

РЕШЕНИЕ

по делу № 17/04-16р

г. Киров

Резолютивная часть решения оглашена 21 апреля 2016 года.

В полном объеме решение изготовлено 10 мая 2016 года.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председателя Комиссии – заместителя руководителя управления <...> Членов Комиссии – <...>, <...> секретарь <...>. – специалист 1 разряда отдела финансовых рынков и рекламы,

в отсутствие:

- заявителя: <...>;

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: <...>;

- заинтересованного лица: Кировского филиала ПАО «<...>»;

рассмотрев дело № 17/04-16р, возбужденное в отношении физического лица по факту получения физическим лицом 16.12.2015 г. в 14:20 от абонента «+<...>» смс-сообщения следующего содержания: «VIP CLUB "<...>" приглашает! Наш курс- \$ 39. Звоните по телефону +<...>», смс-центр: +<...>, в отсутствие согласия физического лица на получение данного рекламного сообщения, по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Кировское УФАС России поступило заявление <...> по факту получения 16.12.2015 г. в 14:20 от абонента «+<...>» смс-сообщения следующего содержания: «VIP CLUB "<...>" приглашает! Наш курс- \$ 39. Звоните по телефону +<...>», смс-центр: +<...>.

Как указывает заявитель, согласия на получение данного рекламного сообщения он не давал.

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Определением от 29.01.2016 г. возбуждено дело № 17/04-16р в отношении физического лица <...>., рассмотрение дела назначено на 25.02.2016 г.

Заявитель физическое лицо, извещенное надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела, явку на заседание Комиссии не обеспечил.

Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства, <...>., извещенный надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела, явку на заседание Комиссии не обеспечил, запрошенные документы не представил.

Заинтересованное лицо Кировский филиал ПАО «<...>», извещенное надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела, направило ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие своего представителя.

Комиссия, учитывая изложенное, считает необходимым рассмотрение дела отложить в связи с необходимостью получения дополнительных документов у лица, участвующего в деле для рассмотрения дела по существу.

Рассмотрение дела № 17/04-16р определением от 25.02.2016 г. назначено на 21.03.2016 г.

Заявитель физическое лицо, извещенное надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела, явку на заседание Комиссии не обеспечил.

Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства, <...>., извещенный надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела, явку на заседание Комиссии не обеспечил, запрошенные документы не представил.

Заинтересованное лицо Кировский филиал ПАО «<...>», извещенное надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела, явку своего представителя на заседание Комиссии не обеспечило.

Комиссия, учитывая изложенное, считает необходимым рассмотрение дела отложить в связи с необходимостью получения дополнительных документов у лица, участвующего в деле для рассмотрения дела по существу.

Рассмотрение дела № 17/04-16р определением от 21.03.2016 г. назначено на 21.04.2016 г.

Заявитель физическое лицо, извещенное надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела, явку на заседание Комиссии не обеспечил.

Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства, <...>., извещенный надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела, явку на заседание Комиссии не обеспечил,

запрошенные документы не представил.

Заинтересованное лицо Кировский филиал ПАО «<...>», извещенное надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела, направило ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие своего представителя.

Изучив материалы дела, Комиссия Кировского УФАС России пришла к следующим выводам.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Кировской области в порядке переадресации из ФАС России 16.12.2015 г. поступило заявление гражданина вх. № 7872. К заявлению приложены: скриншот с мобильного телефона, согласие абонента.

В своем заявлении гражданин указал, что на его абонентский номер +<...> 16.12.2015 в 14:20 было направлено смс-сообщение без предварительного согласия абонента следующего содержания: «VIP CLUB "<...>" приглашает! Наш курс- \$ 39. Звоните по телефону +<...>», отправителем которого указан абонент с номером +<...>, смс-центр: +<...>.

В ходе рассмотрения дела установлено, что телефонный номер +<...> выделен абоненту <...> на основании договора об оказании услуг радиотелефонной связи с ПАО «<...>» № 222506831 от 26.12.2007 г. (письмо ПАО «<...>» вх. № 580 от 01.02.2016 г.).

