

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 21-Р-2017

14 августа 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 № 21-Р-2017, возбужденное в отношении ПАО "ВымпелКом" по признакам нарушения требований определенных частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе, законодательства о рекламе), выразившимся в распространении рекламы посредством использования электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии:

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - представителя ПАО "ВымпелКом" - Кандасовой Татьяны Владимировны (по доверенности от 12.05.2017 № ЦР - 17-10),

в отсутствии лиц, участвующих в деле, извещенных о месте и времени рассмотрения настоящего дела надлежащим образом:

заявителя - гражданина «...»

заинтересованного лица - ООО "Колтрекинг";

гражданки «...»

УСТАНОВИЛА:

21.03.2017 (вх. № 04-21/27) в адрес Чувашского УФАС России из ФАС России поступило заявление «...» (далее – Заявитель) относительно поступления на номер сотового телефона последнего рекламы с признаками нарушения статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно заявлению на выделенный Заявителю номер мобильного телефона («.») поступило нежелательное SMS - сообщение.

Из приложенной к жалобе копии скриншота SMS - сообщения следует, что нежелательное SMS - сообщение поступило 20.03.2017 в 14:22 с номера «...», содержащее следующий текст:

" Janinn Fitness. Подготовим тело к лету за 3 дня месяца - БЕСПЛАТНО! Тел. 7(495) 357-39-55 Подробности на сайте : <http://vk.cc/6nivx6>".

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 предложение:

" Подготовим тело к лету за 3 дня месяца - БЕСПЛАТНО! "

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.

Из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru), указанный номер «...» принадлежит номерной емкости, закрепленного за сотовым оператором связи ПАО "ВымпелКом", как и номер сотовой связи «...», на который поступило нежелательное сообщение.

В силу ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента на получение рекламы. Реклама признается распространенной без такого согласия, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Обязанность получить предварительное согласие абонента возлагается на рекламораспространителя.

Особенности распространения рекламы в виде SMS-рассылок по сетям электросвязи регламентированы статьей 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи).

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 силу части 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, по смыслу ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе в совокупности с ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи рекламораспространителем, который обязан получить предварительное согласие абонента на получение

рекламы в виде SMS-рассылки, является лицо, по инициативе которого осуществляется SMS-рассылка.

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.

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.

По итогам рассмотрения заявления, с учетом установленных обстоятельств, рекламодателем рассматриваемого SMS-сообщения установлено ПАО "ВымпелКом".

На основании изложенного, в связи с тем, что в действиях ПАО "ВымпелКом" усматриваются признаки нарушения [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе, определением от 19.05.2017 (исх. № 04-10/3611) в отношении ПАО "ВымпелКом" возбуждено дело по признакам нарушения [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе.

В рамках рассмотрения дела установлено следующее.

В заседании Комиссии 13.06.2017 ПАО "ВымпелКом" представило письменные пояснения, согласно которым указало, что отправителем рассматриваемого рекламного смс-сообщения является абонент-физическое лицо, в рамках заключенного абонентского договора.

При этом, ПАО "ВымпелКом" представило копию договора оказания услуг связи, заключенным между ПАО "ВымпелКом" и Заявителем, а также информацию, согласно которой номер сотовой связи 9096257752, с которого направлялось рассматриваемое SMS-сообщение, принадлежит физическому лицу «...», в соответствии с договором, заключенным между ПАО "ВымпелКом" и гр. «...» от 20.03.2017 № 821-821001-00-04691213.

Согласно данным автоматизированной системы Общества отправка смс-сообщения 20.03.2017 в 14:22 на номер «...» была осуществлена с абонентского номера «...» в сети подвижной связи через мобильное устройство (IMEI 35384507396375).

В заседании Комиссии, а также в письменных пояснениях ПАО "ВымпелКом" (вх. от 09.06.2017 № 04-10/4101) нарушение Закона о рекламе не признало, пояснив следующее.

