

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 54-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 № 54-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 отсуствии:

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

УСТАНОВИЛА:

17.10.2017 (вх. № 04-21/7063) в адрес Чувашского УФАС России из ФАС России поступило для рассмотрения заявление гражданина «...» (далее – Заявитель) относительно поступления на номер сотового телефона последней рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

Согласно заявлению на выделенный Заявителю номер мобильного телефона «...» 16.10.2017 в 10 час.25 мин. поступило нежелательное SMS - сообщение с номера «...», содержащее следующий текст:

"Квартира от 990t.p это полная ЦЕНА! ЖК живут! Т 602-73-72".

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 п.2 ст.3 Закона о рекламе 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 рекламораспространитель 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 оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламодателем.

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

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

Из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru) установлено, что указанный номер Заявителя «...» принадлежит номерной емкости, закрепленной за оператором подвижной связи ПАО "ВымпелКом" (регион г. Санкт-Петербург и Ленинградская область).

При этом, нежелательное SMS - сообщение поступило с номера «...», также закрепленного за сотовым оператором связи ПАО "ВымпелКом" (регион Республика Татарстан).

Из представленных в заседании Комиссии ПАО "ВымпелКом" пояснений, в том числе в письменном виде (вх. от 01.11.2017 № 04-10/7395, от 05.12.2017 № 04-10/8089), следует, что общество в своих действиях не признает нарушение Закона о рекламе.

В заседание Комиссии ПАО "ВымпелКом" представлена копия договора на оказание услуг связи от 30.08.2007, заключенного между ПАО "ВымпелКом" и Заявителем, в соответствии с которым Заявителю выделен абонентский номер «...». Данный договор оформлялся путем заполнения типовой формы в двух экземплярах и подписывался сторонами (оператором связи ПАО "ВымпелКом" и абонентом - Заявителем).

Пунктом 9 условий оказания услуг связи Билайн, действовавших на момент подписания Заявителем 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.

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.

При этом, ПАО "ВымпелКом" указало на следующее обстоятельство.

Согласно данных автоматизированной системы общества отправка смс-сообщения 16.10.2017 в 10 час.25 мин. на номер Заявителя была осуществлена с абонентского номера «...» в сети подвижной связи через абонентское устройство IMEI «...».

Абонентский номер «...» выделен ПАО "ВымпелКом" абоненту – физическому лицу Баидула Уулу Нурсултан на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» от 02.10.2017 № К4870020000655.03, адрес: г. Бишкек, ул. Шералиева, д.20, кв. 11, Киргизия.

В рамках заключенного договора об оказании услуг связи оператор предоставляет абоненту услуги связи, позволяющие последнему передавать и (или) принимать голосовую и (или) неголосовую информацию. Применительно к услуге приема/передачи коротких текстовых сообщений (SMS) это означает, что абонент самостоятельно пользуется данной услугой посредством технической возможности, которую обеспечивает ему оператор связи. Всю последовательность действий, необходимых для отправки коротких текстовых сообщений (SMS) определенного содержания, абонент осуществляет самостоятельно (набор текста, выбор адресата получателя сообщения, нажатие клавиши «Отправить»).

В рассматриваемом случае, при передачи смс - сообщений по сетям электросвязи сообщений от одного физического лица другому, общество не имеет возможности вмешиваться в данный процесс передачи в силу охраняемой законом тайны связи.

Оператор связи не является и не может быть распространителем информации или сведений, содержащихся в сообщении, поскольку выполняет техническую функцию передачи сообщения (закрытого пакета информации), а не информации определенного содержания. Оператор связи не несет ответственности за содержание сообщения, не осуществляет проверку содержания сообщения. Более того, Общество не имеет возможности вмешиваться в процесс передачи по сетям электросвязи сообщений, передаваемых с одного номера на другой, в силу охраняемой законом тайны связи (п. 1 ст. 63 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи», п. 4 Правил оказания услуг телефонной связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 г. № 1342).

В данном случае, общество, как оператор связи, при выявлении нарушения абонентом «...» пункта 4.1. абонентского договора приняло необходимые меры, которые соответствуют требованиям действующего законодательства.

Подпунктом 4 пункта 4.1. публичных условий об оказании услуг связи Билайн установлено, что Абонент обязан не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации):

для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок (под массовой рассылкой понимается рассылка

сообщений не менее, чем 100 (ста) получателям), установки шлюзов (или устройств) для доступа в сети подвижной и\или фиксированной связи, интернет-телефонии и других мероприятий, приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи и ущерб Оператора или третьих лиц.

