

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 16-Р-2017

29 мая 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 № 16-Р-2017 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» в отношении ООО "Т2 Мобайл", выразившимся в распространении рекламы посредством использования электросвязи без предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы,

в присутствии:

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - представителя - ООО "Т2 Мобайл" «...». (по доверенности от 17.10.2016 № 73),

в отсутствии заявителя - гражданина «...», извещенного о месте и времени рассмотрения настоящего дела надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

28.03.2017 (вх. № 04-05/33) в адрес Чувашского УФАС России поступило для рассмотрения заявление гражданина «...»(далее – Заявитель) относительно поступления на номер его сотового телефона «...»(оператор связи ООО " Т2 Мобайл "), без получения его предварительного согласия, нежелательного SMS - сообщения.

В ходе рассмотрения заявления установлено. Из приложенной к жалобе копии скриншота SMS - сообщения следует, что нежелательное SMS - сообщение поступило 30.01.2017 в 15:38 с номера «...»,

содержащее следующий текст: "SPA для мужчин и женщин круглосуточно. 3811 38"

К заявлению приложены копии скриншотов SMS - сообщений, договор с сотовым оператором связи ООО "Т2 Мобайл", а также копия заявления в адрес филиала по г.Чебоксары ООО "Т2 Мобайл" с просьбой Заявителя о прекращении рассылок нежелательных СМС сообщений.

Из заявления также следует, что рассматриваемое рекламное сообщение предлагает услуги, оказываемые салоном эротического массажа "Тайна", расположенного по адресу: г. Чебоксары, б-р Денисова, д.4.

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.

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. Соответственно, распространение неперсонифицированной информации о товаре, услуге должно признаваться распространением информации среди неопределенного круга лиц.

Кроме того, при установлении критерия неопределенности круга лиц, которому направляется информация, как основание для отнесения такой информации к рекламе, следует исходить из непосредственного содержания этой информации.

В данном случае содержание распространенной информации не свидетельствует о том, что она предназначена конкретному физическому лицу, т.е. данная информация не является персонифицированной.

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.

В рассматриваемом случае объектом информации являются услуги SPA.

На основании изложенного, 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.

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе которые. Согласно ч.1 ст.18 Закона о рекламе определено, что распространение рекламы посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи допускаются 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием. Таким образом, рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. При этом данной нормой закона закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Как сообщается Заявителем, им такого согласия какому-либо лицу не давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на нарушение [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение требований [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе несет рекламораспространитель ([ч. 7 ст. 38](#) Закона о рекламе). Согласно [ст. 3](#) Закона о рекламе, рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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 специалистов 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, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии операторами связи, а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламораспространителем.

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 в отношении оператора связи абонента, которому предназначена рассылка - ООО "Т2 Мобайл".

В связи с изложенным, Чувашским УФАС России определением от 28.04.2017 возбуждено дело № 16-Р-2017 в отношении ООО "Т2 Мобайл", в действиях которого содержатся признаки нарушения требований ч. 1 ст.18 Закона о рекламе.

ООО "Т2 Мобайл" нарушение Закона о рекламе не признало, представив в

адрес Чувашского УФАС России информацию (вх. от 05.05.2017 № 04-10/3096), из которой следует.

Действуя в качестве оператора связи, ООО "Т2 Мобайл" не занимается ни рассылкой, ни производством рекламных сообщений и не является заказчиком данной SMS - рассылки. ООО "Т2 Мобайл" не заключало договоров на распространение спорного SMS - сообщения и не давало кому-либо поручений на такую рассылку. В связи с чем, общество не обладает запрашиваемыми Чувашским УФАС России данными по договорам, заявкам, платежным поручениям и иными документами, на основании которых было осуществлено направление спорного сообщения.

Рассмотрев и проанализировав имеющиеся в материалах дела документы, заслушав пояснения лиц, участвующих в деле, Комиссия установила следующие обстоятельства.

В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации рассылка сообщения производилась с номера, принадлежащего номерной емкости оператора ООО "Т2 Мобайл" (место заключения договора - Ульяновская область).

На запрос Чувашского УФАС России Чебоксарским филиалом ООО "Т2 Мобайл" представлена информация (вх. от 05.05.2017 № 04-10/3096), из которой следует, номер отправителя SMS-сообщения («...») закреплен за физическим лицом (место заключения договора - г.Ульяновск).

Из информации интернет - справочника СНЕВ.RU следует, что указанный в смс - сообщении абонентский номер <...> числится за студией эротического массажа "Тайна", расположенной по адресу: г.Чебоксары, б-р Денисова, д.4.

В рамках рассмотрения дела установлено, что помещение по адресу: г.Чебоксары, б-р Денисова, д.4 арендует, согласно заключенному договору с ТСЖ "Уют-Плюс", ООО "Подיום".

Согласно выписке ЕГРЮЛ с сайта ФНС России установлено, что ООО "Подיום" зарегистрировано по адресу Республика Татарстан, г.Казань, ул. Парижской Коммуны, д.25, Литер 2, Объект 2, Часть 1, помещение 1.

На запрос Чувашского УФАС России от ООО "Подיום" поступила информация (вх. от 18.05.2017 № 04-10/3458) о том, что общество не признает своей вины в рассылке не согласованного с Заявителем смс - сообщения на абонентский номер его сотовой связи: «...» в интересах ООО "Подיום".

