

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 20-Р-2017

28 августа 2017 г.

г. Чебоксары

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

Председатель Комиссии:

«...»

Члены Комиссии:

«...»

рассмотрев дело № 20-Р-2017, возбужденное в отношении ПАО "МТС" по признакам нарушения требований, установленных [ч. 1 ст. 18](#) Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), выразившимся в распространении рекламы посредством использования электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии:

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - представителя ПАО "МТС"- «...» (по доверенности от 20.12.2015 № 0308/15),

заинтересованного лица - представителя ПАО "ВымпелКом" – «...» (по доверенности от 12.05.2017 № ЦР - 17-10)

в отсутствии заявителя - гражданина «...» извещенного о месте и времени рассмотрения настоящего дела надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

22.03.2017 (вх. № 04-21/29) в адрес Чувашского УФАС России поступило для рассмотрения заявление гражданина «...» (далее – Заявитель) относительно поступления на номер сотового телефона последнего рекламы с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

Согласно заявлению, на выделенный Заявителю номер мобильного телефона «...» 18.03.2017 в 13:03 поступило нежелательное SMS - сообщение с номера «...».

Из приложенной к жалобе копии скриншота SMS - сообщения, следует следующий текст:

" Такси в Аэропорт 990 р., Вокзал 499 руб. Тел.84956699337".

В ходе рассмотрения заявления установлено.

Под рекламой, определенной частью 1 статьи 3 Закона о рекламе понимается 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.

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. Соответственно, распространение неперсонифицированной информации о товаре, услуге должно признаваться распространением информации среди неопределенного круга лиц.

Кроме того, при установлении критерия неопределенности круга лиц, которому направляется информация, как основание для отнесения такой информации к рекламе, следует исходить из непосредственного содержания этой информации.

В данном случае содержание распространенной информации не свидетельствует о том, что она предназначена конкретному физическому лицу, т.е. данная информация не является персонифицированной.

Объектом рекламирования, по смыслу Закона о рекламе (п.2 ст.3), может выступать 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 рассматриваемом случае объектом рекламирования является предложение:" Такси в Аэропорт 990 р., Вокзал 499 руб ".

На основании изложенного, информация, поступившая на номер сотового телефона Заявителя, определяется как реклама, поскольку обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы, применительно к [пункту 1 статьи 3](#) Закона о рекламе, и, таким образом, на нее распространяются все ограничения Закона о рекламе.

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе которые, согласно ч.1 ст.18 данной статьи определяют, что распространение рекламы посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи допускаются только при условии предварительного согласия абонента или адресата на

получение рекламы.

Как сообщается Заявителем, им такого согласия какому-либо лицу не давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на нарушение [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение требований [ч. 1 ст. 18](#) Закона о рекламе несет рекламодатель (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе). Согласно [ст. 3](#) Закона о рекламе, рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.gossvyaz.ru), номер телефона «...», на который поступило нежелательное сообщение, принадлежит номерной емкости, закрепленной за сотовым оператором связи ПАО "МТС".

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Федерального закона "О связи" 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, по мнению ФАС России (письмо от 05.12.2014 №АК/49919/4 "О применении новых положений Закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок") 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.

Таким образом, в случае осуществления рассылки нежелательных рекламных сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии операторами связи, а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламодателем.

Таким образом, определением от 22.05.2018 Чувашским УФАС России возбуждено дело в отношении ПАО "МТС" по признакам нарушения Закона о рекламе.

В заседании Комиссии 20.06.2017 «ПАО «МТС» представило письменные пояснения, согласно которым указало следующее.

ПАО "МТС" не может нести ответственность за нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), так как не является рекламодателем. Доступ к базам данных и биллинговым системам других операторов связи у ПАО "МТС" отсутствует. Учитывая изложенное, представить сведения, согласно запросу Чувашского УФАС России, о лицах распространявших указанное сообщение у

ПАО "МТС" не представляется возможным.