Согласно пункта 7.4. публичных условий об оказании услуг связи Билайн Оператор вправе для минимизации возможных убытков в случае действий Абонента, предусмотренных п. 4.1. настоящего Договора, и в иных случаях, когда действия Абонента в явном виде направлены на причинение ущерба Оператору, приостановить оказание Услуг одновременно с направлением письменного уведомления и короткого текстового сообщения Абоненту о приостановке оказания Услуг.

Поскольку абонентом «...» были нарушены условия абонентского договора, а именно, абонент использовал телефонный номер для массовых рассылок смс-сообщений, оказание услуг связи по абонентскому номеру «...» приостановлены 17.10.2017.

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

Особенности распространения рекламы в виде SMS-рассылок по сетям электросвязи регламентированы статьей 44.1 Федерального закона «О связи».

При этом, направляемое абонентом «...» смс-сообщение не обладает признаками рассылки в соответствии ст.44.1 Закона «О связи» по следующим основаниям:

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

- номер <...> выделенный абоненту соответствует российской системе и плану нумерации (между ПАО «ВымпелКом» и БАЙДЫЛДА УУЛУ НУРСУЛТАН заключен договор об оказании услуг связи Билайн 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 ПАО «ВымпелКом» и абонентом номера «...», с которого было направлено смс-сообщение рекламного характера, заключен не договор о рассылке, как это предусматривает ст.44.1 ФЗ «О связи», а абонентский договор по Правилам оказания телефонных услуг связи.

Таким образом, сообщение, инициированное абонентом «...» на номер

Заявителя по содержанию является рекламным, но не обладает признаками рассылки в соответствии со ст.44.1 Закона «О связи».

В свою очередь, поскольку рассматриваемое смс-сообщение не является рассылкой, то ст.44.1 ФЗ «О связи» к деятельности оператора связи по передаче коротких текстовых сообщений, направляемых абонентами – физическими лицами на номер других абонентов физических лиц - не применяется, так как оценка оператором связи содержания смс-сообщений являлась бы прямым нарушением положений ст.63 ФЗ «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 из сети оператора связи ПАО "ВымпелКом" с номера, закрепленного за физическим лицом, который самостоятельно сформировал и направил рассматриваемое смс - сообщение, в сеть оператора связи ПАО "ВымпелКом" на номер сотовой связи Заявителя (физическое лицо).

В конкретном случае, оказывая абонентам услуги по передаче 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. ПАО

"ВымпелКом", обеспечивая подключение к сети электросвязи, фактически является средством, через которое абоненты обмениваются как голосовой, так и текстовой информацией в виде приема (передачи) текстовых сообщений.

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

При оказании услуги по передаче коротких текстовых сообщений (смс- сообщений) ПАО "ВымпелКом", 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 от одного физического лица к другому физическому лицу, и, следовательно, при ее оказании ПАО "ВымпелКом", как оператор связи, не вправе отказывать в предоставлении услуги.

Кроме того, ПАО "ВымпелКом" информирует, что обществом были реализованы законодательно закрепленные меры по прекращению направления нежелательных сообщений с номера «...» на абонентский номер Заявителя, в связи с нарушением абонента номера («...») пункта 4.1 абонентского договора, согласно которому абонент обязан не использовать телефонный номер для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок (под массовой рассылкой понимается рассылка сообщений не менее чем 100 (ста) получателям).

В рассматриваемом случае, абонент номера «...» осуществил

непосредственные действия по рассылки смс - рекламы Заявителю без его предварительного согласия.

При этом, наличие обязательства данного абонента, при использовании выделенного абонентского оборудования, соблюдать требования договора об оказании услуг связи, а также самостоятельно получать согласие абонента на получение смс-сообщений, не снимает с абонента, направившего спорное смс -сообщение, ответственности, поскольку не устраняет условий, при которых такое лицо признается рекламодателем.

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

На основании изложенного, физическое лицо «...» является рекламодателем рассматриваемого рекламного сообщения, в действиях которого, при распространении рекламы вышеуказанного содержания, усматриваются признаки нарушения требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение требований [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе несет рекламодатель ([ч. 7 ст. 38](#) Закона о рекламе).

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

С учетом рассмотренных обстоятельств и представленных материалов, Комиссией установлено, что ПАО "ВымпелКом" не обладало в данном случае 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 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.

Рассмотрение антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения Закона 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 № 54-Р-2017 по признакам нарушения требований, определенных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе в отношении ПАО «ВымпелКом» прекратить.

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»