

## РЕШЕНИЕ

25 апреля 2017 года  
Благовещенск

г.

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

председатель Комиссии <...>,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № Р-18/07 2017 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (требований установленных частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», далее – Закон «О рекламе»),

в отсутствии:

Заявителя: И. уведомлен надлежащим образом;

в присутствии: представителя ответчика - ведущего юрисконсульта Юридической функциональной группы филиала ПАО <...> в г.Благовещенске К. по доверенности <...> выданной <...> сроком на три года;

заинтересованного лица – ---, эксперта – ---, переводчика – ---

### УСТАНОВИЛА:

В ходе рассмотрения заявления И. (далее – Заявитель) установлено, что 27.12.2016 в 16:26 на номер мобильного телефона +7<...>, принадлежащий заявителю, с номера, имеющего буквенный идентификатор zolotoy585, поступило смс-сообщение рекламного характера:

«Ювелирная сеть «ЗОЛОТОЙ»! ЗОЛОТО за БАЛЛЫ. Забери ВТОРОЕ даром – СЕРЕБРО ДАЕМ В ПОДАРОК. Предложение действует до 31.12.2017г. Количество подарков ограничено. Подробности и адреса магазинов <...>.

Текст вышеназванного смс-сообщения, согласно пунктов 1-3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», подпадает под понятие рекламы, поскольку адресован неопределенному кругу лиц и направлен на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и (или) поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Объектом рекламирования в данном случае выступают ювелирные изделия, реализуемые Ювелирной сетью «ЗОЛОТОЙ».

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

Заявитель указывает в заявлении, что не давал предварительного согласия на получение рекламы на вышеназванный принадлежащий ему номер сотового телефона.

В целях сбора доказательств, необходимых для определения наличия либо отсутствия признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, рассмотрения данного заявления по существу, оператору сотовой связи ПАО <...>, был направлен запрос информации.

По информации, предоставленной ПАО <...>, И. является абонентом ПАО <...> по договору оказания услуг подвижной связи с предоставлением абонентского номера +7<...>. Буквенный идентификатор zolotoy585 выделен корпоративному клиенту ООО <...> в рамках договора <...>. Вместе с тем, по данным автоматизированной системы расчетов ПАО <...> по абонентскому номеру заявителя в указанные выше дату и время входящего смс-сообщения не зафиксировано. ПАО <...> указывает, что не формировало текст рассматриваемого рекламного сообщения, список его рассылки и не предпринимало никаких действий, направленных на организацию его распространения.

На запрос информации от <...> ООО <...> сообщило, что между Обществом и ПАО <...> заключен договор об оказании услуг связи от <...> (далее – договор). Также между указанными сторонами к договору заключено дополнительное соглашение от <...> (далее – Соглашение), согласно пункту 2 которого ПАО <...> (далее - Оператор) обязуется оказывать ООО <...> (далее – Пользователь) за вознаграждение Услуги в соответствии с требованиями настоящего Соглашения и дополнительными соглашениями, являющимися неотъемлемой частью настоящего соглашения.

Согласно пункту 1.5. Соглашения под Услугой понимается услуга для Пользователей по размещению Оператором рекламно-информационных материалов на каналах коммуникации с целевой аудиторией.

Рекламно-информационные материалы – информация (текстовые, графические, видео или аудио материалы), предоставленная Пользователем, направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, предназначенная для размещения на каналах коммуникации Оператора со

своими абонентами (пункт 1.1 Соглашения).

Целевая аудитория – абоненты Оператора, которые определены посредством Таргетинга, за исключением абонентов, отказавшихся от получения рекламных сообщений по сети электросвязи от Оператора (пункт 1.3 Соглашения).

Таргетинг – набор критериев, заданный Пользователем, на основании которых осуществляется выбор целевой аудитории среди абонентов Оператора для оказания Пользователю Услуги.

Таким образом, распространителем указанной рекламы предположительно являлся ПАО <...> среди целевой аудитории – абонентов ПАО <...> за исключением абонентов, отказавшихся от получения рекламных сообщений по сети электросвязи от Оператора, на основании заявок ООО <...>.

