

РЕШЕНИЕ

15.04.2016г.

г. Ростов-на-Дону

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ростовской области (далее - Ростовское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

рассмотрев дело № 279/04 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту поступления на закрепленный за ПАО «Газпром газораспределение Ростов-на-Дону» телефонный номер сотовой связи рекламного сообщения в виде СМС без согласия Общества, что указывает на признаки нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

в отсутствие заявителя;

в отсутствие законного представителя ООО «Агат», заявившего ходатайство о рассмотрении настоящего дела в его отсутствие,

УСТАНОВИЛА:

28.01.2016г. (вх. № 1403) в Ростовское УФАС России поступило заявление ПАО «Газпром газораспределение Ростов-на-Дону», в котором сообщается о факте поступления на закрепленный за Обществом телефонный номер сотовой связи <...> 05.12.2015г. в 19:12 СМС-сообщения рекламного характера без согласия Общества, содержащего следующую информацию: «Отель премиум класса Променадь от 2500р. пер. Газетный-27. 279-77-44», отправитель: <...>.

Ростовским УФАС России установлено, что вышеназванное СМС-сообщение поступило с номера <...>, который принадлежит номерной емкости ПАО «МегаФон».

После отложения в рассмотрении настоящего дела, в соответствии с п. 32 Правил

рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, Комиссией принято решение о привлечении к участию в рассмотрении дела в качестве ответчика ООО «Агат».

Данный вывод основан на письменных пояснениях ПАО «МегаФон», согласно которым отправка спорного СМС-сообщения осуществлена с номера, абонентом-владельцем которого является ООО «Агат». Между ПАО «МегаФон» и ООО «Агат» заключен Договор об оказании услуг связи № <...> (далее – Договор) с выделением абонентского номера <...>. В целях выполнения требований законодательства ПАО «МегаФон» выявлено, что 05.12.2015г. с абонентского номера <...> произведена массовая СМС-рассылка, в связи с чем с 07.12.2015г. на указанном номере заблокирована возможность отправки СМС-сообщений.

ООО «Агат» представило письменные пояснения, согласно которым Общество не совершало указанное правонарушение, так как на нем не лежала обязанность по получению предварительного письменного согласия получателя рекламы. Эта обязанность, по мнению ООО «Агат», возложена на ПАО «МегаФон» как оператора связи. Договор был заключен в интересах ООО «Агат» агентом <...>.

ООО «Агат» заявлено ходатайство о рассмотрении настоящего дела в отсутствие законного представителя Общества.

Комиссия Ростовского УФАС России, изучив материалы настоящего дела, пришла к следующим выводам.

На номер телефона <...>, закрепленный за ПАО «Газпром газораспределение Ростов-на-Дону», 05.12.2015г. в 19:12 поступило рекламное СМС-сообщение.

При этом Заявитель не давал согласия на получение рекламы по сетям электросвязи.

В соответствии с ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы, 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.

Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

При этом, рекламораспространителем признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п. 7 ст. 3 ФЗ « О рекламе»).

Рассылка данных СМС-сообщений на номер <...> производилась с номера <...>, который предоставлен в пользование ООО «Агат» на основании Договора, заключенного с ПАО «МегаФон».

В силу положений ч.1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» обязанность по получению предварительного согласия абонента на получение рекламы возложена именно на рекламораспространителя.

В свою очередь, в материалах настоящего дела документальное подтверждение о согласии Заявителя, на получение вышеназванной рекламы, отсутствует.

Следовательно, Заявитель не давал предварительного согласия на получение данной рекламы, распространяемой посредством сотовой связи.

Таким образом, распространение ООО «Агат» рекламы на номер мобильного телефона без предварительного согласия на получение указанной рекламы является ненадлежащим.

Довод ООО «Агат» о том, что обязанность по получению предварительного письменного согласия получателя рекламы лежит на ПАО «МегаФон» как на операторе связи является необоснованным ввиду следующего.

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – ФЗ «О связи») рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Статья 44.1 «О связи» устанавливает порядок осуществления рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи.

При этом ФЗ «О связи» не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера должны соблюдаться требования ст. 44.1 ФЗ «О связи».

В соответствии с ч.1 ст. 44.1 ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с п. 2 ст. 44.1 ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Указанной нормой закона ограничено количество субъектов отношений связанных с осуществлением рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, а

именно: в указанных отношениях могут участвовать два субъекта: оператор связи, абоненту которого предназначена рассылка, и заказчик рассылки.

В данном случае ПАО «МегаФон» заключило с ООО «Агат» Договор, предметом которого является оказание услуг связи, в том числе и услуг по отправке СМС-сообщений. В указанных договорных отношениях ООО «Агат» является заказчиком услуги, формирует и направляет на оборудование исполнителя СМС-сообщения с информацией для абонента, то есть в указанных отношениях ООО «Агат» не выступает оператором связи.

Именно ООО «Агат» во исполнение ст. 18 ФЗ «О рекламе» надлежало получить согласие абонентов на получение рекламы, а также получить письменное согласие ПАО «МегаФон» как оператора связи на использование оказываемых услуг связи для целей распространения рекламы, в том числе во исполнение ч. 2 ст. 44.1 ФЗ «О связи» заключить с ПАО «МегаФон» соответствующий договор на распространение рекламы с использованием сети подвижной связи оператора.

В соответствии со ст. 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных ч.1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ООО «Агат», поскольку именно данный хозяйствующий субъект осуществляет фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей путем рассылки СМС-сообщений с использованием телефонного номера <...>.

При этом неисполнение юридическим лицом – ООО «Агат» требований ФЗ «О рекламе» вследствие ненадлежащего исполнения трудовых обязанностей его работником, в данном случае агентом <...>, не является обстоятельством, освобождающим само юридическое лицо от ответственности. Кроме того, факт неисполнения работником трудовых обязанностей, свидетельствует об отсутствии надлежащего контроля юридического лица за исполнением своими работниками, действовавшими в его интересах, своих трудовых обязанностей.

В материалах дела имеются пояснения ПАО «МегаФон», согласно которым на номере <...> заблокирована возможность отправки СМС-сообщений. В этой связи, основания для выдачи ООО «Агат» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе отсутствуют.

Руководствуясь п.2 ч. 1 ст. 33, ч.1 ст. 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42, 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Отель премиум класса Променадъ от 2500р. пер. Газетный-27. 279-77-44» поступившую 05.12.2015г. в 19:12 на закрепленный за ПАО «Газпром газораспределение Ростов-на-Дону» телефонный номер сотовой связи <...> в виде СМС-сообщения без

предварительного согласия абонента, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

2. Не выдавать ООО «Агат» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в связи с отсутствием оснований.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ростовского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч.1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 20.04.2016г.

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