

Управление Федеральной антимонопольной службы  
по Республике Коми

*Определение*

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 011/05/18-60/2021

28 апреля 2021 года

№ 03-01/3163

г. Сыктывкар

ИП <...>

(по

адресу)

<...>

(по адресу)

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее - Коми УФАС России) по рассмотрению дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия), в составе:

<...>;

рассмотрев дело № 011/05/18-60/2021, возбужденное в отношении индивидуального предпринимателя <...> (далее - ИП <...>) по факту распространения рекламы карты «Халва» ПАО «Совкомбанка», распространенной 05.12.2020 в 17 часов 06 минут посредством звонка с абонентского номера <...> на абонентский номер заявителя <...>, с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие:

- заявителя, ИП <...>, надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

### **УСТАНОВИЛА:**

В Коми УФАС России поступило обращение <...> № 1008390245 от 09.12.2020 (вх. № П-326 от 10.12.2020) о распространении 05.12.2020 в 17 часов 06 минут посредством звонка с абонентского номера <...> на абонентский номер заявителя рекламы карты «Халва» ПАО «Совкомбанка».

По результатам рассмотрения указанного обращения принято решение о возбуждении дела № 011/05/18-60/2021 в отношении ИП <...> по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, о чем вынесено соответствующее определение № 03-01/849 от 05.02.2021. У ИП <...> запрошены необходимые для рассмотрения дела документы и письменная информация.

Из материалов дела № 011/05/18-60/2021 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

В соответствии с п. 1 ст. 3 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.

В силу положений, установленных ч. 1 ст. 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.

<...> в своем обращении указывает, что на его абонентский номер поступил звонок с предложением о получении карты «Халва». Как ему удалось установить из разговора со звонившим, карту распространяет (навязывает) ПАО «Совкомбанк». Как указывает заявитель, договора (соглашения) о получении рекламных сообщений от ПАО «Совкомбанк» у заявителя нет, никаких карт, договоров, соглашений с данным банком он не имеет.

<...>

Запрошенные у ИП <...> определением № 03-01/849 от 05.02.2021 о возбуждении дела № 011/05/18-60/2021 документы и письменная информация не поступили в Коми УФАС России.

Определением о продлении срока и отложении рассмотрения дела № 011/05/18-60/2021 от 03.03.2021 № 03-01/1550 срок рассмотрения дела продлен, у ИП <...> повторно запрошены необходимые для рассмотрения дела документы и письменная информация.

Запрошенные у ИП <...> определением от 03.03.2021 № 03-01/1550 документы и письменная информация не поступили в Коми УФАС России.

Определением об отложении рассмотрения дела № 011/05/18-60/2021 от 05.04.2021 № 03-01/2340 у ИП <...> повторно запрошены необходимые для рассмотрения дела документы и письменная информация.

Запрошенные вышеуказанным определением документы и письменная информация не представлены ИП <...>.

В целях извещения ИП <...> о дате, времени и месте рассмотрения дела по соответствующему адресу была направлена телеграмма.

В ответ на телеграмму, направленную в адрес ИП <...>, поступил ответ ПАО «Ростелеком» от 20.04.2021 (вх. № 2054-э от 20.04.2021) о том, что телеграмма ИП <...> не доставлена, квартира закрыта, адресат по извещению за телеграммой не является.

Пленум Верховного Суда РФ в пунктах 67, 68 Постановления от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указал следующее. Юридически значимое сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено, но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним (пункт 1 статьи 165.1 ГК РФ). Например, сообщение считается доставленным, если адресат уклонился от получения корреспонденции в отделении связи, в связи с чем она была возвращена по истечении срока хранения. Статья 165.1 ГК РФ подлежит применению также к судебным извещениям и вызовам, если

гражданским процессуальным или арбитражным процессуальным законодательством не предусмотрено иное.

В силу ст. 118 ГПК РФ лица, участвующие в деле, обязаны сообщить суду о перемене своего адреса во время производства по делу. При отсутствии такого сообщения судебная повестка или иное судебное извещение посылаются по последнему известному суду месту жительства или месту нахождения адресата и считаются доставленными, хотя бы адресат по этому адресу более не проживает или не находится.