ПАО <...> в ответ на определение о возбуждении дела сообщает, 16.08.2012 между ПАО <...> И. был заключен договор о предоставлении услуг подвижной связи с предоставлением в пользование абонентского номера +7<...>. Согласно пункту 20.32 Правил оказания услуг подвижной связи, существенными условиями устанавливающими факт заключения договора, является абонентский номер <...> оказываемые услуги подвижной связи; порядок, сроки и форма расчетов и иные сведения указанные в Правилах.

Как установлено в п. 6 ст. 44 ФЗ «О связи» Оператор связи предоставляет абоненту с использованием сети Интернет сведения о заключенных договорах в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, а также как указано в п. 27 «Правил оказания услуг телефонной связи» утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 №1342, получать информацию об услугах телефонной связи, оказываемых оператором связи..., иную информацию, связанную с оказанием услуг телефонной связи в соответствии с договором.

На основании этого ПАО <...> разместило на интернет сайте, по адресу <...> Условия оказания подвижной связи, содержащие права и обязанности сторон при оказании услуг связи.

Посредством фактического истребования Абонентом услуг подвижной связи, последующей оплаты счетов ПАО <...> гр. И. согласился с Условиями оказания услуг связи МТС, совершив конклюдентные действия, на условиях, предусмотренных Законом «О связи».

Условия оказания услуг подвижной связи, на которые ПАО <...> ссылается в своем ответе, в адрес антимонопольного органа не представлены, указана лишь ссылка в сети Интернет на данные условия. Пройдя по указанной ссылке специалистом УФАС были обнаружены условия оказания услуг, но в редакции <...> В пункте <...> Условий указано, «Абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок,

рекламы от Оператора и / или его партнеров, распространяемых по сетям связи, а также на использование сведений о нем в целях продвижения товаров/работ/услуг, в том числе, путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи, когда необходимость такого согласия предусмотрена действующими нормативно-правовыми актами.

Абонент вправе отозвать данное им согласие в любое время путем направления Оператору соответствующего письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью Договора, либо иным способом, установленным Оператором. Согласие считается отозванным Абонентом с момента получения Оператором указанного в настоящем пункте заявления».

ПАО <...> считает, что письменная форма заявления на получение рекламных и информационных сообщений условиями заключенного договора с гражданином И. не предусмотрена, в связи, с чем не может быть представлена. Отказ от И. в ПАО <...> не поступал.

Предварительное согласие абонента на получение рекламных сообщений от Оператора, а также договор на оказание услуг связи заключенный с И., ПАО <...> в Амурское УФАС России не представлены.

Таким образом, в данной рекламе усматривается наличие признаков нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частями 7 и 8 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе», рекламопроизводитель несет ответственность в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

Лицом, в действиях которого усматривались признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, являлись: <...>

Определением от 01.03.2017 за № <...> в отношении ПАО <...> возбуждено дело № Р-18/07 2017 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, назначенное к рассмотрению на 29.03.2017 в 10 часов 30 минут.

На заседание Комиссии, представитель ПАО <...> ходатайствовала об отложении рассмотрения дела, в связи с необходимостью поиска согласия абонента, выраженного либо в договоре на оказание услуг связи, либо в регистрационной форме, которые хранятся у стороннего юридического лица в г. Москва.

Данное ходатайство было удовлетворено и определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела №Р-18/07 2017 от 29.03.2017 рассмотрение дела отложено, срок рассмотрения дела продлен до 01.06.2017 и назначена новая дата заседания комиссии – 25.04.2017 в 10.00

минут. Также определением у ПАО <...> запрошены копия договора о предоставлении услуг подвижной связи с предоставлением абонентского номера + 7<...>, заключенного с гражданином И., и копия Условий оказания услуг подвижной связи.

