

РЕШЕНИЕ

по делу № 33-Р-2018

10 декабря 2018 г.
Чебоксары

г.

Резолютивная часть решения оглашена 27 ноября 2018 года.

Решение в полном объеме изготовлено 10 декабря 2018 года.

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: «...»

члены

К о м и с с и и :

«...» рассмотрев дело № 33-Р-2018, возбужденное в отношении ООО «Т2 МОБАЙЛ» (ИНН 7743895280, 108811, г. Москва, километр Киевское шоссе 22-й (пос. Московский), домовладение 6 строение 1, этаж 5 комната 33),

ООО «ИНБОКС» (ИНН7802620788, 194017 г.Санкт - Петербург, ул.Дрезденская, д.26 лит.А, корп. 1-Н, офис 102),

ПАО "Ростелеком" (ИНН 7707049388, 115172, г. Москва, ул.Гончарная, д.30, стр. 1, г. Санкт – Петербург, ул. Достоевского, д.15),
в присутствии представителя ООО «Т2 МОБАЙЛ» - «...» (доверенность от 07.08.2018 № 157);

в отсутствие ООО «ИНБОКС» ПАО "Ростелеком" и Заявителя, надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В Чувашское УФАС России 30.08.2018 (вх. № 04-21/5355), 31.08.2018 (вх. № 04-10/5366), 05.09.2018 (вх. № 04-10/5467),

05.09.2018 (вх. № 04-10/5468) поступили обращения гражданина «...» (далее - Заявитель) с заявлением о получении им смс - сообщений рекламного характера, без его предварительного согласия.

Заявителем сообщается, что на выделенный ему оператором связи ООО "Т2 МОБАЙЛ" номер мобильного телефона «...» поступили следующие нежелательные смс- сообщения:

28.08.2018 в 11 час. 40 мин. с номера «...»: «Евгений, не дают кредит? Заработай играя в казино ROX rox-rc.ru/iWy4»;

30.08.2018 в 13 час. 37 мин. с номера «...»: «Евгений, не дают кредит? Заработай играя в казино ROX rox-rc.ru/iWy4»;

30.08.2018 в 14 час. 00 мин. с номера «...»: «Евгений, вам одобрен займ онлайн на карту Забрать zaumal.ru/iWy4»;

30.08.2018 в 15 час. 21 мин. с номера «...»: «Евгений, нужен займ? В первый раз 0% Получи zaumal.ru/iWy4».

При этом, согласия на получение данных смс - сообщений им не давалось.

Из информации, представленной ООО "Т2 МОБАЙЛ", следует, что абонентский номер «...» выделен ООО "Т2 МОБАЙЛ" Заявителю на основании договора об оказании услуг связи.

Условиями договора об оказании услуг связи предусмотрено, в том числе, следующее.

«Настоящим Абонент подтверждает свое согласие на использование сведений об Абоненте для оказания справочных и иных информационных услуг Оператором или третьими лицами.

Если не согласен - .

Настоящим Абонент подтверждает свое согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

Если не согласен -

Настоящим абонент подтверждает, что ознакомлен со всеми условиями Договора».

ООО "Т2 МОБАЙЛ" указывает, что графа для отметок "Если не согласен " абонентом (Заявителем) не заполнена.

Данное обстоятельство, по мнению общества, свидетельствует о том, что Заявитель, при заключении договора на оказании услуг связи при использовании абонентского номера +79523124686, согласился на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи,

т.к. данное подтверждается отсутствием знака в графе вышеуказанного договора, предназначенного для выражения несогласия на получения рекламы и собственноручной подписью абонента на договоре.

Таким образом, ООО «Т2 Мобайл» не считает себя нарушившим требования Закона о рекламе, при наличии предварительного согласия абонента на получение рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Рассматриваемые смс-сообщения сформированы и направлены самостоятельно владельцами номеров «...».

Соответственно, предварительное согласие абонента (Заявителя) на получение рекламы от третьих лиц должно быть выражено непосредственно третьими лицами, направившими данные рекламные сообщения, т.е. абонентами вышеуказанных номеров.

Из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru) установлено о принадлежности указанных номеров номерной емкости, закрепленной за оператором связи ПАО "Ростелеком".

Из представленных пояснений ПАО "Ростелеком" следует, что отправка рассматриваемых смс-сообщений осуществлена с номеров, предоставленных в пользование ПАО "Ростелеком" ООО "Инбокс" (ИНН 7802620788, 194017 г.Санкт - Петербург, ул. Дрезденская, д.26, лит. А, корп. 1-Н, оф.102) на основании договора об оказании услуг подвижной связи от 21.08.2018 № 6933595.

Таким образом, ПАО "Ростелеком" пояснило, что согласно пунктам 11.2.12, 11.2.13, Правил связи Абонент (ООО "Инбокс") обязан не использовать Услуги, оказываемые Оператором для противоправных действий, для проведения каких – либо рекламных компаний, конкурсов, концертов, викторин, опросов, массовых рассылок, а также иных действий, направленных на извлечение прибыли.

В случае доведения уполномоченным органом до ПАО «Ростелеком» информации о том, что ООО "Инбокс" совершает смс - рассылку рекламного характера, с учетом существующих условий Договора, соответствующая услуга связи будет прекращена.

