РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 15279/05-2018

Решение в полном объеме изготовлено 06.02.2019

Резолютивная часть решения объявлена 23.01.2019 г. Ульяновск

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

председатель комиссии - зам. руководителя управления - начальник отдела <…>И.И.,

члены комиссии: - ведущий специалист-эксперт <…>Г.И.,

- ведущий специалист-эксперт <…>Н.В.,

рассмотрев дело № 15279/05-2018 по факту распространения посредством подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента рекламного сообщения, содержащего признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - *Федеральный закон «О рекламе»*),

в отсутствие:

- **заявителя** - <…> (г. <…>) - о месте и времени рассмотрения дела уведомлен;

- представителя **заинтересованного лица** - **общества с ограниченной ответственностью «СТРИМ»** (далее - *ООО «СТРИМ»*), ОГРН 1097746431903, ИНН 7705893691, расположенного по адресу: 129110, г. Москва, ул. Щепкина, д. 51/4, стр. 2, - о месте и времени рассмотрения дела общество уведомлено;

в присутствии:

- представителя **лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе**, - **публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы»** (далее - *ПАО «МТС»*) ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076 , расположенного по адресу: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4 (**Филиал ПАО «МТС» в Ульяновской области** расположен по адресу: 432017, г. Ульяновск, 2-й пер. Мира, д. 35), - <…> (доверенность № <…> от 15.02.2018, паспорт),

УСТАНОВИЛА:

По заявлению <…>, перенаправленному Федеральной антимонопольной службой (исх. № РС-9818346285-А-1-20181003 от 03.10.2018, вх. № 5249/ог от 04.10.2018), о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 03.10.2018 в 12 час. 16 мин. (время московское) посредством подвижной радиотелефонной связи на номер <...> -981-834-<…> без предварительного согласия абонента СМС-сообщения: «*Концерт группы «Фрукты». Вы слышали их в «Вечернем Урганте» и знаете их как крутой кавер коллектив. Настало время прийти на концерт группы! 17 ноября 2018 г., клуб «Космонавт». Покупайте билеты уже сейчас от 800 руб. http://r.mts.ru/frukty1s (16+) ООО "Культурная Служба", ОГРН 1107746065426, г. Москва, Таганская, 26-1. (Отправлено МТС).*» Ульяновским УФАС России определением от 06.11.2018 возбуждено дело № 15279/05-2018 по признакам нарушения ч. 1

ст. 18 Федерального закона «О рекламе». К участию в деле привлечены лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, ПАО «МТС», а также заявитель <…> Рассмотрение дела назначено на 05.12.2018.

<…> на заседание Комиссии 05.12.2018 не явился, о месте и времени рассмотрения дела извещен надлежащим образом.

В письменных пояснениях ПАО «МТС» (исх. № П 10-06/00059и б/д, вх. № 6814 от 04.12.2018) и представителем общества на рассмотрении дела 05.12.2018 сообщено, что договор оказания услуг подвижной связи МТС заключен с <…> 20.10.2010. На момент заключения договора действовали Правила оказания услуг подвижной радиотелефонной связи «МТС» (далее также - *Правила*) в редакции от 31.05.2010. Согласно п. 7.6 указанных Правил абонент был вправе выразить свое согласие или отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, когда необходимость такого согласия/отказа предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе. Если абонент не выразил свое несогласие, согласие считается оформленным путем подписания договора. Отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, оформляется путем подачи абонентом оператору письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью договора, либо иным способом, установленным оператором. Такой отказ действует с момента его получения оператором. На момент рассылки рассматриваемого СМС-сообщения (03.10.2018) от <…> заявлений об отказе от получения рекламных СМС-сообщений не поступало, что, согласно Правил оказания услуг связи МТС 2010 года, является согласием абонента на получение рекламы, распространяемой по сетям связи. Иного способа получения отказа абонента ПАО «МТС» на получение рекламных сообщений в 2010 году не существовало. Также ПАО «МТС» просит предоставить отсрочку представления документов по договору, заключенному с ООО «СТРИМ».

Определением от 05.12.2018 срок рассмотрения дела № 15279/05-2018 продлен до 06.02.2019, рассмотрение дела отложено и назначено на 23.01.2019. К участию в деле в качестве заинтересованного лица привлечено ООО «СТРИМ».

<…> на заседание Комиссии 23.01.2019 не явился, о месте и времени рассмотрения дела извещен надлежащим образом.

В письменных пояснениях ПАО «МТС» (исх. № П 10/00002и от 21.01.2019, вх. № 273 от 21.01.2019) и представителем общества на рассмотрении дела 23.01.2019 сообщено, что Правила оказания услуг подвижной радиотелефонной связи «МТС», являющиеся офертой по смыслу ч. 2 ст. 432 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - *ГК РФ*), опубликованы в печатном средстве массовой информации «Российская газета» № 285 (4251) от 19.12.2006.

Согласно п. 7.6 указанных Правил абонент вправе выразить свое согласие или отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, когда необходимость такого согласия/отказа предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе. Если абонент не выразил своего несогласия, согласие считается оформленным путем подписания договора. Отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, оформляется путем подачи абонентом оператору письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью договора, либо иным способом, установленным оператором. Такой отказ действует с момента его получения оператором.

Указанная редакция п. 7.6 Правил присутствовала во всех версиях этого документа вплоть до версии 18.01.2013, в которой формулировка: «Если Абонент не выразил своего несогласия, согласие считается оформленным путем подписания Договора» была исключена по причине того, что в типовые договоры об оказании услуг подвижной связи МТС был включен пункт следующего содержания: «Подписывая договор, Абонент соглашается со всеми его положениями, а также, если иное не указано ниже, выражает своё согласие на: - получение рекламы, использование сведений о нём в целях продвижения услуг», возле которого предусмотрено поле для проставления абонентом отметки «Не согласен».

Таким образом, заключая (подписывая) 20.10.2010 договор о предоставлении услуг связи

МТС, <…> выразил безусловное согласие с Правилами оказания услуг связи «МТС», п. 7.6 которых предусматривал, что согласие абонента на получение рекламы, распространяемой по сетям связи, считается оформленным путем подписания договора. Кроме того, на момент рассылки 03.10.2018 от <…> заявлений об отказе от получения рекламных СМС-сообщений не поступало.

ПАО «МТС» полагает, что в действиях общества отсутствуют признаки нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Также ПАО «МТС» представило копии документов, подтверждающих текст рекламного сообщения (выгрузка из программы «Мобильная реклама», в которой осуществляют взаимодействие ПАО «МТС» и ООО «СТРИМ» по договору № D130524209 от 14.02.2014), направление указанного сообщения абоненту телефона +7-981-834-<…> <…> (выгрузка из информационно-справочной системы «ASMS»), оказание и оплату услуг по договору № D130524209 от 14.02.2014 ПАО «МТС» и ООО «СТРИМ» (акт сдачи-приемки оказанных услуг, платёжное поручение).

На рассмотрение дела 23.01.2019 представитель ООО «СТРИМ» не явился, о месте и времени рассмотрения дела общество извещено надлежащим образом. От ООО «СТРИМ» поступило ходатайство (исх. № 23 от 17.01.2019, вх. № 242 от 21.01.2019) о рассмотрении дела в отсутствие представителя общества.

Из письменных пояснений ООО «СТРИМ» (исх. № 22 и № 24 от 17.01.2019, вх. № 242 от 21.01.2019) следует, что рекламно-информационный материал (далее также - *РИМ*) содержания: *«Фрукты». Вы слышали их в «Вечернем Урганте» и знаете их как крутой кавер коллектив. Настало время прийти на концерт группы! 17 ноября 2018 г., клуб «Космонавт». Покупайте билеты уже сейчас от 800 руб. http://r.mts.ru/frukty1s (16+) ООО "Культурная Служба", ОГРН 1107746065426, г. Москва, Таганская, 26-1. (Отправлено МТС).*», поступивший 03.10.2018 в 12 час. 16 мин. (время московское) на номер мобильного телефона +7-981-834-<…> от отправителя, обозначенного буквенным идентификатором «Ponominaly», размещался на основании договора № D130524209 от 14.02.2014 и клиентского договора № 00935 от 16.04.2018.

Договор № D130524209 от 14.02.2014 заключен между ООО «СТРИМ» и ПАО «МТС». Согласно п. 1.1 договора ПАО «МТС» обязалось за вознаграждение оказывать ООО «СТРИМ» услугу «Мобильная реклама» с помощью каналов коммуникации, под которыми, согласно договору, понимается оказание услуги по размещению рекламно-информационных материалов на каналах: SMS, MMS, SMS-ответ на запрос баланса, услуга «Вам звонили» с абонентами. В соответствии с п. 6.11 договора ПАО «МТС» несет ответственность за распространение рекламы третьих лиц только тем физическим лицам, которые не отозвали свое согласие на получение рекламы.