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 № 126-ФЗ «О связи», п. 4 Правил оказания услуг телефонной связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342).

К деятельности оператора связи по передаче коротких текстовых сообщений, направляемых абонентами – физическими лицами на номер других абонентов физических лиц - не применяются нормы статьи 44.1. Закона «О связи».

ПАО «ВымпелКом» и гр. «...», с абонентского номера 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 абонента Заявителя по содержанию является рекламным, но не обладает признаками рассылки в соответствии со ст.44.1 Закона «О связи».

Абонент «...», используя абонентский номер для проведения рекламы, нарушил условия абонентского договора.

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.

Поскольку абонентом «...» были нарушены условия абонентского договора, а именно, абонент использовал телефонный номер для массовых рассылок смс-сообщений, оказание услуг связи по абонентскому номеру «...», выделенному «...», были приостановлены 20.03.2017.

Дополнительно, ПАО «ВымпелКом» 06.06.2017 было направлено письмо гр. «...» о недопустимости совершения действий, нарушающих условия договора об оказании услуг связи и о необходимости представления согласия абонента номер «...» на получение рекламного sms-сообщения 20.03.2017 в 14 часов 22 минуты.

Таким образом, в заседании Комиссии 13.06.2017 ПАО «ВымпелКом», не признав в действиях Общества нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, выступило с ходатайством о привлечении в качестве заинтересованного лица абонента, номер телефона которого («...») указан в рассматриваемом смс - сообщении.

В рамках рассмотрения дела установлено, что согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru), номер телефона «...», причастный к информации, рассматриваемой по заявлению, принадлежит номерной емкости, закрепленной за оператором связи ООО "ТК ТЕЛ ЦЕНТР" (г.Москва).

В заседание Комиссии 05.07.2017 ООО "ТК ТЕЛ ЦЕНТР" представило запрашиваемую информацию (вх. от 15.06.2017 № 04-10/4229), из которой следует, что номер телефона «...» выделен клиенту ООО "Колтрекинг" по договору № 39502/1 об оказании услуг связи (юридический адрес г. Москва, ул.Электrozаводская, д.24, стр.3, пом.В213, фактический адрес г. Москва, Комсомольский пр., Д.40/13, стр.1, ИНН 7718299862, ОГРН 1167746200401).

Из информации, представленной ООО "Колтрекинг" (вх. от 01.08.2017 № 04-10/5508) в заседание Комиссии 01.08.2017 следует, что номер телефона 8 (495) 357 39 55 , принадлежащий ООО "Колтрекинг", выделен ООО "Эксперт" на основании договора об оказании услуг связи № 39502/1 с ООО "Колтрекинг" с целью проведения аналитики (статистики) рекламного источника входящих телефонных звонков ООО "Эксперт". Рекламораспространителем, ответственным за получение предварительного согласия абонента, является заказчик рассылки.

На основании изложенного, Комиссия установила и материалами дела подтверждается, что, в данном случае, рассматриваемое смс - сообщение не осуществлено по инициативе сотового оператора связи ПАО «ВымпелКом». В связи с чем ПАО «ВымпелКом» не может нести ответственность за нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, так как не является рекламораспространителем.

Таким образом, в связи с тем, что оснований для признания ПАО «ВымпелКом» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе не имеется, Комиссия приходит к следующему.

ПАО «ВымпелКом» является ненадлежащим лицом в части рассмотрения настоящего дела, возбужденного в отношении последнего по признакам нарушения Закона о рекламе.

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 не подтверждения в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения Закона о рекламе.

Руководствуясь подпунктом "а" пункта 36 Правил, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Признать ПАО «ВымпелКом» ненадлежащим лицом в части рассмотрения настоящего дела по признакам нарушения Закона о рекламе, в связи с чем прекратить производство по делу № 21-Р-2017, возбужденному в отношении ПАО «ВымпелКом» по признакам нарушения требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»