

**РЕШЕНИЕ**  
**по делу № 03-21/33-2017**  
**о нарушении законодательства о рекламе**

«14» июня 2017 года г. Йошкар-Ола

Резолютивная часть решения объявлена: 07 июня 2017 года  
Полный текст решения изготовлен: 14 июня 2017 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии,

член Комиссии,

член Комиссии,

рассмотрев дело № 03-21/33-2017, возбужденное в отношении ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «СМС Трафик» и ПАО КБ «УБРИР» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), выразившегося в направлении рекламного смс-сообщения на телефонный номер С. 13.03.2017 в 11 часов 14 минут с буквенного идентификатора UBRR без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Антон Николаевич! Рефинансирование кредитов других банков. Вы снижаете ставку, экономите на платеже, можете объединить несколько кредитов в один. Вам предварительно одобрена сумма 220000 руб. ПАО КБ «УБРИР» 8-800-1000-200», в качестве sms – центра указан: +79037011111,

в отсутствие представителей лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о дате, месте, времени рассмотрения дела (ПАО КБ «УБРИР» заявлено ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя (вх. № 5846 от 29.05.2017),

**УСТАНОВИЛА:**

Дело о нарушении законодательства о рекламе возбуждено в отношении ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «СМС Трафик» и ПАО КБ «УБРИР» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в направлении рекламного смс-сообщения на телефонный номер С. 13.03.2017 в 11 часов 14 минут с буквенного идентификатора UBRR без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Антон Николаевич! Рефинансирование кредитов других банков. Вы снижаете ставку, экономите на платеже, можете объединить несколько кредитов в один. Вам предварительно одобрена сумма 220000 руб. ПАО КБ «УБРИР» 8-800-1000-200», в качестве sms – центра указан: +79037011111.

Основанием для возбуждения дела явилось заявление гражданина С. (вх. № 77-С от 15.03.2017), поступившее в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы России.

Комиссия Марийского УФАС России, исследовав материалы дела, пришла к

выводу о нарушении законодательства о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы ввиду следующего.

Согласно статье 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.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

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 о рекламе, поскольку направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – ПАО КБ «УБРИР», формирование и поддержание интереса потребителей рекламы к Банку, и к рекламируемым услугам. Рассматриваемое сообщение является не информационным, а именно рекламным сообщением, так как предлагает воспользоваться услугами ПАО КБ «УБРИР» по рефинансированию кредитов других банков, снижению ставки и объединению нескольких кредитов в один.

Комиссией Марийского УФАС России отклоняется довод ПАО КБ «УБРИР» о том, что рассматриваемое смс-сообщение является персонифицированным и направлено Мурашкину Антону Николаевичу, выразившему своё согласие при регистрации в сети Интернет, в связи с тем, что данная информация ориентирована на неопределенный круг лиц и была адресована неопределенному кругу лиц – клиентам банка, не имеющим действующих

кредитных договоров в банке, либо обладающим положительной кредитной историей. Кроме того, рассматриваемое сообщение поступило в адрес лица, которое не является клиентом банка и не выражало своё согласие на получение рекламной информации.

Таким образом, рассматриваемое смс-сообщение является рекламой по смыслу статьи 3 Закона о рекламе.

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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

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

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 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.

В соответствии с пунктом 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 рекламораспространителя.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Заявитель С. сообщил об отсутствии его разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Комиссией Марийского УФАС России установлен следующий механизм распространения указанного рекламного смс-сообщения.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, указанный абонентский номер принадлежит ПАО «ВымпелКом».

Письмом от 10.04.2017 исх. № ЦР-04/2741 ПАО «ВымпелКом» указало, что распространение данной рекламы осуществлялось ООО «ДЭНИ КОЛЛ» через программно-аппаратный комплекс – смс платформу в рамках

договора об оказании услуг связи «Билайн» № 576974438 от 13.11.2015.

Согласно пункту 4.2 Дополнительного соглашения от 09.11.2015 № 1 к договору об оказании услуг связи «Билайн» № 576974438 от 13.11.2015 абонент (ООО «ДЭНИ КОЛЛ») осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые представили абоненту и/или его партнерам согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

Из письма ООО «ДЭНИ КОЛЛ» от 24.04.2017 исх. № 109 следует, что рассматриваемое смс-сообщение направлено через систему общества от контрагента ООО «СМС Трафик» в соответствии с договором № 105/SMS от 01.11.2016. Исполнение указанного договора подтверждается платежным поручением № 756 от 12.05.2017.

В соответствии с пунктом 2.1 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (Исполнитель) обязуется оказывать ООО «СМС Трафик» (Заказчик) услуги по предоставлению Заказчику технической возможности отправки на оборудование оператора и далее на абонентское устройство абонента смс-сообщений и HLR-запросов путем предоставления доступа к сервису рассылки смс-сообщений Исполнителя и обеспечению возможности пользования сервисом Исполнителя для самостоятельной отправки Заказчиком смс-сообщений абонентам, а Заказчик обязуется принимать и оплачивать оказанные Исполнителем услуги в соответствии с условиями данного договора.

Согласно пункту 3.1.2 указанного договора Заказчик обязан самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от абонента, на абонентское устройство которого планируется отправка смс-сообщений, согласие на получение таких смс-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление абонента на получение смс-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания услуги.

Пунктом 6.1 указанного договора установлено, что каждая из сторон несет ответственность в соответствии с данным договором и действующим законодательством.

Из письменных пояснений ПАО КБ «УБРиР» от 24.04.2017 исх. № 7076-01/56359 следует, что рассылка спорного смс-сообщения с буквенного идентификатора UBRР осуществлена обществом на основании договора оказания услуг предоставления доступа к системе и обработки данных № 240/14 от 17.04.2014, заключенного с ООО «СМС Трафик», в адрес М. на телефонный номер.

ПАО КБ «УБРиР» указало, что М. при оформлении интернет-заявки на кредит на сайте банка предоставил свое согласие на получение от банка рассылок рекламного и информационного характера путем проставления соответствующей отметки в форме, размещенной на интернет-сайте банка. Поскольку предварительное согласие на получение информирования от банка посредством смс-сообщений было выражено М. в электронной форме, предоставление материалов, подтверждающих получение согласия абонента на распространение информационных сообщений от банка, отсутствует возможность предоставить его наличие.

Вместе с тем, общество указало, что выбор абонента для направления смс-сообщения осуществлялся автоматически программным обеспечением банка из списка лиц, являющимися клиентами банка, не имеющих действующих кредитов в банке либо обладающих положительной кредитной историей, от которых получено согласие на обработку персональных данных и информирование (при оформлении заявки на сайте либо при личном обращении в дополнительные офисы банка) и отсутствует требование о прекращении распространения информационной рассылки, предоставившего контактный номер мобильного телефона.

Однако ПАО «ВымпелКом» подтвердило принадлежность абонентского номера С. выделенного абоненту на основании договора оказания услуг связи «Билайн».

С. также указал на отсутствие своего согласия на получение рекламных смс-сообщений от указанного отправителя.

Таким образом, в ходе рассмотрения дела в Марийское УФАС России не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение поступило абоненту С. с его предварительного согласия, следовательно, установлен факт нарушения законодательства о рекламе со стороны рекламодателей.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламодателем. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламодателем - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Проанализировав правоотношения, складывающиеся между ПАО «ВымпелКом», ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «СМС Трафик» и ПАО КБ «УБРИР» Марийское УФАС России пришло к выводу о том, что между субъектами правоотношений фактически возникли взаимосвязанные действия, направленные на доведение сведений, содержащихся в рассматриваемом смс-сообщении, до абонента.

Заключенные между указанными лицами договоры и дополнительные соглашения рассматриваются антимонопольным органом как взаимосвязанные действия, которые свидетельствуют о том, что их предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений за плату.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, 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 федеральными органами

исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

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 (письмо Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436).

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.

Из материалов дела следует, что между С. и ПАО «ВымпелКом» заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № 589754383, в соответствии с которым оператор связи обязан предоставить абоненту в пользование телефонный номер для пользования услугой передачи данных, а абонент использует указанные средства по назначению, а также оплачивает данные услуги.

Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является (письмо ФАС России от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе»).

В спорных правоотношениях смс-сообщение было передано абоненту по подвижной радиотелефонной связи. Тем самым поставщиком услуг связи С. в рассматриваемом случае выступает оператор сотовой связи ПАО «ВымпелКом».

ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «СМС Трафик» и ПАО КБ «УБРИР» передавали сообщение по телематическим каналам связи, при этом их деятельность была направлена на массовую рассылку абонентам, следовательно, указанные общества являются рекламораспространителями.

Спорное SMS-сообщение содержало рекламу. Поэтому в указанных правоотношениях возникает публично-правовой элемент, выраженный в возложении на исполнителя обязанности по соблюдению требований законодательства Российской Федерации о рекламе. Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту от получения нежелательной рекламы граждан, как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех

этапах их распространения.

Частью 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрен повышенный контроль именно за распространением, а не за формированием содержания рекламы. Законодательно установленное определение распространителя рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности относительно ее содержания.

Вместе с тем, обязанность получать предварительное согласие лежит на ПАО КБ «УБРИР». Кроме того, договором между ООО «СМС Трафик» и ООО «ДЕНИ КОЛЛ» от 01.11.2016 № 105/SMS было включено условие, согласно которому Заказчик (ООО «СМС Трафик») обязан использовать услуги, предоставляемой Исполнителем (ООО «ДЭНИ КОЛЛ») по предоставлению технической возможности отправки на оборудование оператора и далее на абонентское устройство, только для передачи информации абонентам, от которых получено предварительное письменное согласие на получение SMS-сообщений (пункт 3.1.3).

Таким образом, действия ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «СМС Трафик» и ПАО КБ «УБРИР» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи SMS-сообщений конечному абоненту. Указанные лица принимали непосредственное участие в распространении спорной рекламы.

На основании изложенного, Комиссия Марийского УФАС России установила, что ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «СМС Трафик» и ПАО КБ «УБРИР» являются рекламораспространителями ненадлежащей смс-рекламы.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несёт рекламораспространитель.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Марийского УФАС России в действиях ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «СМС Трафик» и ПАО КБ «УБРИР» установила факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламного смс-сообщения без согласия абонента.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Комиссия Марийского УФАС России, изучив представленные в материалы дела доказательства, считает необходимым выдать ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «СМС Трафик» и ПАО КБ «УБРИР» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

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: «Антон Николаевич! Рефинансирование кредитов других банков. Вы снижаете ставку, экономите на платеже, можете объединить несколько кредитов в один. Вам предварительно одобрена сумма 220000 руб. ПАО КБ «УБРИР» 8-800-1000-200», направленную на телефонный номер <...> .03.2017 в 11 часов 14 минут с буквенного идентификатора UBRR, без предварительного согласия абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «ДЕНИ КОЛЛ», ООО «СМС Трафик» и ПАО КБ «УБРИР» обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

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

Председатель Комиссии

Члены Комиссии