С требованиями об отмене рассылок рекламного характера, в том числе о прекращении рассылок с номера «...» на номер «...» Заявитель не обращался.

ПАО "МТС" пояснило, что рассматриваемое рекламное смс-сообщение сформировано и направлено абонентом ПАО «ВымпелКом» - владельцем номера телефона «...» (сотовым оператором связи ПАО "ВымпелКом") В рассматриваемом смс-сообщении содержится информация «Такси в Аэропорт 990 р., Вокзал 499 руб. Тел. 84956699337», т.е. объектом рекламирования являются услуги такси, которые к деятельности ПАО «МТС» отношения не имеют.

В связи с указанными обстоятельствами, Комиссией, в рамках рассмотрения дела, определено привлечь к участию в деле в качестве заинтересованного лица ПАО "ВымпелКом".

В заседании Комиссии 20.06.2017 ПАО "ВымпелКом" представило информацию, согласно которой номер сотовой связи 962 972 95 84 принадлежит физическому лицу «...», в соответствии с договором, заключенным между ПАО "ВымпелКом" и гр. «...» от 20.06.2016 № 866-866001-от-2113.

Согласно данных автоматизированной системы общества отправка смс-сообщения 18.03.2017 в 13:03 на номер «...» было осуществлена с абонентского номера «...» в сети подвижной связи через мобильное устройство.

Оператор связи не является и не может быть распространителем информации или сведений, содержащихся в сообщении, поскольку выполняет техническую функцию передачи сообщения (закрытого пакета информации), а не информации определенного содержания. Общество не имеет возможности вмешиваться в процесс передачи по сетям электросвязи сообщений, передаваемых с одного номера на другой, в силу охраняемой законом тайны связи (п. 1 ст. 63 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи», п. 4 Правил оказания услуг телефонной связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 г. № 1342).

Между ПАО «ВымпелКом» и «...», с абонентского номера которого было направлено смс-сообщение рекламного характера, заключен не договор о рассылке, как это предусматривает ст.44.1 ФЗ «О связи», а абонентский договор по Правилам оказания телефонных услуг связи.

Таким образом, сообщение, инициированное абонентом «...» по содержанию является рекламным, но не обладает признаками рассылки в соответствии со ст.44.1 Закона «О связи».

Абонент «...», используя абонентский номер для проведения рекламы, нарушил условия абонентского договора. Общество, как оператор связи, при выявлении нарушения «...» пункта 4.1. абонентского договора, приняло необходимые меры, которые соответствуют требованиям действующего законодательства.

ПАО «ВымпелКом» пояснило, что поскольку абонент «...» использовала

абонентский номер «...» для распространения рекламы, ПАО «ВымпелКом» было направлено письмо «...» о недопустимости совершения действий, нарушающих условия договора об оказании услуг связи и о необходимости представления согласия абонента номер «...» на получение рекламного смс-сообщения 18.03.2017 в 13 часов 03 минуты.

Дополнительно, 18.07.2017 абоненту «...» было направлено смс-сообщение со следующим текстом: «Уважаемый абонент. Просим до 19.07.2017г. предоставить в любой офис продаж «Билайн» согласие абонента номер «...» на получение рекламного смс-сообщения 18.03.2017 в 13:03. В случае непредставления, Ваш номер будет заблокирован (пп.4.п.4.1. договора). Билайн».

По состоянию на 25.07.2017 согласие абонента номер +«...» на получение рекламного смс-сообщения 18.03.2017 в 13 часов 03 минуты «...» не представлено.

Учитывая, что абонентом «...» были нарушены условия абонентского договора (пп.4 п.4.1. договора), а именно, абонент использовал телефонный номер для рекламы, оказание услуг связи по абонентскому номеру «...», выделенному «...» в настоящее время приостановлены.