В соответствии с п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» в целях соблюдения установленных статьей 29.6 КоАП РФ сроков рассмотрения дел об административных правонарушениях судье необходимо принимать меры для быстрого извещения участвующих в деле лиц о времени и месте судебного рассмотрения. Поскольку КоАП РФ не содержит каких-либо ограничений, связанных с таким извещением, оно в зависимости от конкретных обстоятельств дела может быть произведено с использованием любых доступных средств связи, позволяющих контролировать получение информации лицом, которому оно направлено (судебной повесткой, телеграммой, телефонограммой, факсимильной связью и т.п., посредством СМС-сообщения, в случае согласия лица на уведомление таким способом и при фиксации факта отправки и доставки СМС-извещения адресату). Лицо, в отношении которого ведется производство по делу, считается извещенным о времени и месте судебного рассмотрения и в случае, когда из указанного им места жительства (регистрации) поступило сообщение об отсутствии адресата по указанному адресу, о том, что лицо фактически не проживает по этому адресу либо отказалось от получения почтового отправления, а также в случае возвращения почтового отправления с отметкой об истечении срока хранения, если были соблюдены положения Особых условий приема, вручения, хранения и возврата почтовых отправлений разряда «Судебное», утвержденных приказом ФГУП «Почта России» от 31 августа 2005 года № 343.

В силу п. 24.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» при решении арбитражным судом вопроса о том, имело ли место надлежащее извещение лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, либо его законного представителя о составлении протокола об административном правонарушении, следует учитывать, что КоАП РФ не содержит оговорок о необходимости направления извещения исключительно какими-либо определенными способами, в частности путем направления по почте заказного письма с уведомлением о вручении или вручения его адресату непосредственно. Следовательно, извещение не может быть признано ненадлежащим лишь на том основании, что оно было осуществлено каким-

либо иным способом (например, путем направления телефонограммы, телеграммы, по факсимильной связи или электронной почте либо с использованием иных средств связи). Также надлежит иметь в виду, что не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившиеся за их получением несмотря на почтовое извещение (при наличии соответствующих доказательств).

В связи с вышеизложенным, учитывая ограниченные сроки рассмотрения рекламного дела, применяя по аналогии ст. 118 ГПК РФ, Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25, Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5, Постановление Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10, Комиссия считает ИП <...> надлежащим образом извещенным о времени и месте рассмотрения рекламного дела № 011/05/18-60/2021, что подтверждается, в том числе почтовым отправлением № <...> (вручено 16.04.2021).

В материалы рекламного дела как заявителем, так и ИП <...> не представлена аудиозапись рассматриваемого телефонного разговора.

Довод заявителя о том, что <...> признан Комиссией несостоятельным ввиду нижеизложенного.

Согласно ч. 2 ст. 23 Конституции Российской Федерации каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения.

В силу ст. 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» понятие «тайна связи» включает в себя, в том числе тайну переписки, тайну телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи.

В соответствии с п. 2 Определения Конституционного Суда РФ от 02.10.2003 № 345-О право каждого на тайну телефонных переговоров по своему конституционно-правовому смыслу предполагает комплекс действий по защите информации, получаемой по каналам телефонной связи, независимо от времени поступления, степени полноты и содержания сведений, фиксируемых на отдельных этапах ее осуществления. В силу этого информацией, составляющей охраняемую Конституцией Российской Федерации и действующими на территории Российской Федерации законами тайну телефонных переговоров, считаются любые сведения, передаваемые, сохраняемые и устанавливаемые с помощью телефонной аппаратуры, включая данные о входящих и исходящих сигналах соединения телефонных аппаратов конкретных пользователей связи; для доступа к указанным сведениям органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, необходимо получение судебного решения. Иное означало бы несоблюдение требования статьи 23 (часть 2) Конституции Российской Федерации о возможности ограничения права на тайну телефонных

переговоров только на основании судебного решения. Указанная позиция была подтверждена в определении Конституционного Суда РФ от 21.10.2008 № 528-О-О.

