

РЕШЕНИЕ

по делу № 85/04-2017 р

Резолютивная часть решения оглашена 26 марта 2018 года

В полном объеме решение изготовлено 27 марта 2018 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области по рассмотрению дел о нарушении рекламного законодательства в составе: Председателя комиссии <...><...><...>

в отсутствие:

заявителя: физического лица;

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: ООО «Сток Цифра»

рассмотрев материалы дела № 85/04-2017р по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» по факту распространения ООО «Сток Цифра» (ИНН 7327004768, ОГРН 1157327000511) 14.11.2017 в 11:52 на номер мобильного телефона <...> смс-сообщения следующего содержания: «Семейные евро 2 комн. квартиры в пригороде <...>», в отсутствие согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

Федеральной антимонопольной службой России в Кировское УФАС России направлено обращение физического лица по вопросу получения 14.11.2017 в 11:52 на номер мобильного телефона смс-сообщения следующего содержания: «Семейные евро 2 комн. квартиры в пригороде <...>», в отсутствие согласия абонента на его получение, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 года «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»).

Определением от 25.12.2017 возбуждено дело № 85/04-2017р в отношении рекламораспространителя ООО «Сток Цифра», рассмотрение назначено на 23.01.2018.

Изучив материалы дела, комиссия Кировского УФАС России приходит к следующим выводам.

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 правоотношений, возникающих в связи с реализацией 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: «Семейные евро 2 комн. квартиры в пригороде 1, <...>», содержащаяся в спорном смс-сообщении, полностью подпадает под определение, данное в статье 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 частью 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 года № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, 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 статьей 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 статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это 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 части 1 статьи 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 рекламораспространителе.

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 рекламораспространителя.

В соответствии с информацией, представленной Публичным акционерным обществом «МегаФон», вышеуказанное смс-сообщение поступило на абонентский номер <...>

с номера +<...> , выделенного ООО «Сток Цифра» на основании договора оказания услуг.

Абонент ООО «Сток Цифра» при заключении договора собственноручной подписью подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг связи «МегаФон», являющимися неотъемлемой частью договора. Согласно пп.14.10, 14.11 Условий абонент обязан не использовать услуги, оказываемые оператором, для проведения рекламных компаний, конкурсов, массовых рассылок, организации автоматизированных центров, шлюзов, а также для осуществления иных действий, направленных на извлечение прибыли, без письменного согласования с оператором. Также абонент обязан препятствовать распространению спама со своего абонентского устройства, в том числе не использовать услуги для массовой или одиночной рассылки, не согласованных предварительно с адресатом электронных писем, рекламного, коммерческого или агитационного характера. Под массовой рассылкой подразумевается, как рассылка множеству получателей, так и множественная рассылка одному получателю (п. 14.12.2 Условий).

Таким образом, при заключении договора до сведения абонента (ООО «Сток Цифра») была доведена информация о недопустимости нарушения рекламного законодательства при использовании услуг.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Федерального закона «О связи» оператор связи обязан оказывать пользователям 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 федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

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.

ПАО «МегаФон», как оператор связи, соблюдая действующее законодательство, обеспечило возможность пропуска трафика по своим сетям связи.

Таким образом, в соответствии с Договором об оказании услуг связи, Условиями оказания услуг связи «МегаФон» ООО «Сток Цифра» обязано получить согласие абонента на получение смс-сообщения.

Из анализа материалов дела Комиссия Кировского УФАС России делает вывод, что фактическое (физическое) доведение рассматриваемого смс-сообщения до абонента без его согласия осуществило ООО «Сток Цифра», поэтому указанный хозяйствующий субъект является рекламораспространителем.

В ходе рассмотрения дела в Кировское УФАС России не были представлены доказательства того, что спорное смс-сообщение было передано ООО «Сток Цифра» 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 ООО «Сток Цифра» 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.

Таким образом, рекламораспространитель ООО «Сток Цифра», воспользовавшись техническими и программными средствами, а также программными и техническими средствами ПАО «МегаФон», не исполнило в должной мере положения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», распространив на телефонный номер абонента +<...>

смс-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что при распространении на телефонный номер абонента <...> рекламы следующего содержания: «Семейные евро 2 комн. квартиры в пригороде <...>» были нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель (лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств).

Комиссия Кировского УФАС России считает, что нарушение рекламного законодательства произошло по вине ООО «Сток Цифра».

Учитывая тот факт, что в материалах дела ПАО «МегаФон» представлена информация о том, что с 20.11.2017 услуги связи по абонентскому номеру <...>

приостановлены в связи с нарушением абонентом условий договора, Комиссия Кировского УФАС России решила предписание ООО «Сток Цифра» об устранении нарушения не выдавать.

На основании ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Комиссия считает необходимым передать материалы уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «Сток Цифра» (ИНН 7327004768, ОГРН 1157327000511) и его должностного лица.

Руководствуясь ст. 3, ч. 1 ст. 18, ст. 33, ст. 36, ст. 38 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 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: «Семейные евро 2 комн. квартиры <...>», направленную 14.11.2017 в 11:52 посредством смс-сообщения на номер <...>

без предварительного согласия абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание ООО «Сток Цифра» (ИНН 7327004768, ОГРН 1157327000511) об устранении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» не выдавать.

3. Передать материалы уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «Сток Цифра» (ИНН 7327004768, ОГРН 1157327000511) и его должностного лица.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в суд общей юрисдикции в порядке, предусмотренном ст. 131 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>