

Комиссия Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

*** – заместитель руководителя Карельского УФАС России, председатель Комиссии;

***, – начальник отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

*** – главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

рассмотрев дело №03-02/07-2018, возбужденное в отношении ПАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, ОГРН 771301001; юр. адрес: ул. Восьмое марта, д.10, стр. 14, г. Москва, 127083) и <> по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), в присутствии представителя ПАО «ВымпелКом» <> (доверенность от 09.04.2018 №3-18-209), в отсутствие <> и заявителя,

УСТАНОВИЛА:

Карельское УФАС России принято к рассмотрению заявление <> от 18.12.2017, поступившее по электронной почте из ФАС России (вх. от 18.12.2017 №5825), о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщения на мобильный номер абонента заявителя (<>).

Согласно скриншоту, приложенному к заявлению, SMS-сообщение поступило 14.12.2017 в 12:24 от абонента с номером телефона <> с текстом: «Автомойка в аренду СЗАО 1-я линия 3 поста 100.000 руб/ мес. <>».

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламодателям и рекламораспространителям вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы им не давалось.

В ходе рассмотрения заявления установлено, что телефонный номер <>, выделенный Заявителю, относится к номерной емкости оператора связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» (договор от 19.04.2016 №582068702 о предоставлении услуг связи Билайн, далее – ПАО «ВымпелКом»).

По информации, предоставленной оператором связи ПАО «ВымпелКом» с

письмом от 15.01.2018 (вх. от 15.01.2018 №126), оборудованием ПАО «ВымпелКом» зафиксировано 14.12.2017 поступление на абонентский номер <> SMS-сообщения от отправителя <>, который в свою очередь выделен <> по договору от 14.12.2017 №F-49-F49001-у-н-3028, заключенному с ПАО «ВымпелКом».

Карельское УФАС России письмом от 17.01.2018 №03-01/187/121 запросило у <> необходимые для рассмотрения заявления копии документов и письменную информацию. Запрос направлен по адресу, указанному в договоре, заключенному между <> и ПАО «ВымпелКом».

По состоянию на 14.02.2018 указанное почтовое отправление в Карельское УФАС России не вернулось. В сервисе «Отслеживание почтовых отправлений» официального Интернет-сайта ФГУП «Почта России» по данному почтовому отправлению по состоянию на 10.02.2018 отмечено об отсутствии адресата и направлении корреспонденции отправителю.

Позже 16.02.2018 конверт с указанной корреспонденцией вернулся с отметкой об отсутствии адресата.

Необходимо отметить, что сотрудником Карельского УФАС России были сделаны звонки на номер телефона отправителя SMS-сообщения <> и номер телефона, указанный в самом рекламном сообщении, и получено сообщение о временном отключении указанных номеров телефонов.

Следует также отметить, что ПАО «ВымпелКом», отвечая на дополнительный запрос Карельского УФАС России от 18.01.2018 №03-01/187/199, в письме от 31.01.2018 (вх. от 01.02.2018 №424) сообщило, что номер телефона, указанный в SMS-рекламе (+79067315453), выделен ООО «Агентство связи» (ИНН 7703604270, юр. адрес: ш. Звенигородское, д.3, офис 145, г. Москва).

Согласно выписке из ЕГРЮЛ учредителем ООО «Агентство связи» является <>, основной вид деятельности Общества – деятельность в области связи на базе проводных технологий. <> зарегистрирован также в качестве индивидуального предпринимателя (ИНН 770365099200, ОГРНИП 309774625300737), основным видом деятельности которого является аренда и управление собственным или арендованным недвижимым имуществом.

С учетом изложенного, рассматриваемое SMS-сообщение могло быть отправлено в интересах индивидуального предпринимателя <> или ООО «Агентство связи».

Управление запросило у ООО «Агентство связи» необходимые документы и сведения, направив по юридическому адресу общества письмо от 02.02.2018 №03-01/87/376. Согласно отчету, об отслеживании данного отправления, размещенному на официальном Интернет-сайте ФГУП «Почта России», 13.02.2018 письмо получено адресатом. Однако, на момент возбуждения настоящего дела ответ от ООО «Агентство связи» в адрес Карельского

УФАС России не поступил. При этом в рассматриваемом случае ООО «Агентство связи» или <> будут в любом случае выступать в роли рекламодателя.

При этом поскольку в действиях ПАО «ВымпелКом» и <> по распространению рассматриваемой SMS-рекламы усматривались признаки нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» определением от 16.02.2018 «О возбуждении дела №03-02/07-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, были привлечены ПАО «ВымпелКом» и <>, рассмотрение дела назначено на 11 часов 00 минут 15.03.2018.

Необходимо отметить, что в ходе рассмотрения настоящего дела в адрес Управления поступило письмо ООО «Агентство связи» от 16.02.2018 (вх. от 27.02.2018 №941), из которого следовало, что общество является оператором связи и распространяет телефонные номера через свою дилерскую сеть в Московском регионе. Телефонный номер <> (указанный в SMS-рекламе) был реализован в январе 2017 года <>, зарегистрированного в г. Москве.

Таким образом, рассматриваемое SMS-сообщение рекламного характера могло быть отправлено в интересах <> в связи с чем в его адрес был направлен соответствующий запрос. Однако на момент рассмотрения дела 15.03. 2018 ответ в адрес Управления не поступил.

ПАО «ВымпелКом» в письме от 12.03.2018 (вх. №1189) сообщило, что общество является исключительно оператором связи, обеспечивающим возможность приема и передачи голосовой и не голосовой информации между абонентами, а именно осуществляет деятельность по приему, обработке, передаче и доставке сообщений электросвязи по сетям электросвязи. При этом прием, обработка, передача и доставка сообщений, в том числе текстовых - это технические действия сертифицированного оборудования Оператора связи по преобразованию текста, состоящего из алфавитно-цифровых символов в сигнал (в определенной кодировке), передачу по сети электросвязи и обратного преобразования в алфавитно-цифровые символы переданного закодированного сигнала электросвязи в исходный текст.

Так, из пояснений ПАО «ВымпелКом» следует, что оператор связи выполняет техническую функцию передачи сообщения (закрытого пакета информации), а не информации определенного содержания, за содержание передаваемой и (или) принимаемой абонентами по сети подвижной связи голосовой и (или) неголосовой информации ПАО «ВымпелКом», как Оператор связи, ответственности не несёт. При этом ПАО «ВымпелКом» утверждает, что не имеет возможности вмешиваться в процесс передачи по сетям электросвязи сообщений, передаваемых с одного абонентского номера телефона на другой, не имеет возможности видеть и не видит тексты отправляемых абонентам SMS - сообщений, передает их в неизменном виде,

в силу технических возможностей не может в процессе их передачи проверить наличие согласия абонентов на получение каждым из них конкретного сообщения, чтобы прекратить распространение SMS-сообщений рекламного содержания, направленных абонентам/получателям при отсутствии их предварительного согласия.

При этом ПАО «ВымпелКом» с указанным письмом вновь предоставило детализацию услуг связи по номеру <>, выделенному <>, которая подтверждает факт направления исходящего SMS -сообщения 14.12.2017 12:24:19, а также скриншот окон программы «BAN-Profile», в одном из которых содержится информация «Блок за Спам рассылку (ДУФигД)», относящаяся к SMS-рассылке с номера телефона <> от 14.12.2017.

В связи с вышеизложенным и с необходимостью получения дополнительных сведений и пояснений определением от 15.03.2018 «Об отложении и продлении срока рассмотрения дела №03-02/07-2018» рассмотрение дела было отложено и назначено на 11 часов 00 минут 03.05.2018.

Во исполнение определения ПАО «ВымпелКом» в письме от 11.04.2018 (вх. от 11.04.2018 №1736), ссылаясь на статьи 53,63 Федерального закона РФ от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи», на Определение Конституционного суда РФ от 02.10.2003 №345-О сообщило о невозможности предоставления детализации услуг связи по телефону <> с указанием иных абонентов, которые получили аналогичную рассматриваемой SMS-рекламу.

При этом из пояснений ПАО «ВымпелКом» и ранее предоставленных документов следует, что номер телефона +79096413567, выделенный <> 14.02.2018 был автоматически заблокирован системой оператора связи, поскольку интенсивность рассылки SMS-сообщений составила около 17 сообщений в 1 минуту и перебор номеров предполагал, что работает автомат. Данные действия ПАО «ВымпелКом» соответствовали условиям договора от 14.12.2017 №F-49-F49001-у-н-3028, заключенного между <> и ПАО «ВымпелКом».

Кроме того, по информации ПАО «ВымпелКом» данный номер после его блокировки абонентом больше не использовался.

Исследовав и оценив все имеющиеся в деле документы и проанализировав нормативные документы, комиссия Карельского УФАС России приходит к следующему.

В силу статьи 1 ФЗ «О рекламе» целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение

нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» реклама - 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; объект рекламирования - 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 - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно разъяснениям ФАС России от 05.04.2007 №АЦ/4624 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.

В соответствии с пунктом 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым ФЗ «О рекламе».

Информация, распространенная на выделенный заявителю телефонный номер <>, полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», так как распространяется посредством подвижной радиотелефонной связи, адресована неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицирована и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае является Автомойка, предлагаемая к аренде.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламодателей.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал, что 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Ввиду того, что ФЗ «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем 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.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю, быть выражено явно.

Согласно пункту 22.1 статьи 2 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - это 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.

Рассылкой является отправка разным адресатам сообщения одинакового содержания (реклама, газета, приглашение).

Рассылкой по сети подвижной радиотелефонной связи является массовая отправка одинаковых коротких текстовых сообщений (SMS) с целью распространения какой-либо информации (адресная электронная рассылка по целевой аудитории с целью доведения определенной информации).

Следовательно, к рассылкам по сети подвижной радиотелефонной связи не может быть отнесена передача абонентам индивидуальных сообщений, содержащих цифровые, буквенные или буквенно-цифровые сочетания (коды, пароли), а также иные адресные сообщения, содержащие различную информацию.

Поскольку 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.

Статья 44.1 ФЗ «О связи» устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с «коротких» и «буквенных» номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 ФЗ «О связи».

Согласно части 1 статьи 44.1 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 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).

Выше установлено, что абонентский номер <> выделен ПАО «ВымпелКом» Заявителю на основании договора об оказании услуг связи. Кроме того, абонентский номер телефона <>, с которого поступило рассматриваемое рекламное SMS-сообщение также выделен ПАО «ВымпелКом» физическому лицу (<>) на основании договора об оказании услуг связи.

В материалы расследования доказательств получения предварительного согласия конкретного абонента, а именно <заявителя>, на получение рассматриваемой SMS-рекламы не представлено ни ПАО «ВымпелКом» ни <>. При этом из заявления <> следует, что согласия на получение рассматриваемой рекламы он не давал.

Таким образом, реклама следующего содержания: «Автомойка в аренду СЗАО 1-я линия 3 поста 100.000 руб/ мес. <>», распространено 14.12.2017 в 12:24, посредством SMS-сообщения без предварительного согласия заявителя, а, следовательно, с нарушением требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

При этом доказательств того, что фактическая рассылка сообщений осуществлялась иным способом, а не при помощи оборудования ПАО «ВымпелКом» в материалы расследования не предоставлено.

Вместе с тем в материалы настоящего дела предоставлены документы, свидетельствующие о принятых ПАО «ВымпелКом» мерах по предотвращению дальнейшей SMS-рассылки рекламного характера от абонента <>, даже при отсутствии обращения в адрес общества заявителя и других абонентов, получивших рассматриваемое рекламное SMS-сообщение. Данный факт по мнению комиссии свидетельствует об отсутствии в действиях ПАО «ВымпелКом» нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Помимо вышеизложенного необходимо отметить, что вся корреспонденция, направляемая <> по адресу, указанному в договоре, заключенном с Билайн на предоставление услуг связи, возвращалась в Карельское УФАС России с отметкой «отсутствует адресат».

Кроме того, Карельское УФАС России с целью установления данных об адресе местонахождения, регистрации <> в адрес Управления по вопросам миграции ГУ МВД России по г. Москве (далее - Управление по вопросам миграции) с письмом от 16.02.2018 №03-02/07-2018/525 направило соответствующий запрос.

Однако, в письме от 13.03.2018 №98/10-10846 (вх. от 27.03.2018 №1428) Управление по вопросам миграции сообщило, что <> по г. Москве не значится.

Кроме того, информация, запрошенная у <> с целью установления лица, являющегося рекламораспространителем SMS-рекламы до настоящего времени не предоставлена.

Таким образом, в течении сроков, определенных пунктом 27 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам

нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 №508 (далее – Правила). Комиссии не удалось достоверно установить лиц, выступивших в данном случае в качестве рекламодателя и рекламораспространителя рассматриваемой в деле рекламы. На основании подпункта «е» пункта 36 Правил производство по делу может быть прекращено в установленных нормой случаях, в том числе в случае невозможности установления лица, нарушившего законодательство Российской Федерации о рекламе, в течение сроков, определенных пунктом 27 настоящих Правил.

Вместе с тем комиссия приходит к выводу, что имеющейся в материалах дела информации на момент истечения 3-месячного срока, установленного на рассмотрение дела о нарушении рекламного законодательства, достаточно для вынесения решения о соответствии/несоответствии рассматриваемой рекламы требованиям Закона о рекламе и на основании пункта 37 Правил приходит к выводу о возможности принятия по результатам рассмотрения данного дела решения.

В ходе рассмотрения дела подтвердилось устранение нарушения, как отмечено выше номер абонента, с которого была осуществлена SMS-рассылка рассматриваемой рекламы был заблокирован. В связи с чем, комиссия Карельского УФАС России не усматривает оснований для выдачи предписания об устранении выявленного нарушения.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил, комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Автомойка в аренду СЗАО 1-я линия 3 поста 100.000 руб/ мес. <>», распространенную 14.12.2017 в 12:24, посредством SMS-сообщения без предварительного согласия заявителя, как нарушающую требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Дело в отношении ПАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, ОГРН 771301001) прекратить, в связи отсутствием в их действиях нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. В связи с не установлением в ходе рассмотрения дела лица, нарушившего законодательство Российской Федерации о рекламе материалы дела для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях уполномоченному должностному лицу

Карельского УФАС России не передавать.

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.