Из пояснений ПАО «МТС» следует, что в соответствии с нормами действующего законодательства о связи, устанавливающими обязанности оператора связи по отношению к своим абонентам и другим субъектам правоотношений, при осуществлении им своей профессиональной деятельности, ПАО «МТС» обязано обеспечивать всем своим абонентам возможность передавать и (или) принимать голосовую и (или) не голосовую информацию, предоставлять абонентам доступ к услугам связи, оказываемым другим оператором связи, иными словами, обязано передавать по своей сети подвижной связи любые звонки и смс-сообщения безотносительно того, кто их совершает и каким содержанием они наполнены.

ПАО «МТС» обязано обеспечить пропуск любого трафика, поступающего на сеть электросвязи до пользовательского (оконечного) оборудования вне зависимости от его содержания.

Несоблюдение данных обязательств является нарушением лицензионных условий осуществления оператором своей профессиональной деятельности и влечет для Оператора связи наступление таких неблагоприятных последствий, как привлечение к административной и гражданско-правовой ответственности и приостановление действия лицензии.

С учетом вышеизложенного, оператор связи может признаваться рекламодателем и нести ответственность в соответствии с действующим законодательством за распространение рекламы посредством смс-рассылки без получения согласия абонента только в том случае, если он является инициатором данной рассылки.

Доставив своему абоненту (заявителю) смс-сообщение, переданное абонентом ПАО «ВымпелКом» в сеть электросвязи ПАО «МТС», последнее тем самым выполнило предусмотренную законодательством о связи и договором о присоединении обязанность по доставке любого смс-сообщения, направляемого в сеть электросвязи для абонентов своей сети.

Оператор связи не вправе контролировать содержание СМС-рассылок, инициированных третьими лицами на предмет того, содержат ли данные СМС-сообщения информацию, не соответствующую требованиям закона, как то: ненадлежащую рекламу определенных товаров и услуг, или другую информацию, которую законодатель квалифицирует как незаконную. Для Оператора связи существует обязанность по доставке любого сообщения электросвязи безотносительно к его содержанию

Кроме того, смс-сообщение, переданное в сеть электросвязи ПАО «МТС» для заявителя, не содержало признаков рассылки, предусмотренных ст. 2 ФЗ «О связи», согласно которой «рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи – 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 или плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи».

Полученное заявителем жалобы смс-сообщение не подпадает под вышеуказанное определение рассылки. В первую очередь, в рассматриваемой ситуации отсутствует такой критерий рассылки как несоответствие номера отправителя российской системе нумерации. Данное смс-сообщение было передано в сеть электросвязи ПАО «МТС» с использованием нумерации, соответствующей российской системе или плану нумерации, (а именно, с номера +«...»), а возможность определить, что в данном случае передача заявителю смс-сообщения была автоматической, для ПАО «МТС» отсутствовала.

Признаков или определения автоматической рассылки абонентам коротких текстовых сообщений в законодательстве не предусмотрено в принципе, каждый оператор устанавливает их самостоятельно, исходя из своих технических возможностей в целях борьбы с незаконным трафиком.

У ПАО «МТС» не было оснований считать, что полученное заявителем смс-сообщение являлось массовой рассылкой с точки зрения ФЗ «О связи». Таким образом, полученное заявителем смс-сообщение было индивидуальным.

Иными словами, данное смс-сообщение поступило в сеть ПАО «МТС» в качестве абонентской переписки от сети оператора связи ПАО «ВымпелКом» с номера, соответствующего российской системе и плану нумерации, без признаков автоматической передачи.

ПАО «МТС» проинформировало, что со своей стороны, как оператор связи предпринимает всевозможные меры для предотвращения незаконных рассылок, в том числе рекламного характера.

Так, в ПАО «МТС» реализована специализированная SMS Anti-Fraud платформа, которая обеспечивает мониторинг и фильтрацию смс-трафика рекламного и мошеннического характера от абонентов и смс-центра других мобильных сетей связи на абонентов домашней сети ПАО «МТС» для реализации контроля за межоператорским и межрегиональным смс-трафиком.

