему лицу, направившему данное рекламное сообщение - владельцу номера + «…».

Согласно условиям договора об оказании услуг связи оператор связи оказывает абоненту услуги подвижной радиотелефонной связи (предоставляет доступ к сети связи оператора, соединения по сети связи оператора, соединения с абонентами и (или) пользователями сети связи общего пользования, доступ к телематическим услугам связи и услугам связи по передаче данных, доступ к сети связи Оператора, соединения по сети передачи данных, доступ к услугам передачи данных, оказываемым другими операторами связи, сети передач которых взаимодействуют с сетью связи).

Таким образом, ООО «Т2 Мобайл» обеспечило подключение к сети электросвязи и фактически явилось средством, через которое абоненты обмениваются как голосовой, так и текстовой информацией в виде приема (передачи) текстовых сообщений и не осуществило, в данном случае, непосредственного распространения рекламы.

Абонент самостоятельно пользуется услугами связи посредством технической возможности, которую обеспечивает ему оператор связи.

Рассматриваемое в рамках данного дела смс-сообщение утверждено, сформировано и направлено 22.11.2017 в 14:39 на абонентский номер «…» самостоятельно владельцем номера «…».

При оказании услуги по передаче коротких текстовых сообщений (смс-сообщений) ООО «Т2 Мобайл», как оператор связи, не располагало сведениями о том, какая именно информация (рекламная или личного характера) включена отправителем в смс-сообщение и будет передана получателю.

Оказывая абонентам услуги по передаче смс-сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, оператор связи (ООО «Т2 Мобайл») осуществляет только передачу получателю информации, сформированной отправителем, имея целью не

распространение рекламы, а оказание услуг связи в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации.

Кроме того, ООО «Т2 Мобайл» указало, что Заявитель, при заключении договора на оказании услуг связи с использованием абонентского номера «…», согласился на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи, что подтверждается отсутствием знака в графе вышеуказанного договора, предназначенного для выражения несогласия на получения рекламы и его собственноручной подписью на данном договоре.

Копия рассматриваемого договора на оказания услуг связи предоставлена в Комиссию.

При изучении данного договора и указанными обстоятельствами, Комиссия усмотрела, что у ООО «Т2 Мобайл» имелось предварительное согласие Заявителя (владельца абонентского номера «…») на получение рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи непосредственно от ООО «Т2 Мобайл».

в связи с чем Комиссия считает, что у общества отсутствуют обстоятельства, нарушающие требования п. 1 ст.18 Закона о рекламе.

Из вышеизложенного следует, что рекламораспространителем в рассматриваемом случае является владелец номера **«…»** - гражданин «…».

В заседании Комиссии 15.01.2018 гр. «…» представил пояснения, из которых следует.

Гр. «…» приобрел сим - карту в салоне мобильной связи "Теле 2" и совершил ее регистрацию на свое имя.

В последствии гр. «…» с целью получения денежных средств, реализовал данную сим - карту посредством подачи объявления на сайте авито не известному ему лицу.

При этом, материальных доказательств реализации (продажи) сим - карты в Комиссию не представлено.

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

Рассматриваемая информация соответствует определению понятия рекламы, установленному пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе.

Реклама – информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечения внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

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

При этом, особенности распространения рекламы в виде смс-рассылок по

сетям электросвязи регламентированы статьей 44.1 Федерального закона «О связи».

В данном случае, в соответствии с требованиями вышеуказанной нормы Закона «О связи», рассматриваемое смс-сообщение не обладает признаками рассылки по следующим основаниям:

- не являются автоматическими, так как всю последовательность действий, необходимых для отправки коротких текстовых сообщений (смс) определенного содержания, абонент осуществляет самостоятельно (набор текста, выбор адресата получателя сообщения, нажатие клавиши «Отправить»).

- номер <...> выделенный абоненту соответствует российской системе и плану нумерации (между ООО «Т2 Мобайл» и гр. «…» заключен договор об оказании услуг связи с выделением абонентского номера);

- рассматриваемое смс - сообщение не относится к сообщениям, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Таким образом, между ООО «Т2 Мобайл» и абонентом номера «…», выделенного гр. «…»., с которого было направлено смс-сообщение рекламного характера, заключен не договор о рассылке, как это предусматривает ст.44.1 Закона «О связи», а абонентский договор по Правилам оказания телефонных услуг связи.

Таким образом, сообщение, инициированное абонентом номера «…» на номер сотовой связи Заявителя, по содержанию является рекламным, но не обладает признаками рассылки в соответствии со ст.44.1 Закона «О связи».

