

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 09-Р-2017

30 марта 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 № 09-Р-2017 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» в отношении ПАО "ВымпелКом", выразившегося 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 ПАО "ВымпелКом" – «...» (по доверенности от 01.04.2016 № 40),

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

УСТАНОВИЛА:

В адрес Чувашского УФАС России из ФАС России поступило для рассмотрения заявление гражданина «...». (далее – Заявитель) (вх. от 26.01.2017 № 04-13/504) относительно поступления на номер сотового телефона последнего рекламы с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

Согласно заявлению на выделенный Заявителю номер мобильного телефона («...»), без получения его предварительного согласия, поступило нежелательное SMS - сообщение.

Из приложенной к жалобе копии скриншота вышеуказанного SMS - сообщения

следует следующий текст.

"От :Zooshef

SMS - центр: +79037011111

Дата и время: 23.12.2016 17:57

ТЕКСТ: «- 35% на Hills для кошек только 3 дня!

[http:// zooshef.ru/7h6](http://zooshef.ru/7h6)"

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 продукт для кошек Hills.

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, и, таким образом, на нее распространяются все ограничения Закона о рекламе. Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе которые, согласно ч.1 ст.18 данной статьи определяют, 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 обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

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.

Из заявления следует, что рассматриваемое SMS-сообщение отправлено от абонента, состоящего из буквенного обозначения Zooshel, при этом владельцем сервисного центра отправителя SMS - сообщения является номер <...> .

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

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи также 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.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

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, согласно письму ФАС России 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 (например, как в рассматриваемом случае, с "коротких" и "буквенных" номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламодателем.

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. Соответственно, в рассматриваемом случае, ответственность за распространение рассылки рекламного сообщения: «- 35% на Hills для кошек только 3 дня! <http://zooshef.ru/7h6>», как рекламодатель, несет оператор связи абонента, которому предназначена данная реклама.

На основании изложенного, в связи с тем, что в действиях ПАО "ВымпелКом" усматриваются признаки нарушения [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе, определением от 22.02.2017 возбуждено дело № 09-Р-2017 в отношении ПАО "ВымпелКом".

Из информации, представленной ПАО "ВымпелКом" (далее - ПАО "ВымпелКом", Общество) (вх. от 16.03.2017 № 04-10/1736), а также из пояснений на заседании Комиссии 17.03.2017 следует.

Согласно данным автоматизированной системы Общества направление смс-сообщения в 23.12.2016 в 17:57 на номер «...» с буквенного идентификатора Zooshef осуществлено юридическим лицом ООО «Инфобип» (ИНН 7703673690) (юридический адрес: 125009, г.Москва, ул.Тверская, д.14/1, стр.1, пом.1 комн.4, почтовый адрес: 115191, г.Москва, ул.Б.Тулльская, д.11, этаж 5) через программно-аппаратный комплекс – SMS платформа (платформа sms-центра ПАО «ВымпелКом», являющаяся техническим средством связи) в рамках договора об оказании услуг связи «Билайн» № 557898157 от 01.05.2015.

Согласно условиям Дополнительного соглашения №1 от 01.05.2014 к договору № 557898157 от 01.05.2015г. ПАО «ВымпелКом» (Оператор) предоставило ООО «Инфобип» (Абонент) услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами Абонента.

Согласно п. 4.2. Дополнительного соглашения от 01.05.2015 № 1 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» № 557898157 от 01.05.2015 Абонент (ООО «Инфобип») осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

На запрос Оператора о представлении согласия абонента «...» на получение смс рекламного характера 23.12.2016 в 17:57, ООО «Инфобип» представлены пояснения от 10.03.2017 с представлением заявления «...» от 09.03.2017 о том, что он является клиентом интернет-магазина zooshief.ru с 2014 года, от смс-рассылок не отписывался, согласен получать смс-информирование от магазина, жалобу в ФАС не направлял.

Также ПАО «ВымпелКом» представлены пояснения ООО «ВЕГА» (интернет-магазин) от 09.03.2017 о том, что «...» является клиентом интернет - магазина с приложением скриншота из системы управления магазином и скриншота из личного кабинета клиента, согласно которого подписка на рассылку «включена».

В рамках рассмотрения дела, в адрес Чувашского УФАС России от Заявителя поступила информация (вх. от 13.03.2017 № 04-21/1570) о том, что последний являясь клиентом интернет - магазина zooshief.ru с 2014 года, претензий к указанному магазину не имеет, согласен получать СМС информирование от данного магазина в дальнейшем. При этом жалобу в УФАС Заявитель не направлял.

В связи с поступившей информацией, специалистом Чувашского УФАС России, ответственным за ведение настоящего дела, был осуществлен звонок на номер телефона («...»), принадлежащий Заявителю.

В результате чего получен ответ Заявителя, подтверждающий вышеизложенные факты.

Таким образом, в связи с тем, что оснований для признания ПАО "ВымпелКом" нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе не имеется, Комиссия считает необходимым прекратить производство по делу.

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 № 09-Р-2017 по признакам нарушения требований, определенных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе в отношении ПАО "ВымпелКом" прекратить.

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»