Одновременно проинформировав о том, что у ООО "Подיום" не имелось каких - либо правоотношений с третьими лицами по поводу заказа, размещения, распространения указанной в деле смс - рассылки.

На заседании Комиссии 10.05.2017, а также в вышеуказанных письменных пояснениях ООО "Т2 Мобайл" нарушение Закона о рекламе не признало, пояснив следующее.

Оказывая абонентам услуги по передачи SMS - 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.

ООО «Т2 Мобайл» обеспечивает подключение к сети электросвязи и фактически является средством, через которое абоненты обмениваются как голосовой, так и текстовой информацией в виде приема (передачи) текстовых сообщений и не осуществляет непосредственного распространения рекламы.

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

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

В рамках рассмотрения дела, Чувашским УФАС России осуществлен запрос ООО "Т2 Мобайл" о представлении доказательств, подтверждающих предварительное согласие Заявителя на получение рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи, в том числе на получение смс рекламного характера, полученного Заявителем 30.01.2017 в 15:38 с номера «...».

Таким образом, на заседание Комиссии 16.05.2017 обществом представлены запрашиваемые письменные пояснения (вх. от 16.05.2017 № 04-10/3379).

Рассматриваемое смс-сообщение поступило в качестве абонентской переписки от сети оператора связи ООО «Т2 Мобайл» с номера «...» в сеть оператора связи ООО «Т2 Мобайл» на номер Заявителя «...».

Номер отправителя SMS-сообщения («...») закреплен за физическим лицом – «...», который самостоятельно сформировал и направил рассматриваемое смс - сообщение 30.01.2017 на номер сотовой связи Заявителя «...».

Кроме того, ООО "Т2 Мобайл" представлена копия договора на оказание услуг связи от 11.08.2016, заключенного между ООО "Т2 Мобайл" и Заявителем.

Данный договор оформлялся путем заполнения типовой формы в двух экземплярах и подписывался сторонами (оператором связи и Заказчиком).

Таким образом, подписав договор об оказании услуг связи, Заявитель подтвердил, что ознакомлен и согласен с условиями оказания услуг связи ООО "Т2 Мобайл".

При этом договор на оказание услуг связи содержит раздел: "возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи". Данный раздел содержит знак в виде квадрата, в котором, при отсутствии у абонента желания получать рекламу, имелась возможность поставить соответствующую отметку.

При изучении данного договора Комиссией усматривается, что Заявитель

согласился на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи, что подтверждается отсутствием какого - либо знака в вышеуказанном разделе договора, предназначенного для выражения согласия, либо несогласия на получение рекламы, и его собственноручной подписью при заключении договора.

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

В силу не заполнения вышеуказанного раздела договора, подписания договора пользования услугами оператора связи ООО "Т2 Мобайл", означает безусловное согласие Заявителя с его условиями.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что договор предусматривает получение согласия на любую рекламу, рекламодателем которой является ООО "Т2 Мобайл", независимо от содержания такой рекламы и того, кто именно является рекламодателем - сам оператор связи или третье лицо.

Следовательно, при указанных обстоятельствах, Комиссия приходит к выводу, что у ООО "Т2 Мобайл" не имелось оснований для признания рассматриваемого рекламного сообщения ненадлежащей рекламой, нарушающей нормы требований ч. 1 ст.18 Закона о рекламе.

При этом, согласно пункту 6 статьи 45 Федерального закона "О связи" абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается.

Оператор подвижной радиотелефонной связи без взимания платы с абонента обязан прекратить рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи на пользовательское оборудование абонента с абонентского номера или уникального кода идентификации, указанных в обращении абонента.

На основании изложенного, ООО "Т2 Мобайл" информирует, что обществом были реализованы законодательно закрепленные меры по прекращению направления нежелательных сообщений с номеров «...»на абонентский номер Заявителя «...», в связи с обращением последнего 03.02.2017 в офис Чебоксарского филиала ООО "Т2 Мобайл".

Рассмотрев представленные материалы, заслушав доводы и возражения лиц, участвующих в деле, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии с ч. 2 ст. 44.1 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. Данный договор является

подтверждением инициативы осуществления рассылки заказчиком рассылки. Предметом договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

В рамках указанного договора оператор связи лишь обеспечивает заказчику рассылки возможность приема, обработки, хранения, передачи и доставки SMS-сообщений по сети подвижной радиотелефонной связи, которую оператор связи обязан обеспечивать в соответствии с требованиями Закона о связи, Постановления Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342 «О порядке оказания услуг телефонной связи», а также лицензионными условиями.

Формирование и отправка SMS-сообщения осуществлялась физическим лицом самостоятельно, без согласования с сотовым оператором связи содержания сообщений и адресной базы для их отправки. При этом, за абонентом закреплено право выразить свой отказ от получения рекламы путем постановления отметки в специальном разделе договора, либо путем представления оператору связи соответствующего письменного уведомления.

Заявитель при подписании договора не выразил свое несогласие на получение рекламы. Письменный отказ от Заявителя на момент подписания договора в адрес сотового оператора связи не поступал.

В связи с изложенными разъяснениями ООО "Т2 Мобайл" и представленными документами, в рассматриваемой случае, оснований для признания ООО "Т2 Мобайл" 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 № 16-Р-2017 по признакам нарушения требований, определенных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе в отношении ООО "Т2 Мобайл"

прекратить.

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»