В данном случае, поскольку рассматриваемое смс-сообщение не является рассылкой, то ст.44.1 Закона «О связи» к деятельности оператора связи по передаче коротких текстовых сообщений, направляемых его абонентами на номер других абонентов, не применяется.

При этом, оценка оператором связи содержания смс-сообщения являлась бы прямым нарушением положений ст.63 Закона «О связи» и ст.23 Конституции РФ, согласно которым каждый имеет на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и почтовой связи.

Лицо в качестве рекламораспространителя признается с учетом обстоятельств конкретного дела.

В данном случае, рассматриваемое смс-сообщение поступило в качестве абонентской переписки оператора связи ООО «Т2 Мобайл» с номера, закрепленного за физическим лицом, который самостоятельно сформировал и направил рассматриваемое смс - сообщение на номер сотовой связи физического лица (Заявителя). В конкретном случае, оказывая абонентам услуги по передачи смс - сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, оператор связи осуществлял передачу получателю информации, сформированной отправителем, имея целью не

распространение рекламы, а оказание услуг связи.

При оказании услуги по передаче коротких текстовых сообщений (смс- сообщений) ООО «Т2 Мобайл», как оператор связи, не располагало сведениями о том, какая именно информация (рекламная или личного характера) включена отправителем в смс-сообщение и будет передана получателю, при ее оказании ООО «Т2 Мобайл» , как оператор связи, не вправе отказывать в предоставлении услуги.

В рамках рассмотрения настоящего дела Комиссией дана всесторонняя оценка действительной роли оператора связи в направлении рассматриваемой рекламы.

С учетом рассмотренных обстоятельств и представленных материалов, Комиссией установлено, что ООО «Т2 Мобайл» не обладало информацией о распространении именно рекламы в связи с ограничениями, установленными для оператора связи действующим законодательством, и не имело возможности вмешательства (прекращения) в распространение рекламы как с точки зрения исполнения возложенных на него обязательств по договору предоставления услуг связи, так и с точки зрения исполнения требований законодательства в области связи.

Следует также отметить, что в соответствии с п.68 постановления Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 № 575 "Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи" оператор связи не несет ответственности за содержание информации, передаваемой (получаемой) абонентом и (или) пользователем при пользовании телематическими услугами связи.

Как следует из материалов дела и установлено в заседании Комиссии у ООО «Т2 Мобайл» 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 ООО «Т2 Мобайл» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе не имеется.

Комиссией установлено, что рассматриваемые смс - сообщения сформированы и направлены в адрес Заявителя с номера сотового телефона, принадлежащего гражданину «…»

Таким образом, подтверждение предварительного согласия Заявителя на получение рекламы посредством смс-сообщения возлагается на рекламораспространителя - гр. «…»

Из представленных гр. «…» пояснений в заседании Комиссии 15.01.2018 наличие предварительного согласия на получение рекламы доказано не было.

При этом в заседание Комиссии 07.02.2018 материальных доказательств, того, что номер телефона **«…»**, принадлежащей «…», не принадлежал последнему на

момент направления рассматриваемого смс - сообщения в Комиссию не представлено. В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

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

Исходя из вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении рекламной информации посредством смс-сообщения без предварительного согласия Заявителя произошло по вине гр. «…»

Таким образом, оценив и проанализировав представленные в заседании Комиссии документы и заявленные доводы участвующих сторон, а также учитывая отсутствие доказательства наличия согласия со стороны Заявителя на получение рассматриваемой смс - рекламы, Комиссия пришла к выводу о наличии в действиях гр. «…» нарушения требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе, вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В связи с тем, что распространение смс - рекламы в настоящее время гр. «…» прекращено, Комиссия пришла к выводу об отсутствии основания выдачи гр. «…» предписания о прекращении нарушения ч. 1 ст.18 Закона о рекламе по рассматриваемому факту.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения Закона

о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия гражданина «…»., выразившиеся в направлении 22.11.2017 в 14 час.39 мин. SMS - сообщение с номера **«…» на номер «…»**, с содержанием следующего текста:

" SMS - ЦЕНТР: «…»

дата и время: 22.11.2017 14: 39

Текст: 23-24 ноября шубы г.Киров в рассрочку 0-0-24 ДК Тракторостроителей", нарушающими требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Предписание гр. Штанину А.Ю. о прекращении нарушения Закона о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении гр. «…»

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд Чувашской Республики-Чувашии в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии «…»

Члены Комиссии «…»