Факт отправки и получения спорного смс-сообщения подтверждается представленной в материалы дела выпиской детализации услуг связи по телефону +<...> за период 16.12.2015 14:20:00 по 16.12.2015 14:21:00, согласно которой на номер мобильного телефона +<...> поступило смс-сообщение с номера отправителя +<...> 16.12.2015 в 14:20:12.

Согласно ст. 3 Федерального закона «О рекламе», рекламой является информация, распространяемая 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 объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, 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. Товар – это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

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.

Информация, содержащаяся в спорном смс-сообщении, полностью подпадает

под определение, данное в ст. 3 Федерального 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, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального 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 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.

В соответствии с ч. 1 ст. 15 Федерального закона от 27.07.2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, а также в целях политической агитации допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

При обращении в ФАС России гражданин сообщил об отсутствии его разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

Понятие адресата содержится в ст. 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

При этом в ч. 1 ст. 18 Федерального 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 рекламодателе.

В соответствии с п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» данный закон 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.

Согласно письменным пояснениям ПАО «<...>» (вх. № 580 от 01.02.2016 г.), а также на основании договора об оказании услуг радиотелефонной связи с ПАО «<...>» № 222506831 от 26.12.2007 г. номер абонента +<...> принадлежит номерной ёмкости ПАО «<...>».

Определениями от 29.01.2016 г., от 25.02.2016 г., от 21.03.2016 г. у <...>. в целях установления обстоятельств дела была запрошена информация, которая в антимонопольный орган не была представлена.

На основе всестороннего анализа и собранных по делу доказательств антимонопольный орган приходит к выводу о том, что рекламодателем спорного смс-сообщения является физическое лицо <...>.

В соответствии с ч. 1 ст. 46 Федерального закона «О связи» оператор связи обязан оказывать пользователям услугами связи 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 федеральным органом исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

Согласно ч. 2 ст. 63 указанного закона операторы связи обязаны обеспечить соблюдение тайны связи.

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.

Таким образом, ПАО «<...>», как оператор связи, соблюдая действующее законодательство, обеспечило возможность пропуска трафика по своим сетям связи и не распространяло рассматриваемую рекламу с нарушением положений законодательства о рекламе.

Следовательно, фактическое (физическое) доведение рассматриваемого смс-сообщения до абонента без его согласия осуществил <...>., поэтому указанный субъект является рекламодателем.

В ходе рассмотрения дела в Кировское УФАС России не были представлены

доказательства того, что спорное смс-сообщение было передано абоненту <...> с его предварительного согласия.

Комиссией Кировского УФАС России были проанализированы все имеющиеся документы и доказательства по данному делу, на основании чего сделан вывод о том, что действия физического лица <...>. отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» в отношении рекламораспространителя – распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае — смс-сообщений.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что при распространении на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «VIP CLUB “<...>” приглашает! Наш курс- \$ 39. Звоните по телефону + <...>», были нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

Комиссия Кировского УФАС России считает, что нарушение рекламного законодательства произошло по вине физического лица <...>.

Учитывая тот факт, что на момент принятия решения Комиссия Кировского УФАС России не располагает сведениями о прекращении распространения смс-сообщений рекламного характера с номера +<...> без согласия заявителя, Комиссия решила выдать физическому лицу <...> предписание об устранении выявленного нарушения.

Руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 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, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «VIP CLUB “<...>” приглашает! Наш курс- \$ 39. Звоните по телефону +<...>», направленную 16.12.2015 в 14:20 на номер мобильного телефона <...> +<...> без его предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Признать в действиях физического лица <...>, выразившихся в распространении ненадлежащей рекламы посредством смс-сообщений без согласия абонента, факт нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

3. Выдать физическому лицу <...> предписание об устранении нарушений законодательства о рекламе.

4. Передать материалы уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административном правонарушении.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 131 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации.