

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;

<...>– ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии,

рассмотрев дело №03-02/17-2018, возбужденное в отношении <...> (<...>); ООО «Торгальянс» (ОГРН 1117746745104, ИНН 7705962867, ул. Люсиновская, д. 13/14, стр. 2, г. Москва, 115093); ПАО «Вымпел-коммуникации» (ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301 ул. Восьмого марта, дом 10, строение 14, г. Москва, 127083), ООО «МК» (ИНН 7814659165; ОГРН 1167847306220, юридический адрес: Липовая аллея, д.9, литер А, помещение 12Н, г. Санкт-Петербург, 197183) по факту распространения 14.12.2017 в 10:57 смс-сообщений на телефонный номер <...>+<...> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «ТО за 2990! Всё включено: работа+запчасти. АвтоСТОлица <...>» с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О Рекламе»), в присутствии представителя по доверенности ПАО «Вымпел-коммуникации», в отсутствие надлежащим образом уведомленного о дате времени и месте рассмотрения дела заявителя, <...>представителей ООО «Торгальянс», ООО «МК»,

#### **УСТАНОВИЛА:**

В адрес Карельского УФАС России поступило заявление <...> (вх. от 24.01.2018 №301) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщения на мобильный номер заявителя (<...>).

Согласно скриншоту, приложенному к заявлению, SMS-сообщение поступило от абонента с номером телефона <...>23.01.2018 в 19:29 с текстом: «ТО за 2990! Всё включено: работа+запчасти. АвтоСТОлица 8<...>».

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламодателю и рекламораспространителю вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы он не давал.

Определением от 23.03.2018 «О возбуждении рассмотрения дела №03-02/17-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее – определение) рассмотрение дела было назначено на 15 часов 00 минут 18.04.2018.

В соответствии с пунктом 4 определения <...> ООО «Торгальянс», ПАО «Вымпел-коммуникации» до 12.04.2018 (включительно) надлежало представить следующие сведения, документы (в надлежаще заверенных копиях):

- согласие (при его наличии) абонента телефонного номера <...> на получение SMS-рассылки;
- пояснения об изготовлении и распространении вышеуказанного SMS-сообщения;
- письменное объяснение о том, каким образом осуществлялась вышеуказанная рассылка и выбор абонентов для SMS-рассылки;
- договоры, заключенные с третьими лицами на распространение вышеуказанной рекламы (SMS-рассылки), с приложением счетов, платежных поручений, актов выполненных работ, либо указание на отсутствие таковых;
- иную имеющуюся информацию и документы, которые могут способствовать принятию всестороннего, полного и объективного решения по данному делу (за исключением ранее представленной).

На дату рассмотрения Комиссией дела №03-02/17-2018 (18.04.2018) истребованные документы не представлены.

В связи с тем, что на момент рассмотрения дела в материалах дела отсутствовали документы о надлежащем уведомлении <...>и ООО «Торгальянс» о дате, времени и месте рассмотрения дела, комиссия Карельского УФАС России решила отложить рассмотрение дела.

Определением от 18.04.2018 «Об отложении рассмотрения дела №03-02/17-2018 и продлении срока рассмотрения» к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, привлечено ООО «МК» (лицо, с которым ООО «Автореспублика» - пользователь телефона, указанного в рекламе, заключило договор на распространение рекламы); рассмотрение дела №03-02/17-2018 назначено на 15 часов 00 минут 30.05.2018.

В соответствии с указанным определением лицам, привлеченным к участию в рассмотрении дела, надлежало предоставить дополнительные пояснения (документы).

Во исполнении определения ООО МК» в письме от 19.04.2018 №1 указало, что номер <...> с которого было направлено рассматриваемое SMS-сообщение, обществу не принадлежит и не используется, общество не осуществляло

рассылку рассматриваемого SMS-сообщения.

Рассмотрение дела состоялось в назначенное время.

Отвечая на вопрос комиссии представитель ПАО «Вымпелком» не смог пояснить из каких документов следует, что абонентом по номеру телефона <...> является <...>

При этом из представленного в материалы дела договора от 14.08.2017 №3G82-3G82001-12180/08, на который ПАО «Вымпелком» ссылалось в своих пояснениях, следует, что он заключен между ООО «Торгальянс» (абонент) и ООО «Топ Связь плюс» (агент ПАО «Вымпелком»).

Кроме того, комиссией установлено, что ООО «Торгальянс» ликвидировано 25.12.2017 (согласно выписки из ЕГРЮЛ).

В связи с необходимостью получения дополнительных сведений Определением от 01.06.2018 «Об отложении рассмотрения дела о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе №03-02/17-2018» настоящее дело отложено и назначено к рассмотрению на 16 часов 00 минут 21.06.2018.

ПАО «ВымпелКом» с письмом от 14.06.2018 представило подтверждающие документы о том, что пользователем услуг телефонной связи по номеру <...> является <...> В свою очередь, общество сообщило, что номер <...> заблокирован оператором связи 23.01.2018 в 20 часов 32 минуты.

Рассмотрение дела состоялось в назначенное время.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

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; рекламораспространитель - 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 <...>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.

Частью 1 статьи 18 Закона предусмотрено, что 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.

Ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламораспространитель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О

рекламе»).

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

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 Закон 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 рекламораспространителя. 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.

Из документов, имеющихся в материалах дела, следует, что телефонный номер <...>, выделенный Заявителю, относится к номерной емкости оператора связи - ПАО «Мобильные ТелеСистемы» (договор от 21.05.2015 об оказании услуг подвижной связи МТС, далее – ПАО «МТС»).

По информации, предоставленной оператором связи ПАО «МТС» с письмом от 14.02.2018 №СЗ 10/00122и (вх. от 14.02.2018 №689), оборудованием ПАО «МТС» зафиксировано 23.01.2018 в 19:29:26 поступление на абонентский номер <...> SMS-сообщения от отправителя <...>, который в свою очередь выделен <...>

Необходимо отметить, что сотрудником Карельского УФАС России были сделаны звонки на номер телефона отправителя SMS-сообщения <...>, однако оператор связи сообщил о временном отключении указанных номеров телефонов. По номеру телефона, указанному в самом рекламном сообщении, ответили и представились «Автостолица».

Следует также отметить, что ООО «Связьсервис», отвечая на запрос Карельского УФАС России от 08.02.2018 №03-01/22/433, в письме от 20.02.2018 №126 (вх. от 02.03.2018 №1040) сообщило, что номер телефона, указанный в SMS-рекламе (8(8142)331833), выделен ООО «Автореспублика» (ИНН 1001311314, юр. адрес: ул. Зайцева, д.63, пом. 2Н, г. Петрозаводск).

Вместе с тем, как отмечено выше в силу положений части 7 статьи 38 и статьи 18 ФЗ «О рекламе» именно рекламораспространитель является лицом ответственным за получение согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи.

Согласно пункту 1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» (далее - 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.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», Закон о рекламе 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 рекламодателя либо рекламораспространителя.

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

При этом частью 2 статьи 44.1 Закона о связи предусмотрено, что 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, 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.

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.

В соответствии с пунктами 1, 2 статьи 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услуг связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи, утверждаемым Правительством Российской Федерации.

Таким образом, на сообщения рекламного характера, рассылка которых осуществляется вне договора на оказание услуг связи, не распространяется режим тайны связи, предусмотренный Конституцией Российской Федерации и статьей 63 Закона о связи.

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

В материалы дела доказательств получения предварительного согласия конкретного абонента, а именно <...>, на получение рассматриваемой SMS-рекламы не представлено ни ПАО «ВымпелКом», ни <...>

ПАО «ВымпелКом» в письме от 14.03.2018 (вх. №1238) сообщило, что общество в рамках договора оказания услуг связи, как Оператор связи, обязан оказывать, в том числе услуги связи по приему, обработке, передаче коротких текстовых сообщений. Однако оказание услуги связи по приему, обработке, передаче коротких текстовых сообщений не означает, что отправителем SMS-сообщения является непосредственно Общество.

Общество не осуществляет проверку содержания передаваемых SMS-сообщений и не может нести ответственность за их содержание, поскольку в силу части 3 статьи 63 Закона о связи не имеет права на ознакомление с

информацией, передаваемой по сетям электросвязи, так как это является нарушением охраняемой Конституцией Российской Федерации тайны связи.

При этом с письмом от 14.03.2018 ПАО «ВымпелКом» представило копию договора об оказании услуг связи «Билайн» от 14.08.2017 №3G82-3G82001-12180/08 заключенного между ООО «Торгальянс» и ООО «ТопСвязь Плюс» (выступающего от лица Оператора - ПАО «ВымпелКом»), договор об оказании услуг связи «Билайн» с<...> не представило.

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».

Таким образом, действия<...> и ООО «Торгальянс», ООО «МК» по распространению 23.01.2018 в 19:29 SMS-рекламы с текстом: «ТО за 2990! Всё включено: работа+запчасти. АвтоСТОлица <...>» совершены с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», то есть вышеуказанная реклама распространена без предварительного согласия абонента.

Кроме того, комиссией установлено, что ООО «Торгальянс» ликвидировано 25.12.2017 (согласно выписки из ЕГРЮЛ).

Следует отметить, что вся корреспонденция, направляемая по делу № 03-02/17-2018 по известному адресу <...>была возвращена с пометкой «истечение срока хранения», в связи с чем пояснения им не предоставлены, факт совершения действий по направлению SMS-сообщений именно им не подтвержден.

Таким образом, в течение 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: «ТО за 2990! Всё включено: работа+запчасти. АвтоСТОлица <...>», распространенную 14.12.2017 в 10:57, 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 1027700166636) и ООО «МК» (ИНН 7814659165; ОГРН 1167847306220) прекратить, в связи отсутствием в их действиях нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Дело в отношении ООО «Торгальянс» (ОГРН 1117746745104, ИНН 7705962867) прекратить в связи с прекращением деятельности.

4. 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.

<...>