**Решение по делу №016/05/18-1351/2023**

Комиссия Татарстанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: <…> –(должностное лицо);

Члены Комиссии <…> –(должностное лицо);

<…> –(должностное лицо);

рассмотрев дело №016/05/18-1351/2023 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы по сетям электросвязи с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006г №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление, Татарстанское УФАС России) на рассмотрение поступило обращение от <…>) (вх. № 7588/ж от 25.07.2023) о распространении рекламных сообщений <…> на мобильный номер заявителя (<…>)) с буквенного номера «<…>)», без предварительного его согласия.

<…>)

Факт поступления, смс-сообщения <…>) подтверждается скриншотом.

Номер телефона <…>) принадлежит сотовому оператору
ПАО «Вымпелком».

Управлением был отправлен запрос в ПАО «Вымпелком», для установления владельца номера, с которого было направлено сообщение рекламного характера.

Согласно информации представленной ПАО «Вымпелком» (вх.8570 от 18.08.2023), распространение мобильной рекламы осуществлено ПАО «ВымпелКом» на основании договора оказания услуг связи Билайн № 816380983 от 30.09.2021 г., заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «КОСМОС ЛИДС» (ИНН: 3257078389, ОГРН: 1213200001035, юридический адрес: 241004, Россия, Брянская область, город Брянск, Московский проспект, д. 103, офис 4).

По условиям договора и дополнительного соглашения ООО «КОСМОС ЛИДС» самостоятельно определяет содержание сообщений и соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации (п. 5.2 ДС 4).

Таким образом, по условиям договора и Дополнительного соглашения № 4, рассылка коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера Пользователей осуществляется с применением правил таргетирования списка Пользователей, то есть Пользователь - физическое лицо, заключившее с Билайн договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер и который содержит согласие Абонента на получение рекламы.

Кроме того, ПАО «Вымпелком» сообщило, что абонентский номер <…> выделен <…> на основании договора об оказании услуг связи Билайн № 72984129 от 30.06.2003 г. и пояснило о наличии согласия абонента на распространение ему рекламной информации со ссылкой на положения пункта 8.13 Условий оказания услуг связи ПАО «ВымпелКом», согласно которому, заключая договор об оказании услуг связи «Билайн», абонент может согласовать существенные для себя условия, в частности, выразить согласие на получение рекламы либо отказаться от получения рекламы.

Однако, Общество не представило копию договора об оказании услуг связи Билайн № 72984129 от 30.06.2003 г. в целях подтверждения своей позиции.

Таким образом, документы, подтверждающие в рассматриваемом случае наличие согласия со стороны заявителя на получение спорной рекламы рекламораспространителем не представлены.

Вышеуказанные действия содержат признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

Согласно части 1 статьи 18 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.

В пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы — это 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.

При обращении в Татарстанское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы. Документарно подтвержденных доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Таким образом, в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством смс-сообщений.

Вместе с тем, нарушение законодательства о рекламе может быть устранено любым лицом, которое может прекратить распространение рекламы. В данном случае таким лицом, причастным к распространяю рассматриваемой рекламы, является ПАО «Вымпелком».

Рассмотрев имеющиеся материалы дела, с учётом доводов лиц, участвующих в рассмотрении дела, Комиссия Татарстанского УФАС России установила следующее.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – 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 поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством смс-сообщения на мобильный телефон <…>, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- информация распространена в форме смс-сообщения по сети электросвязи, а именно посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам;

- объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подп. 2-3 ст. 3 Закона о рекламе).

Объектом рекламирования в рассматриваемом случае выступает ООО «УК НКС».

- информация была адресована неопределённому кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная в телефонных разговорах заявителям, не обращена к конкретному потребителю, из текста бесед не следует, что они были адресованы каким-либо определённым лицам.

Сведения не носят персонализированного характера, представляют интерес для неопределенного круга лиц.

Доведенная до сведения заявителя информация не относится к категории той информации, на которую Закон о рекламе не распространяет своё действия в соответствии с ч. 2 ст. 3 Закона о рекламе. В частности, она не является справочно-информационным и аналитическим материалом (обзором внутреннего и внешнего рынков, результатом научных исследований и испытаний), не имеющим в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой.

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 (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

Целями Закона о рекламе являются, в том числе реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (ст. 1 Закона о рекламе).

Абонент согласно п. 1 ст. 2 Закона о связи - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, абонент выступает «пассивной» стороной отношений по передаче информации, он выступает получателем сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. Законом о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

При этом законодатель закрепил обязанность рекламораспространителя немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе).

В соответствии с постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – постановление Пленума ВАС РФ) согласие абонента может быть выражено в любой форме, однако такая форма согласия должна быть достаточной для идентификации такого согласия и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (см. абзац четвертый п. 15 постановления Пленума ВАС РФ).

В постановлении Пленуме ВАС РФ указано, что согласие абонента 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 постановления Пленума ВАС РФ позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, 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 ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Документы, подтверждающие в рассматриваемом случае наличие согласия со стороны заявителя на получение спорной рекламы рекламораспространителем не представлены.

Кроме того, согласно части 2 статьи 28 Закона «О рекламе», реклама основанных на риске игр, пари допускается только:

1) в теле- и радиопрограммах с 22 до 7 часов местного времени, за исключением случаев, предусмотренных подпунктом "в" пункта 1, подпунктами "б" и "в" пункта 3 части 2.2 настоящей статьи;

(в ред. Федеральных законов от 28.03.2017 N 44-ФЗ, от 28.06.2022 N 232-ФЗ)

2) в зданиях, строениях, сооружениях, в которых проводятся такие игры, пари, за исключением объектов транспортной инфраструктуры (вокзалов, аэропортов, станций метрополитена и других подобных объектов);

3) в периодических печатных изданиях, на обложках и в выходных данных которых содержится информация о специализации указанных изданий на сообщениях и материалах рекламного характера, а также в периодических печатных изданиях, предназначенных для работников организатора азартных игр и (или) участников таких игр, находящихся в границах игорных зон, созданных в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2006 года N 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и

проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации».

Таким образом, распространение рекламы основанных на риске игр не допускается по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, в данном случае посредством смс-сообщения.

Согласно части 7 статьи 38 Закона «О рекламе» ответственность за нарушения части 1 статьи 18, части 2 статьи 27 несёт рекламораспространитель.

На основании изложенного следует, что рекламораспространителем является– ПАО «Вымпелком». Ответственность за проверку наличия согласия абонента на получение смс-рассылки в данной ситуации возлагалась на рекламораспространителя.

Из текста рекламы, ООО «УК НКС» рекламирует свои услуги, из этого следует, что ООО «УК НКС» является рекламодателем.

Кроме того, необходимо сообщить, что в отношении ПАО «Вымпелком» Управлением рассматривалось дело №016/05/18-497/2021 по результатам которого было вынесено решение и обязательное к исполнению предписание о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

Согласно ответу ПАО «Вымпелком» (вх.№8081 от 15.60.2021), Общество установило запрет на получение рекламной информации на абонентский номер Заявителя. Однако, учитывая вышеизложенное предписание Татарстанского УФАС России Обществом не исполнено до настоящего времени.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ПАО «Вымпелком» при помощи рекламных сообщений <…> на мобильный номер заявителя (<…>) с буквенного номера «<…>», поскольку в ней нарушены требования ч. 1 статьи 18, части 2 статьи 27 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ПАО «Вымпелком» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Татарстанского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 08 ноября 2023 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <…>

Члены Комиссии <…>

<…>