Согласно ст. 64 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» операторы связи обязаны предоставлять уполномоченным государственным органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность или обеспечение безопасности Российской Федерации, информацию о пользователях услугами связи и об оказанных им услугах связи и иную информацию, необходимую для выполнения возложенных на эти органы задач, в случаях, установленных федеральными законами.

Между тем, согласно ст. 13 Федерального закона от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» Федеральная антимонопольная служба и её территориальные органы не относятся к органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. При этом закон не содержит прямого указания на полномочие данных органов запрашивать у операторов связи сведения, содержащие тайну связи.

В силу ст. 6 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» решения Конституционного Суда Российской Федерации обязательны на всей территории Российской Федерации для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений.

Таким образом, указанное требование, по смыслу названного Федерального конституционного закона, распространяется на все решения Конституционного Суда Российской Федерации, независимо от того, в какой форме они выносятся, то есть не только на постановления, но и на определения и заключения.

В силу ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» настоящий Федеральный закон регулирует отношения, возникающие при осуществлении права на поиск, получение, передачу, производство и распространение информации; применении информационных технологий; обеспечении защиты информации.

Согласно ч.ч. 1, 2 ст. 6 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» обладателем информации может быть гражданин (физическое лицо), юридическое лицо, Российская Федерация, субъект Российской Федерации, муниципальное образование. От имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования правомочия обладателя информации осуществляются соответственно государственными органами и органами местного самоуправления в пределах их полномочий, установленных соответствующими нормативными правовыми актами.

В силу п. 3 постановления Конституционного Суда РФ от 26.10.2017 № 25-П цель, которую преследовал федеральный законодатель, вводя понятие «обладатель информации», заключается, таким образом, в описании - по аналогии с гражданско-правовыми категориями «собственник», «титульный владелец», но с учетом особенностей информации как нематериального объекта - правового статуса лица, правомочного в отношении конкретной информации решать вопрос о ее получении другими лицами и о способах ее использования как им самим, так и другими лицами. Как следует из приведенных законоположений, вопрос о том, становится ли конкретное лицо обладателем определенной информации, т.е. приобретает ли оно применительно к этой информации права и обязанности, вытекающие из правового статуса обладателя информации, должен решаться исходя из существа правоотношений, связанных с ее получением, передачей, производством и распространением. При этом само по себе наличие у конкретного лица доступа к информации не означает, что данное лицо становится ее обладателем по смыслу Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», т.е. что оно вправе совершать в отношении этой информации действия, являющиеся прерогативой обладателя информации.

В соответствии с п. 5 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» обладатель информации - лицо, самостоятельно создавшее информацию либо получившее на основании закона или договора право разрешать или ограничивать доступ к информации, определяемой по каким-либо признакам.

Таким образом, обладателями информации, распространённой посредством осуществления телефонного звонка в адрес заявителя, являются ИП <...> и непосредственно заявитель - <...>. Правомочия обладателя информации закреплены в ч. 3 ст. 6 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»:

Обладатель информации, если иное не предусмотрено федеральными законами, вправе:

- 1) разрешать или ограничивать доступ к информации, определять порядок и условия такого доступа;
- 2) использовать информацию, в том числе распространять ее, по своему усмотрению;
- 3) передавать информацию другим лицам по договору или на ином установленном законом основании;
- 4) защищать установленными законом способами свои права в случае незаконного получения информации или ее незаконного использования

иными лицами;

5) осуществлять иные действия с информацией или разрешать осуществление таких действий.

При этом содержание договора об оказании услуг подвижной связи, заключённого между ПАО «Ростелеком» и ИП <...>, не свидетельствует о том, что последний передал оператору связи какое-либо из вышеперечисленных правомочий обладателя информации.

Правовой статус оператора связи по отношению к информации, передаваемой по сетям связи, раскрывается, соответственно, в Федеральном законе от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», при этом часть 4 статьи 63 данного закона устанавливает запрет на получение сведений о передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи сообщениях, о почтовых отправлениях и почтовых переводах денежных средств, а также сами эти сообщения, почтовые отправления и переводимые денежные средства могут выдаваться только отправителям и получателям или их уполномоченным представителям, если иное не предусмотрено федеральными законами. Оснований полагать, что данная норма не распространяется на оператора связи, не имеется, так как подобный вывод установил бы конфликт вышеуказанной нормы и нормы, закреплённой ч. 2 ст. 23 Конституции Российской Федерации, закрепляющей право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, которая в силу ст. 15 Конституции Российской Федерации является нормой прямого действия, обязательной для соблюдения всеми субъектами права.

Не свидетельствует о праве оператора связи знакомиться с содержанием звонков и СМС-сообщений абонентов и статья 64 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», так как обязанность хранить информацию не предполагает право разрешать или ограничивать доступ к этой информации, принадлежащее её обладателю: основания и порядок предоставления такой информации определяются федеральными законами, а её получателем от оператора связи может быть только уполномоченный орган.

Таким образом, принимая во внимание отсутствие аудиозаписи звонка, Комиссия не имеет возможности достоверно установить содержание состоявшегося разговора, в том числе то, произносилось ли в разговоре наименование конкретной организации, информация об объекте рекламирования, а также запрашивалось ли у заявителя его согласие на получение рассматриваемой информации и предоставлялось ли заявителем такое согласие.

В силу п. 2 ст. 3 Закона о рекламе 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.

Согласно п. 3 ст. 3 Закона о рекламе товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В соответствии с частями 1, 3 статьи 455 Гражданского кодекса Российской Федерации товаром по договору купли-продажи могут быть любые вещи с соблюдением правил, предусмотренных статьей 129 настоящего Кодекса. Условие договора купли-продажи о товаре считается согласованным, если договор позволяет определить наименование и количество товара.

Частью 1 статьи 467 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что если по договору купли-продажи передаче подлежат товары в определенном соотношении по видам, моделям, размерам, цветам или иным признакам (ассортимент), продавец обязан передать покупателю товары в ассортименте, согласованном сторонами.

Таким образом, системный анализ гражданского законодательства Российской Федерации свидетельствует о том, что объектом рекламирования может выступать тот товар, предназначенный для продажи или иного введения в гражданский оборот, который можно индивидуализировать, выделить среди однородной группы товаров. Соответственно, реклама товара всегда представляет собой информацию о конкретном товаре, который можно индивидуализировать внутри группы однородных товаров.

Рекламой признается информация, позволяющая четко обозначить, индивидуализировать конкретный объект рекламирования, выделить его среди однородных товаров и сформировать к нему интерес в целях продвижения на рынке.

Информация, не содержащая указания на объект рекламирования, в том числе наименования организации, названий товаров (работ, услуг), средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которые позволяют выделить конкретное лицо или конкретный товар среди множества однородных, не направленная на их продвижение на рынке и не формирующая интереса к ним, не является рекламой, поскольку такая информация не содержит объекта рекламирования.

Указанная позиция изложена, в том числе в письме ФАС России от 27.12.2017 № АК/92163/17 «О разграничении понятий вывеска и реклама».

В отсутствие в материалах рекламного дела аудиозаписи указанного звонка у Комиссии отсутствует возможность достоверно установить, направлена ли информация, озвученная в ходе телефонного разговора, на продвижение на

рынке какого-либо объекта рекламирования.

При таких обстоятельствах прийти к выводу о том, что рассматриваемая информация является рекламой, не представляется возможным.

С учетом изложенного, оснований полагать, что рассматриваемая информация распространена в нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, у Комиссии не имеется.

В соответствии с пунктом 40 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922 (далее - Правила), рассмотрение дела подлежит прекращению антимонопольным органом в случае неподтверждения в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 40 Правил, Комиссия

#### **ОПРЕДЕЛИЛА:**

Производство по делу № 011/05/18-60/2021 в отношении индивидуального предпринимателя <...> (ОГРНИП <...>, ИНН <...>) прекратить.

Председатель  
Комиссии \_\_\_\_\_ <...>

Члены Комиссии \_\_\_\_\_ <...>

\_\_\_\_\_ <...>