П. 2.4 договора установлена возможность и порядок составления заявок в электронном виде - в виде краткой формы согласительного порядка - через автоматизированный интерфейс личного кабинета сайта: https://reklama.mts.ru. Скриншот автоматизированного интерфейса личного кабинета сайта: https://reklama.mts.ru, в рамках которой организовано распространение РИМ, ООО «СТРИМ» представлен.

Клиентский договор № 00935 от 16.04.2018 заключен между ООО «СТРИМ» и обществом с ограниченной ответственностью «Культурная служба» (далее - *ООО «Культурная служба»*), ОГРН 1107746065426, ИНН 7707719297. Согласно п.п. 1.1 и 2.1 клиентского договора ООО «СТРИМ» обязалось оказать услуги по организации размещения операторами подвижной радиотелефонной связи (в данном случае, ПАО «МТС») рекламных и информационных материалов ООО «Культурная служба» с помощью каналов коммуникации.

П.п. 3.1 и 4.1 клиентского договора, приложением № 1 к клиентскому договору установлено, что ООО «СТРИМ» оказывает услуги ООО «Культурная служба» в соответствии с заявками,

предоставляемыми ООО «Культурная служба». Следовательно, ООО «СТРИМ» только организовало для ООО «Культурная служба», а ПАО «МТС» - непосредственно распространило сообщение через свои каналы коммуникации по базе своих абонентов - получателей РИМ, согласно указанным в заявке № 12 от 01.10.2018 на оказание услуг к клиентскому договору ООО «Культурная служба» параметрам. Соответственно, идентичные параметры РИМ указаны в скриншоте автоматизированного интерфейса личного кабинета сайта: https://reklama.mts.ru.

Вся информация о поступлении РИМ абоненту имеется у оператора подвижной радиотелефонной связи ПАО «МТС», так как получатель является абонентом ПАО «МТС», и именно оно оказывает абоненту услуги связи в рамках заключенного с последним договора на оказание услуг связи.

ООО «СТРИМ» не является оператором подвижной радиотелефонной связи, не оказывает соответствующие услуги связи, не заключает с абонентами договоры на оказание услуг связи, не обладает собственной базой абонентов и не имеет доступа к базе абонентов операторов подвижной радиотелефонной связи, включая базу абонентов ПАО «МТС».

Таким образом, ООО «СТРИМ» не обладает сведениями о наличии/отсутствии согласий абонентов ПАО «МТС» на получение СМС-сообщений рекламного характера, а также не обладает самими согласиями абонентов. Данными сведениями в отношении абонента обладает только ПАО «МТС».

Исследовав материалы дела № 15279/05-2018, Комиссия приходит к выводу о необходимости признать рекламу: «*Концерт группы «Фрукты». Вы слышали их в «Вечернем Урганте» и знаете их как крутой кавер коллектив. Настало время прийти на концерт группы! 17 ноября 2018 г., клуб «Космонавт». Покупайте билеты уже сейчас от 800 руб. http://r.mts.ru/frukty1s (16+) ООО "Культурная Служба", ОГРН 1107746065426, г. Москва, Таганская, 26-1. (Отправлено МТС).*», распространенную 03.10.2018 в 12 час. 16 мин. (время московское) по сетям подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента телефона +7-981-834-<…>, ненадлежащей. При этом Комиссия исходит из следующего.

В Ульяновское УФАС России поступило обращение <…>, перенаправленное ФАС России (исх. № РС-9818346285-А-1-20181003 от 03.10.2018, вх. № 5249/ог от 04.10.2018), о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе. В обращении указано, что заявителю 03.10.2018 в 12 час. 16 мин. (время московское) без его согласия на номер мобильного телефона +7-981-834-<…> поступило СМС-сообщение рекламного характера следующего содержания: *«Концерт группы «Фрукты». Вы слышали их в «Вечернем Урганте» и знаете их как крутой кавер коллектив. Настало время прийти на концерт группы! 17 ноября 2018 г., клуб «Космонавт». Покупайте билеты уже сейчас от 800 руб. http://r.mts.ru/frukty1s (16+) ООО "Культурная Служба", ОГРН 1107746065426, г. Москва, Таганская, 26-1. (Отправлено МТС).*». Отправителем сообщения является лицо, обозначенное как «Ponominalu». Сообщение поступило с номера СМС-центра +7-916-896-04-18, принадлежащего к ресурсу нумерации ПАО «МТС».