ПАО <...> в своем ответе сообщает, что копию договора оказания услуг подвижной связи, заключенного с И. предоставить не представляется возможным по причине не предоставления его в архив ПАО <...>. Дополнительно сообщает что в соответствии с п.7.6. Правил оказания услуг связи ПАО <...> действовавших на 16.08.2012 г., то есть на момент заключения договора с абонентом И., «Абонент вправе выразить своё согласие или отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, когда необходимость такого согласия / отказа предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе. Если абонент не выразил своего несогласия, согласие считается оформленным путем подписания Договора. Отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, оформляется путем подачи Абонентом Оператору письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью Договора, либо иным способом, установленным Оператором. Такой отказ действует с момента его получения Оператором». Таким образом, ПАО <...>полагает, что подписав Договор оказания услуг подвижной связи гр. И. дал согласие на получение рекламы. На момент рассылки рекламной информации отказ от получения рекламы от гр. И. не поступал в ПАО <...>.

Телефонный номер <...> <...> выделен ПАО <...> абоненту И. на основании договора об оказании услуг связи. Указанный договор ПАО <...> не представило по причине отсутствия его в архиве. Предварительное согласие абонента на получение рекламной смс рассылки, также не представлено в антимонопольный орган.

Представитель ПАО <...> на заседании комиссии поддержала позицию изложенную в ответе на определение.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее- Пленум ВАС РФ), Федеральный 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, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю либо рекламораспространителю, во-вторых, должно быть выражено явно.

ПАО <...> указывает на то, что при заключении договора об оказании услуг

связи гражданин .И. согласился со всеми условиями указанными в договоре. В том числе на получение рекламы от оператора и /или его партнеров. Однако копию договора, в котором указано, что абонент соглашается со всеми условиями изложенными в договоре, ПАО <...> не представило.

Согласно [части 1 статьи 44.1](#) Федерального закона "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).

Следовательно, доказательств получения предварительного согласия абонента номера +7<...>, на получение рекламы Оператора, а также его партнеров, ПАО <...> в ходе рассмотрения дела не представило.

На основании изложенного Комиссией установлен факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении указанного СМС-сообщения.

Согласно части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных в том числе [статьями 7 - 9, 12, 14 - 18](#) поименованного Федерального закона.

В силу статьи 3 Федерального закона "О рекламе" под рекламодателем понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Лицом, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, является: ПАО <...>.

Комиссией Амурского УФАС России, по совокупности документов установлено, что по вине рекламодателя ПАО <...> произошло распространение на территории Амурской области вышеназванной рекламы, не соответствующей требованиям части 1 статьи 18 Закона «О

рекламе».

С учетом того, что нормы законодательства Российской Федерации о рекламе предполагают направление рекламы посредством использования сетей электросвязи только с предварительного согласия абонента, ПАО <...>, являясь распространителем рассылки СМС-сообщения с рекламой, могло принять все возможные меры по получению предварительного согласия абонента на распространение рекламы. Такие меры ПАО <...> не приняты, в связи с чем допущено нарушение [части 1 статьи 18](#) Федерального закона "О рекламе", а именно поступило СМС-сообщение с рекламой под буквенным обозначением "Zolotoy585" без его предварительного согласия.

[Пунктом 4 статьи 3](#) Закона "О рекламе" предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Согласно частей 4 и 6 статьи 38 Закона «О рекламе» к лицу, виновному в нарушении требований законодательства о рекламе, необходимо применить меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

#### РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу распространенную ПАО <...> посредством телефонной связи (смс – сообщение) на телефонный номер <...> <...>, с текстом следующего содержания: ««Ювелирная сеть «ЗОЛОТОЙ»! ЗОЛОТО за БАЛЛЫ. Забери ВТОРОЕ даром – СЕРЕБРО ДАЕМ В ПОДАРОК. Предложение действует до 31.12.2017г. Количество подарков ограничено. Подробности и адреса магазинов <...>.

поскольку в ней нарушены требования установленные частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»;

2. Выдать ПАО <...> в лице филиала <...> предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Амурского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 КоАП РФ.

Решение изготовлено в полном объеме 28 апреля 2017 года.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации.