

РЕШЕНИЕ
по делу № 03-21/18-2017
о нарушении законодательства о рекламе

«22» мая 2017 года г. Йошкар-Ола

Резолютивная часть решения объявлена: 18 мая 2017 года
Полный текст решения изготовлен: 22 мая 2017 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии,

член Комиссии,

член Комиссии,

рассмотрев дело № 03-21/18-2017, возбужденное в отношении ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), выразившегося в направлении смс-сообщения рекламного характера: «Квартира с отделкой у метро за 2,3 млн. руб. Тел: +74951626311 Tq†» без согласия абонента,

в отсутствие представителей лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о дате, месте, времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Дело о нарушении законодательства о рекламе возбуждено в отношении ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в направлении на телефонный номер Б. 09.11.2016 в 16 часов 50 минут без предварительного согласия абонента смс -сообщение с номера +79035638706 следующего содержания: **«Квартира с отделкой у метро за 2,3 млн. руб. Тел: +74951626311 Tq†»**. В качестве sms – центра указан: +79168960442.

Основанием для возбуждения дела явилось заявление Б. (вх. № 233-Б от 10.11.2016), поступившее в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы России.

Комиссия Марийского УФАС России, исследовав материалы дела, пришла к выводу о нарушении законодательства о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы ввиду следующего.

Согласно статье 3 Закона 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.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 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 (продажу квартир), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно части 1 статьи 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе 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.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 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.

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 рекламодателя.

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

Заявитель Б. сообщил об отсутствии его разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Комиссией Марийского УФАС России установлен следующий механизм распространения указанного рекламного смс-сообщения.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, указанный абонентский номер принадлежит ПАО «МТС».

ПАО «МТС» в письменных пояснениях (вх. 107 от 21.11.2016) указало, что абонентский номер принадлежит Б. на основании договора об оказании услуг подвижной связи МТС от 24.05.2016.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации абонентский номер <...> , с которого направлено рассматриваемое рекламное смс-сообщение, принадлежит ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях (вх. № 110 от 08.12.2016) указало, что абонентский номер <...> принадлежит ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» (ИНН 7728892172). Согласно данным автоматизированной системы ПАО «ВымпелКом» распространение спорного смс-сообщения с телефонного номера +79163535920 на телефонный номер заявителя было осуществлено в сети подвижной связи через мобильное устройство (телефонный аппарат).

Комиссия Марийского УФАС России в определениях по делу № 03-21/18-2017 неоднократно предлагала ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» представить согласие абонента +79163535920 на получение рекламных смс-сообщений, однако, на момент рассмотрения дела данное согласие не было представлено. Кроме того, обществом не представлены иные документы и сведения, опровергающие направление рассматриваемого смс-сообщения с номера, принадлежащего ООО «ГАРАНТИНВЕСТ».

Таким образом, Комиссия Марийского УФАС России установила, что в материалы дела не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение поступило абоненту Бондаренко А.А. с его предварительного согласия, следовательно, имеет место быть факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе со стороны рекламодателя.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия

рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно договору оказания услуг связи «Билайн» № 196843196 от 05.09.2013 абонентский номер <...> , с которого было направлено ненадлежащее рекламное смс-сообщение, принадлежит ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» (ИНН 7728892172). В соответствии с условиями оказания услуг связи «Билайн» оператор связи оказывает услуги по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Пунктом 4.1 данных условий на абонента возлагается обязанность не использовать телефонный номер для рекламы в сети подвижной и/или фиксированной связи, интернет-телефонии и других мероприятий.

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.

В письме Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436 указано, что в соответствии с законом о связи операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

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.

Из материалов дела следует, что Б. заключен договор об оказании услуг подвижной связи МТС от 24.05.2016, в соответствии с которым оператор связи обязан предоставить абоненту в пользование телефонный номер для пользования услугой передачи данных, а абонент использует указанные средства по назначению, а также оплачивает данные услуги.

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, рекламодателем не является.

В спорных правоотношениях смс-сообщение было передано абоненту по подвижной радиотелефонной связи. Тем самым поставщиком услуг связи Б. в рассматриваемом случае выступает оператор сотовой связи ПАО «МТС», а оператором сотовой связи отправителя ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» является ПАО «ВымпелКом», который также является поставщиком связи.

При этом, из анализа механизма распространения ненадлежащего рекламного смс-сообщения следует, что согласие абонента для отправки спорного смс-сообщения через оператора сотовой связи ПАО «ВымпелКом» и далее в сеть электросвязи для дальнейшего направления смс-сообщения абоненту Б. должно было быть получено ООО «ГАРАНТИНВЕСТ».

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Марийского УФАС России пришла к выводу о том, что ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» является рекламодателем.

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

Таким образом, Комиссией Марийского УФАС России установлен факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе в действиях ООО «ГАРАНТИНВЕСТ», выразившийся в распространении рекламного смс-сообщения на абонентский номер Б. без его согласия.

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.

Комиссия Марийского УФАС России, изучив представленные в материалы дела доказательства, считает необходимым выдать ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Квартира

с отделкой у метро за 2,3 млн. руб. Тел: +74951626311 Tqt», направленную на телефонный номер Б. 09.12016 в 16 часов 50 минут с номера +79035638706, без его предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «ГАРАНТИНВЕСТ» обязательные для исполнения предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

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

Председатель Комиссии

Члены Комиссии