С целью получения пояснений по факту выявленных обстоятельств, осуществлен запрос у ООО "Инбокс" по адресу доставки корреспонденции, указанному ПАО «Ростелеком»: г. Москва, 125009, ул. Дмитровка Б, д.7/5с.1, под. 3, оф.19, и по адресу, согласно

выписке из ЕГРЮЛ о местонахождении данного общества: г.Санкт - Петербург, 194017, ул.Дрезденская, д.26 лит.А, корп. 1-Н, офис 102.

Запрашиваемая информация не представлена, т.к. ООО "Инбокс" не получает корреспонденцию по вышеуказанным адресам.

Оценив в совокупности и взаимосвязи имеющиеся в материалах дела доказательства, применив нормы материального и процессуального права, Комиссия приходит к следующим выводам.

Под рекламой, определенной пунктом 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.

В соответствии со статьей 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; электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенных
СМС -
сообщений.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц в соответствии с Законом о рекламе понимаются лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В тексте реклам присутствует имя лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Однако обращение к Заявителю, в данном случае, не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации.

Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

При этом, в случае направления посредством смс-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация признается рекламой, если она носит обобщённый характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица.

Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени абонента), представляют интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой.

Таким образом, рассматриваемая информация (сообщения) не является персональным предложением Заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Указанное согласуется с правовой позицией ФАС России, выраженной в письме от 27.06.2016 № АД/43482/16 " Об отнесении к рекламе информации с личным обращением".

Кроме того, доказательств направления спорных смс-сообщений исключительно в адрес одного физического лица - Заявителя, в материалы дела не представлено.

Принимая во внимание вышеизложенное, направленные смс - сообщения, Комиссией признаются рекламой, поскольку все квалифицирующие признаки рекламы в данных сообщениях присутствуют.

[Статьей 3](#) Закона о рекламе определено, что рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо ([пункт 5](#)), рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств ([пункт 7](#)).

[Частью 1 статьи 18](#) Закона о рекламе 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.

Согласно [пункту 1 статьи 2](#) Закона 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 N 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 рекламодача либо рекламораспространителя.

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

В материалы дела ООО "Т2 МОБАЙЛ" доказательств получения предварительного согласия конкретного абонента Егорова, на получение рассматриваемых смс-сообщений не представлено.

Доводы ООО "Т2 МОБАЙЛ" о том, что обществом на получение рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи получено согласие абонента и о том, что обязанность по доставке любого смс-сообщения предусмотрена действующим законодательством, а также о том, что у оператора отсутствует возможность отказать контрагенту в доставке смс-сообщения до адресата, признаются несостоятельными.

Довод ПАО «Ростелеком» о предупреждении своего абонента о неиспользовании электросвязи противоправным действиям также признается несостоятельным.

[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 для которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Исходя из правового смысла указанной нормы, рассылка рассматривается не только как функция оператора связи по доставке сообщения, но и как предоставление оператором правовой и технической возможности оценить содержание смс-сообщения, проверить наличие у заказчика рассылки согласия абонента на получение рекламы. В связи с чем, оператор связи выступает в качестве рекламораспространителя.

Доказательств того, что фактическая рассылка сообщений осуществлялась иным способом, а не при помощи оборудования ООО "Т2 МОБАЙЛ", ПАО «Ростелеком, ООО "Инбокс", которые обладали возможностью контроля за содержанием передаваемых сообщений, в материалы дела не представлено.

Требования о соблюдении положений [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе в равной степени распространяются на всех лиц, отвечающих понятию "реklamораспространитель", без каких-либо исключений.

Ответственность за нарушение [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе возложена на распространителя рекламы.

Согласно [пункту 22.1 статьи 2](#) Закона о связи 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 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.

Рекламораспространителями, рассматриваемого смс-сообщения выступили ООО "Т2 МОБАЙЛ", ПАО «Ростелеком» и ООО «Инбокс», распространившие смс-сообщения рекламного характера в нарушение требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33 Закона рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе, вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В связи с тем, что на момент рассмотрения дела направление спорного смс - сообщения прекращено, Комиссия пришла к выводу об отсутствии основания выдачи предписаний о прекращении нарушения ч. 1 ст.18 Закона о рекламе по рассматриваемому факту.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения Закона

о рекламе, Комиссия

Р Е Ш И Л А:

1. Признать ООО "Т2 МОБАЙЛ", ПАО «Ростелеком» и ООО «Инбокс» нарушившими требования, определенные частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившиеся в распространении указанных по тексту смс – сообщений рекламного характера на номер мобильного телефона Заявителя («...»), без предварительного на то согласия абонента (Заявителя).

2. Предписания о прекращении нарушения Закона о рекламе ООО "Т2 МОБАЙЛ", ПАО «Ростелеком», ООО «Инбокс» не выдавать в связи с прекращением _____ распространения _____ рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО "Т2 МОБАЙЛ", ПАО «Ростелеком» и ООО «Инбокс».

Председатель

Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»

Решение в соответствии со статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации может быть обжаловано в арбитражный суд.