Кроме того, ПАО «МТС» реализован сервис 6333 для обращения абонентов с жалобой на нежелательные сообщения с указанием номера, с которого пришла рассылка. По результатам аналитики присланных абонентами спам-обращений и жалоб на них, ПАО «МТС» вводятся дополнительные правила блокировки поступающих смс-сообщений.

Соответственно, рекламное смс-сообщение, поступившее для заявителя в сеть ПАО «МТС» от абонента ПАО «ВымпелКом», не было заблокировано ПАО «МТС», поскольку вышеуказанная платформа расценила его как абонентскую переписку в результате анализа его параметров: сообщение было направлено заявителю с одиннадцатизначного номера, со скоростью абонентской переписки, количество сообщений с одинаковым набором символов, направленных от номера отправителя, не превысило установленный лимит.

Учитывая вышеизложенное, предоставить согласие на получение заявителем рекламы услуг такси или доказательства наличия такого согласия может только непосредственно заказчик такой рекламной рассылки либо оператор связи, с сети которого пришло данное смс.

Определением об отложении рассмотрения дела от 21.06.2017 (исх.№ 04-10/4515) «...», определенной в рамках рассмотрения дела в качестве заинтересованного лица, установлено представить в Комиссию письменные объяснения по поводу рассылки вышеназванного sms-сообщения, в том числе сведения о процедуре получения предварительного согласия Заявителя на получение вышеуказанной рекламы (представить доказательства, подтверждающие предварительное согласие).

Однако, данное лицо не получает надлежащим образом направленную информацию Чувашского УФАС России по адресу регистрации, указанному при заключении договора связи с ПАО "ВымпелКом", согласно почтовому идентификатору "ожидает адресата в месте вручения". Рассмотрев представленные материалы, заслушав доводы и возражения лиц, участвующих в деле, Комиссия приходит к следующим выводам.

Смс-сообщение, переданное в сеть электросвязи ПАО «МТС» для заявителя, не содержало признаков рассылки, предусмотренных ст. 2 ФЗ «О связи», согласно которой «рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - 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 или плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи».

Полученное Заявителем смс-сообщение не подпадает под вышеуказанное определение рассылки.

В первую очередь, в рассматриваемой ситуации отсутствует такой критерий рассылки как несоответствие номера отправителя российской системе нумерации. Данное смс-сообщение было передано в сеть электросвязи ПАО «МТС» с использованием нумерации, соответствующей российской системе или плану нумерации.

Возможность определить, что в данном

случае передача Заявителю смс - сообщения была автоматической, для ПАО «МТС» отсутствовала.

Признаков или определения автоматической рассылки абонентам коротких текстовых сообщений в законодательстве не предусмотрено в принципе, каждый оператор устанавливает их самостоятельно, исходя из своих технических возможностей в целях борьбы с незаконным трафиком, что подтверждается также письмом Минкомсвязи РФ от 10.09.2015 г. №ДА-П 12-16525, согласно которому «критерии «автоматической передачи» сообщений законодательством не определены, и данный вопрос должен решаться участниками отношений по осуществлению рассылок самостоятельно с учетом возможностей существующих на рынке технических средств выявления «рассылок».

Кроме того, из письма Минкомсвязи РФ - от 29 сентября 2014 г. № ДА-П12- 17623 следует, что "с точки зрения лексического толкования автоматической рассылкой является отправка разным адресатам сообщения одинакового содержания (реклама, газета, приглашение). Принимая это во внимание, 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). Таким образом, 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."

Учитывая, что номер телефона «...» зарегистрирован в сети оператора связи ПАО "ВымпелКом", то у оператора связи ПАО «МТС» отсутствовала возможность в определении массовой отправки смс - сообщения с номера телефона «...»

