

РЕШЕНИЕ

по делу № 28-Р-2017

04 сентября 2017

г.

г. Чебоксары

Резолютивная часть решения 01 сентября 2017 года.

Решение в полном объеме изготовлено 04 сентября 2017
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 № 28-Р-2017, возбужденное в отношении «...» 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,

УСТАНОВИЛА:

В Чувашское УФАС России поступило обращение гражданина «...» (далее – Заявитель) (вх. от 16.01.2017 № 04-21/4) с жалобой о нарушении законодательства о рекламе, в связи с поступлением на выделенный ему номер мобильного телефона («...»), без получения его предварительного согласия, нежелательного SMS - сообщения следующего содержания: «Вам предоставлена скидка 500 рублей в салоне релаксаТАИНА! 381138».

Из приложенной к жалобе копии скриншота вышеуказанного SMS - сообщения следует следующий текст.

" +»...»

SMS - центр: +»...»

Дата и время: 13.01.2017 19:11

ТЕКСТ: Вам предоставлена скидка 500 рублей в салоне релакса ТАИНА! 381138».

В ходе рассмотрения заявления установлено.

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 рекламирования является услуги салона релакса ТАИНА, с предоставлением контактного номера телефона и скидки в сумме 500 рублей.

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.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, рекламодатель, 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 рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

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 рекламодатель ([ч. 7 ст. 38](#) Закона о рекламе).

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

Из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru), номер SMS-центра «...» принадлежит номерной емкости, закрепленной за оператором подвижной сотовой связи ПАО "МТС".

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.

На запрос Чувашского УФАС России филиалом в Чувашской Республике - Чувашии ПАО "МТС" представлена информация, из которой следует, что указанное в запросе SMS-сообщение, поступившее на абонентский номер Заявителя с текстом рассматриваемого сообщения, было направлено с SMS-центра «...», принадлежащего ПАО "МТС".

Рассматриваемое SMS-сообщение отправлено с номера «...».

В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации рассылка сообщения производилась с номера, принадлежащего номерной емкости оператора ООО "Т2 Мобайл".

Согласно информации Чебоксарского филиала ООО "Т2 Мобайл" следует, что по результатам проверки данного общества установлено, что номер отправителя SMS-сообщения («...») закреплен за физическим лицом «...» (место заключения договора - г.Ульяновск).

В рамках рассмотрения дела установлено, что рассматриваемое рекламное смс - сообщение сформировано и направлено абонентом ООО «Т2 Мобайл» - владельцем номера телефона +«...» - гражданкой «...»

Согласно условиям договора об оказании услуг связи Оператор оказывает Абоненту услуги подвижной радиотелефонной связи.

Таким образом, 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.

Рассматриваемое в рамках данного дела смс-сообщение утверждено, сформировано и направлено 13.01.2017 в 19:11 на абонентский номер <...> »...» самостоятельно владельцем номера «...» - физическим лицом «...».

ООО «Т2 Мобайл» не занимается ни рассылкой, ни производством рекламных смс-сообщений и не является заказчиком (инициатором) рекламной смс-рассылки. ООО «Т2 Мобайл» не заключало договоров на распространение данного рекламного смс-сообщения и не давало кому-либо поручений на такую рассылку.

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.

ООО «Т2 Мобайл» проинформировало Комиссию, что 06.03.2017 номер телефона «...», принадлежащей физическому лицу «...», заблокирован службой безопасности ООО «Т2 Мобайл», в связи с подозрением на рассылку смс-спама.

В рамках рассмотрения дела установлено, что рассматриваемое рекламное смс - сообщение сформировано и направлено абонентом ООО «Т2 Мобайл» - владельцем номера телефона «...» - гражданкой «...»

Рассмотрев представленные материалы, заслушав доводы и возражения лиц, участвующих в деле, Комиссия пришла 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-сообщений осуществлялась Заказчиком (в данном случае физическим лицом – «...») самостоятельно, без согласования с Исполнителем (сотовым оператором связи) содержания сообщений и адресной базы для их отправки. При этом Исполнитель не имел технической возможности формировать и дополнять тексты Заказчика и адресную базу для рассылки, так как распространение SMS-сообщений происходит в автоматическом режиме без вмешательства со стороны Исполнителя.

При осуществлении смс-рассылки по инициативе Заказчика рассылки (физического лица), оператор связи не определяет содержание смс-сообщений и их получателей.

В данном случае рассматриваемое смс - сообщение осуществлено по инициативе заказчика рассылки - гражданки «...» , т.е. от одного физического лица к другому физическому лицу по сети связи на основании договора, заключенному между ООО «Т2 Мобайл» и «...» от 01.08.2016.

Рассматриваемое в рамках данного дела смс-сообщение утверждено, сформировано и направлено 13.01.2017 в 19:11 на абонентский номер «...» самостоятельно владельцем номера «...» - физическим лицом «...».

Имеющиеся в деле материалы свидетельствуют об отсутствии согласия Заявителя на получение смс - сообщения с указанной выше рекламой от отправителя - владельца номера «...»

Таким образом, направление смс - сообщения с телефонного номера «...» следующего содержания: "Вам предоставлена скидка

500 рублей в салоне релакса ТАИНА! 381138», без согласия абонента телефона номера «...», имеет признаки нарушения 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).

По итогам рассмотрения заявления, с учетом установленных обстоятельств, рекламодателем рассматриваемого SMS-сообщения является гражданка «...»

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

На основании изложенного, в связи с тем, что в действиях гражданки «...» усматриваются признаки нарушения [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе, определением от 05.06.2017 Чувашским УФАС России возбуждено дело в отношении «...» по признакам нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Определением «...» надлежало представить письменные объяснения по поводу рассылки вышеназванного sms-сообщения рекламного характера на абонентский номер Заявителя, с приложением копий документов по согласованию текста sms-рекламы, платежных документов, договоров, заявок, подтверждающих отношения с организациями, причастными к распространению вышеназванной sms-рекламы.

В заседания Комиссии информация не представлена, участие «...» либо ее законного представителя не обеспечено.

Данное лицо не получает надлежащим образом направленную информацию Чувашского УФАС России по адресу регистрации, указанному при заключении договора связи с ООО «Т2 Мобайл», а также представленному ответу УМВД по Ульяновской области, согласно отчету об отслеживании отправления "неудачная попытка вручения".

В рамках дела ПАО "МТС" и ООО «Т2 Мобайл» представили доказательства факта прохождения указанного sms -сообщения Заявителю от «...»

Таким образом, рекламодателем рассматриваемого sms - сообщения является «...»

Согласно условий предоставления услуг связи Абонент («...») не имеет право использовать услуги связи, оказываемые Оператором, а также выделенный по Договору абонентский номер в целях проведения рассылок рекламы и организации иных массовых рассылок, нарушающих требования действующего законодательства РФ, проведения лотерей, голосований, викторин, конкурсов, опросов, установки шлюзов, систем дозвона, оборудования для автоматизированного приема и обработки сообщений электросвязи (автоматизированных центров) организаций других мероприятий, направленных на извлечение прибыли, без письменного согласования с Оператором, а также не совершать иных действий, создающих угрозу для нормального функционирования сети связи, наносящих вред Оператору, другим Абонентам и /или третьим лицам, в том числе не распространять спам или вредоносное программное обеспечение.

В рамках рассмотрения дела документов, подтверждающих предварительное согласие Заявителя на получение рекламы посредством смс-сообщений от «...», в Комиссию представлено не было.

Кроме того, из заявления Заявителя следует, что согласие на получение рекламы посредством смс - сообщений отсутствует.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к выводу, что нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении рекламной информации без предварительного согласия посредством смс-сообщения в адрес Заявителя (тел.«...») произошло по вине «...» (тел. «...»).

В связи с тем, что в заседание Комиссии установлено, что в настоящее время номер телефона «...», принадлежащей физическому лицу «...», заблокирован службой безопасности ООО «Т2 Мобайл», Комиссия пришла к выводу об отсутствии основания выдачи предписания «...» о прекращении нарушения Закона о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 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 законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия «...», выразившиеся в направлении 13.01.2017 в 19:11 смс - сообщения следующего содержания: " «...»

SMS - центр: +»...»

Дата и время: 13.01.2017 19:11

ТЕКСТ: Вам предоставлена скидка 500 рублей в салоне релакса ТАИНА! 381138», без предварительного согласия Заявителя, нарушающими требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Предписание «...» 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.

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

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»