Согласно п.п. 1, 2 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - 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; объект рекламирования - 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 силу п.п. 1, 2 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» СМС-сообщение: «*Концерт группы «Фрукты». Вы слышали их в «Вечернем Урганте» и знаете их как крутой кавер коллектив.*

Настало время прийти на концерт группы! 17 ноября 2018 г., клуб «Космонавт». Покупайте билеты уже сейчас от 800 руб. http://r.mts.ru/frukty1s (16+) ООО "Культурная Служба", ОГРН 1107746065426, г. Москва, Таганская, 26-1. (Отправлено МТС).» является рекламой, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования - билетам на концерт группы «Фрукты».

Абонентский номер <...> -981-834-<…> зарегистрирован на <…> в соответствии с договором об оказании услуг подвижной связи МТС № 233014810293000 от 20.10.2010, заключенным им с ПАО «МТС», что подтверждается копией данного договора, полученной от указанного оператора связи (исх. № П 10/00131и от 22.10.2018, вх. № 5694 от 23.10.2018).

На запрос Ульяновского УФАС России (исх. № 4502-05 от 05.10.2018) ПАО «МТС» (исх. № П 10/00131и от 22.10.2018, вх. № 5694 от 23.10.2018) сообщило, что между ПАО «МТС» и <…> заключен договор о предоставлении услуг связи МТС от 20.10.2010 с предоставлением абонентского номера +7-981-834-<…>, что подтверждается копией данного договора. Договор мобильной связи состоит из трех частей: 1) регистрационной формы, в которой указываются данные абонента; 2) Условий оказания услуг подвижной связи МТС (далее также - *Условия МТС*); 3) тарифного плана, выбранного абонентом. Условия оказания услуг связи МТС являются публичной офертой и могут быть приняты абонентом не иначе как путем присоединения к ним в целом. Подписанием регистрационной формы абонентского договора <…> присоединился к Условиям МТС, выразив безусловное согласие с данными условиями.

Согласно п. 7.6 Условий МТС абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения рекламы от оператора и/или его партнеров, распространяемых по сетям связи, а также на использование сведений о нем в целях продвижения товаров/работ/услуг, в том числе, путем осуществления прямых контактов с абонентом с помощью средств связи, когда необходимость такого согласия предусмотрена действующими нормативно-правовыми актами. Абонент вправе отозвать данное им согласие в любое время путем направления оператору соответствующего письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью договора, либо иным способом, установленным оператором. Согласие считается отозванным абонентом с момента получения оператором указанного в настоящем пункте заявления.

Рассылка рекламы была осуществлена ПАО «МТС» в рамках договора № D130524209 от 14.02.2014, заключенного с ООО «СТРИМ».

Согласно п. 7.6 раздела IV «Права и обязанности сторон» Условий МТС абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения рекламы от оператора и/или его партнеров, однако ПАО «МТС» не представило доказательств того, где абонент <…> выразил согласие воспользоваться данным правом.

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.

Каждый рекламораспространитель обязан соблюдать требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

При этом, из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламораспространителем.

Из обращения <…> следует, что рассматриваемое рекламное сообщение поступило на номер мобильного телефона заявителя без его согласия. В ходе рассмотрения дела № 15279/05-2018 документы, подтверждающие наличие согласия <…> на получение указанного СМС-сообщения, ПАО «МТС» либо иными лицами не представлены.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в п. 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг, которые являются неотъемлемой частью договора. Обратное может привести к злоупотреблениям со стороны рекламораспространителя рекламы, стремящегося любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям законности.

ПАО «МТС» ссылается на то, что согласие было получено от абонента <…> 20.10.2010 при заключении договора о предоставлении услуг связи с выделением абонентского номера, неотъемлемой частью которого являются Условия оказания услуг подвижной связи МТС и выбранный абонентом тарифный план.

Условия МТС устанавливаются оператором самостоятельно, являются публичной офертой и могут быть приняты абонентом не иначе как путем присоединения к ним в целом.

Согласно п. 1 ст. 435 ГК РФ офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение.

Согласно п. 2 ст. 437 ГК РФ содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта). В соответствии с п. 1 ст. 438 ГК РФ акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Акцепт должен быть полным и безоговорочным.

