

## РЕШЕНИЕ

по делу №03-21/22-2017

о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе

«19» мая 2017 года г. Йошкар-Ола

Резолютивная часть решения объявлена: «18» мая 2017 года

Полный текст решения изготовлен: «19» мая 2017 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии,

член Комиссии,

член Комиссии,

рассмотрев дело, возбужденное по факту распространения рекламы следующего содержания: «Только в Ямм Pizza! Хитовые комбо от 699 р. на [www.yummpizza.ru](http://www.yummpizza.ru) mD» на телефонный номер <...> с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствии лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

### УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) в порядке переадресации Федеральной антимонопольной службы направлено заявление Г. от 20.12.2016 исх. №б/н (вх. №259-Г от 22.12.2016). В заявлении указано о распространении смс-рекламы без получения предварительного согласия абонента на телефонный номер <...> следующего содержания: «Только в Ямм Pizza! Хитовые комбо от 699 р. на [www.yummpizza.ru](http://www.yummpizza.ru) mD». Сообщение отправлено 20.12.2016 в 15 часов 53 минуты. В качестве отправителя указан: +79680308753, в качестве смс-центра – +79037011111. К заявлению приложена копия согласия Г., также скрин-шот с текстом рассматриваемого смс-сообщения. В заявлении Г. сообщает, что распространение вышеуказанной рекламы нарушает положение части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), также гражданин просит провести проверку в отношении рекламодателя и рекламораспространителя относительно наличия признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, также обязать указанных лиц исключить из списка рассылки номер заявителя.

Антимонопольным органом возбуждено дело №03-21/22-2017 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Рассмотрев материалы дела №03-21/22-2017 о нарушении законодательства о рекламе, Комиссия Марийского УФАС России признает рассматриваемую рекламу ненадлежащей по следующим основаниям.

В соответствии со статьей 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.

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 (Письмо ФАС России от 05.04.2007 г. № АЦ/4624).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «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 Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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 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.

Согласно п.1 ст. 44.1 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 пункте 2 ст. 44.1 Закона о связи также установлено, 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. 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.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 года № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

При обращении в Марийское УФАС России Г. сообщил об отсутствии его разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

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; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

При этом в части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателе возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

В соответствии с п. 15 постановления Пленума ВАС РФ 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.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В ходе рассмотрения дела Марийским УФАС России был установлен следующий механизм распространения смс-сообщения.

Согласно выписке номерной системы плана и нумерации, номер абонента принадлежит номерной емкости ПАО «МТС».

Абонентский номер был переведен по MNP из сети оператора связи ПАО «МТС» в сеть оператора ОАО «Санкт Петербург Телеком» с выделением временного номера по договору от 27.05.2015 об оказании услуг связи. Фактически за абонентом Г. закреплен номер (письмо ООО «Т2 Мобайл» от 13.01.2017 исх. №116).

Согласно пункту 3.2.9 условий оказания услуг связи абонент вправе согласиться на получение (отказаться на получение) рекламной информации, распространяемой по сетям связи в случаях, когда необходимость получения такого согласия предусмотрена законодательством Российской Федерации.

В договоре об оказании услуг связи от 27.05.2016 Г. выразил свое несогласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи, поставив галочку в окне «Если не согласен».

Номер отправителя +79680308753 согласно выписке номерной системы плана и нумерации, принадлежит номерной емкости ПАО «Вымпел-Коммуникации».

ПАО «Вымпел-Коммуникации» сообщило, что абонентский номер <...> выделен

ООО «Интерлайн» на основании договора об оказании услуг связи от 09.10.2016 №622009699.

Пунктом 4.1 условия оказания услуг связи «Билайн» установлено, что абонент обязан не использовать телефонный номер для проведения рекламы.

ПАО «Вымпел-Коммуникации» в письменных пояснениях от 16.01.2017 вх. №13-ДСП подтвердило факт поступления спорного смс-сообщения на абонентский номер с абонентского номера +79680308753 20.12.2016 в 15:53 через мобильное устройство (IMEI 35222104377613).

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Марийское УФАС России считает, что реклама, полученная Г. на его абонентский номер <...> была распространена без согласия абонента.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» оператор связи обязан оказывать пользователям услугами связи услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральным органом исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

В письме Министерство связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436 указало, что в соответствии с законом о связи операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

ОАО «Санкт-Петербург Телеком» и ПАО «Вымпел-Коммуникации», как операторы связи, обеспечили возможность пропуска трафика по своим сетям связи, поэтому не могут быть признаны рекламодателями. Комиссия Марийского УФАС России, проанализировав имеющиеся в деле документы и доказательства, приходит к выводу о том, что фактическое (физическое) доведение рассматриваемого SMS-сообщения до абонента без его согласия осуществило ООО «Интерлайн» (ИНН 7720834563; ОГРН 5147746436657).

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный



орган вправе выдавать рекламоделателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Марийское УФАС России, изучив представленные в материалы дела доказательства, учитывая отсутствие сведений устранения факта нарушения законодательства о рекламе, считает необходимым выдать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе ООО «Интерлайн».

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 следующего содержания: «Только в Я м м Pizza! Хитовые комбо от 699 р. на [www.yummpizza.ru](http://www.yummpizza.ru) mrD», направленную 20.12.2016 в 15 часов 53 минуты на телефонный номер Г. без его предварительного согласия, поскольку нарушает требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать обществу с ограниченной ответственностью «Интерлайн» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в соответствии со статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

*Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.*

Председатель Комиссии

Члены Комиссии