Формирование и отправка SMS-сообщений осуществлялась Заказчиком (в данном случае физическим лицом – «...») самостоятельно, без согласования с Исполнителем (сотовым оператор связи) содержания сообщений и адресной базы для их отправки.

При этом Исполнитель не имел технической возможности формировать и дополнять тексты Заказчика и адресную базу для рассылки, так как распространение SMS-сообщений происходит в автоматическом режиме без вмешательства со стороны Исполнителя.

При осуществлении смс-рассылки по инициативе Заказчика рассылки (физического лица), оператор связи не определяет содержание смс-сообщений и их получателей.

В связи с вышеизложенными разъяснениями и нормативными документами, в рассматриваемой случае, со стороны ПАО «МТС» отсутствовали основания считать, что направленное Заявителю смс-сообщение являлось массовой рассылкой.

В данном случае рассматриваемое смс - сообщение осуществлено по инициативе заказчика рассылки - гражданки Разыковой А.И. , т.е. от одного физического лица к другому физическому лицу по сети связи на основании договора о связи.

Поскольку ст.18 Закона о рекламе регламентирует отношения по распространению рекламы по сетям

электросвязи, то наряду с нормами законодательства о рекламе необходимо учитывать положения законодательства о связи, регламентирующего непосредственно отношения, связанные с оказанием услуг электросвязи на территории Российской Федерации.

В соответствии с нормами действующего законодательства о связи, устанавливающими обязанности оператора связи по отношению к своим абонентам и другим субъектам правоотношений при осуществлении им своей профессиональной деятельности, ПАО «МТС» обязано передавать по своей сети подвижной связи любые звонки и смс-сообщения безотносительно того, кто их совершает и каким содержанием они наполнены. ПАО «МТС» обязано обеспечить пропуск любого трафика, поступающего на сеть электросвязи до пользовательского (оконечного) оборудования вне зависимости от его содержания.

В случае осуществления рекламных рассылок по сетям электросвязи, необходимо рассматривать положения ст. 44.1 ФЗ «О связи» в качестве норм развивающих и уточняющих правоприменение общих положений ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Так, если согласно ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе обязанность получения и доказывания факта получения согласия абонента на получение рекламы возлагается на рекламодателя, при этом не указывается, какой субъект, при каких условиях будет признаваться рекламодателем, то ч. 1 ст. 44.1 ФЗ «О связи» уточняет и разграничивает обязанность по доказыванию наличия согласия в зависимости от того по чьей инициативе осуществляется рассылка.

Рекламодателем, ответственным за получение предварительного согласия абонента, является заказчик рассылки.

В данном случае ПАО «МТС» не может нести ответственность за нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, так как не является рекламодателем.

На основании изложенного, Комиссия установила и материалами дела подтверждается, что, в данном случае, рассматриваемое смс - сообщение не осуществлено по инициативе сотового оператора связи ПАО "МТС".

В связи с чем ПАО "МТС" не может нести ответственность за нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, так как не является рекламодателем.

Таким образом, в связи с тем, что оснований для признания ПАО "МТС" нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе не имеется, Комиссия приходит к следующему.

ПАО "МТС" является ненадлежащим лицом в части рассмотрения настоящего дела, возбужденного в отношении последнего по признакам нарушения Закона о рекламе.

Рассмотрение антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения Закона о рекламе, осуществляется, в том числе, в порядке установленном Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел,

возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. N 508 (далее - Правила).

Согласно пункту 36 Правил производство по делу может быть прекращено в случае не подтверждения в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения Закона о рекламе.

Руководствуясь подпунктом "а" пункта 36 Правил, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Признать ПАО "МТС" ненадлежащим лицом в части рассмотрения настоящего дела по признакам нарушения Закона о рекламе, в связи с чем прекратить производство по делу № 20-Р-2017, возбужденному в отношении ПАО "МТС" по признакам нарушения требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»