В соответствии с бланком договора на оказание услуг связи ПАО «МТС» абонент может только отказаться от получения всей рекламы по сетям электросвязи. При этом, согласно форме бланка, абонент не имеет возможности отказаться от рекламы партнеров отдельно от рекламы оператора.

Имеющаяся в договоре формулировка: «*абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок, рекламы от оператора и/или его партнеров*» вводит абонента в заблуждение относительно условий о даче согласия на получение рекламной информации об услугах самого оператора связи либо его партнеров-третьих лиц, оказывающих иные услуги.

Таким образом, автоматическое получение ПАО «МТС» при заключении договора на оказание услуг связи согласия абонента на получение рекламы фактически лишает абонента возможности самостоятельной реализации своего права на выражение согласия

на получение рекламы, предусмотренного Условиями.

Согласно договору именно абонент должен осуществлять определенные действия для выражения своего согласия на получение рекламы.

Таким образом, по мнению Комиссии, включение таких условий о даче согласия на получение рекламы при заключении договора на оказание услуг связи противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

При таких обстоятельствах, Комиссия считает согласие на получение рекламы билетов на концерт группы «Фрукты» не полученным.

Следовательно, в нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», рассматриваемое рекламное сообщение распространено при отсутствии предварительного согласия абонента на получение указанной рекламы.

Согласно п. 4 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 указанного Федерального закона несет рекламораспространитель.

В соответствии с п. 7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В ходе рассмотрения дела № 15279/05-2018 установлено, что отправка СМС-сообщения: «*Концерт группы «Фрукты». Вы слышали их в «Вечернем Урганте» и знаете их как крутой кавер коллектив. Настало время прийти на концерт группы! 17 ноября 2018 г., клуб «Космонавт». Покупайте билеты уже сейчас от 800 руб. http://r.mts.ru/frukty1s (16+) ООО "Культурная Служба", ОГРН 1107746065426, г. Москва, Таганская, 26-1. (Отправлено МТС).*» 03.10.2018 в 12 час. 16 мин. (время московское) на номер мобильного телефона +7-981-834-<…> осуществлена ПАО «МТС» в соответствии с договором № D130524209 от 14.02.2014 (заключенным между ООО «СТРИМ» и ПАО «МТС») и клиентским договором № 00935 от 16.04.2018 (заключенным между ООО «СТРИМ» и ООО «Культурная служба»).

Федеральным законом от 21.07.2014 № 272-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О связи» в ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» введено понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается 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.

Поскольку Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-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.

При этом, понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые 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 (то есть, например, с использованием «коротких» или «буквенных» номеров), и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-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 разъяснениями ФАС России от 05.12.2014 № АК/49919/14 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.

В случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с «коротких» и «буквенных» номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламораспространителем.

Идентификатор «Ponominalu» не соответствует российской системе и плану нумерации. ПАО «МТС», являясь оператором связи абонента, которому предназначена рассылка, также является рекламораспространителем.

Таким образом, рекламораспространителем в данном случае является ПАО «МТС».

Согласно ч.ч. 1, 3 ст. 36 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный орган в пределах своих полномочий возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, принимает по результатам рассмотрения таких дел решения и выдает предписания, предусмотренные настоящим Федеральным законом. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдается на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей и должно содержать указание о прекращении ее распространения.

По мнению Комиссии, необходимость в выдаче предписания в данном случае отсутствует, поскольку, исходя из содержания рассматриваемого СМС-сообщения, распространяемая реклама была актуальна только до 17.11.2018, распространение рекламы прекращено.

Нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях (ч. 4 ст. 38 Федерального закона «О рекламе»).

Административная ответственность за рассматриваемое нарушение Федерального закона «О рекламе» предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу: «*Концерт группы «Фрукты». Вы слышали их в «Вечернем Урганте» и знаете их как крутой кавер коллектив. Настало время прийти на концерт группы! 17 ноября 2018 г., клуб «Космонавт». Покупайте билеты уже сейчас от 800 руб.*

http://r.mts.ru/frukty1s (16+) ООО "Культурная Служба", ОГРН 1107746065426, г. Москва, Таганская, 26-1. (Отправлено МТС).», распространенную 03.10.2018 в 12 час. 16 мин. (время московское) на номер мобильного телефона +7-981-834-<…> по сетям подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента телефона +7-981-834-<…>, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии **И.И.** <…>

Члены Комиссии **Г.И.** <…>

Н.В. <…>