

Комиссия Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:<...>

рассмотрев дело № 03-02/28-2017, возбужденное в отношении «...» («...») по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе», Закон) по факту распространения 09.07.2017 в 13 часов 55 минут посредством SMS-сообщения на абонентский номер телефона «...» «...»рекламы без его предварительного согласия, в отсутствие лиц, участвующих в деле,

### **УСТАНОВИЛА:**

В адрес Карельского УФАС России поступило заявление физического лица от 09.07.2017 (вх. от 10.07.2017 № 3388) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщения на мобильный номер абонента «...» без его предварительного согласия.

Из приложенных к заявлению документов следует, что SMS-сообщение рекламного характера поступило от абонента «...», через SMS-центр - «...»09.07.2017 в 13 часов 55 минут следующего содержания: «Такси в Аэропорт 990 руб. Вокзал 499 руб, тел 84956699665».

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламоделателям и рекламораспространителям вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы им дано не было.

Согласно реестру Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи телефонный номер «...»является номером SMS-центра ПАО «Вымпел-Коммуникации».

ПАО «Вымпел-Коммуникации» в ответ на запрос от 13.07.2017 № 03-01/64/2660 (исх. от 02.08.2017 № 035/А/2017) сообщило, что рассылка SMS-сообщения, поступившего на абонентский номер «...»09.07.2017 в 13 часов 55 минут произведена с номера абонента «...».

Абонентский номер «...»выделен гражданину «...» в рамках договора на оказание услуг связи Билайн от 03.07.2017 № 628302987, в соответствии с которым ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства несет «...».

Из письменных пояснений ПАО «Вымпел-Коммуникации» следует, что отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована «...». При этом, договор оказания услуг, заключенный с «...», а также согласие абонента «...» («...») на

данную SMS-рассылку общество не предоставило.

Из вышеуказанного следовало, что отправку вышеуказанного SMS-сообщения инициировало ПАО «Вымпел-Коммуникации».

Учитывая, что ПАО «Вымпел-Коммуникации», совершая действия по передаче SMS-сообщения, определяло его получателей, в ходе рассмотрения заявления был сделан вывод о том, что ПАО «Вымпел-Коммуникации» является рекламодателем (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

Таким образом, в ходе рассмотрения заявления было установлено, что действия ПАО «Вымпел-Коммуникации» по распространению 09.11.2015 в 13 часов 55 минут на телефонный номер <...> без его предварительного согласия рекламы совершены с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 Закона.

По результатам расследования определением от 08.09.2017 «О возбуждении дела № 03-02/28-2017 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» было возбуждено настоящее дело и назначено к рассмотрению на 11 часов 00 минут 03.10.2017.

Указанным определением лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, признано ПАО «Вымпел-Коммуникации».

В ответ на указанное определение ПАО «Вымпел-Коммуникации» в письме от 21.09.2017 № б/н (вх. от 21.09.2017 № 4469) пояснило, что ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства, несет «...» по следующим основаниям.

Рассылка SMS-сообщения, поступившего на абонентский номер «...» 09.07.2017 в 13 часов 55 минут, произведена с номера абонента «...», что подтверждается детализацией SMS - центра о передаче SMS-сообщения, а также детализацией услуг связи по данному абонентскому номеру (Детализация услуг связи: номер – «...»; период – 09.09.2017 00:00 – 09.09.2017 23:59; сервис – дата и время; SMS – 09.09.2017 13:55:06).

Исходя из детализации абонентского номера «...» следует, что именно данный абонент является инициатором спорного SMS-сообщения, следовательно, именно данный абонент обязан получить предварительное согласие от абонента, которому направлено SMS-сообщение рекламного характера.

Абонентский номер «...» выделен гражданину «...» в рамках договора на оказание услуг связи Билайн от 03.07.2017 № 628302987 (далее – договор), в соответствии с которым ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства несет «...».

ПАО «Вымпел-Коммуникации» не имеет возможности предоставить копию договора в связи с его утратой. Вместе с тем, учетные данные абонента внесены в оперативную систему оператора связи, обрабатываются им и хранятся в соответствии с законодательством, в подтверждение чего Обществом в материалы дела предоставлены скрин-шоты из учетной системы оператора связи.

Кроме того, абонентом «...» услуги связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» оплачиваются, в том числе оплачена услуга по направлению спорного SMS-сообщения, что еще раз подтверждает, что инициатором этого SMS-сообщения является не оператор связи, а непосредственно абонент «...».

Из вышеуказанного следует, что распространение вышеуказанного SMS-сообщения было осуществлено «...».

В результате рассмотрения имеющихся в деле документов, Комиссией было принято решение о замене ненадлежащего лица, надлежащим лицом – «...».

Определением об отложении рассмотрения дела от 03.10.2017 № 03-02/28-2017 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и продлении срока его рассмотрения, рассмотрение дела отложено до 15 часов 00 минут 09.11.2017. Срок рассмотрения настоящего дела продлен до 08.12.2017.

«...» в срок до 30.10.2017 (включительно) надлежало представить запрашиваемую определением информацию, которая на дату рассмотрения настоящего дела представлена не была. Определение ответчиком не получено (согласно сведениям с сайта Почты России – [www.pochta.ru](http://www.pochta.ru) почтовое отправление по адресу места жительства «...» на территории «...» не получено, отметка «неудачная попытка вручения»).

В соответствии с частью 1 статьи 165.1 Гражданского Кодекса Российской Федерации заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

Кроме того, в соответствии с абзацем 2 пункта 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 года № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» 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.

Рассмотрев в назначенные дату и время материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

В силу статьи 1 ФЗ «О рекламе» целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» реклама это 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно разъяснениям ФАС России от 05.04.2007 №АЦ/4624 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.

Из пункта 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» следует, что

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 ФЗ «О рекламе».

Информация, распространенная на выделенный «...», полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», так как распространяется посредством подвижной радиотелефонной связи, адресована неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицирована и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются услуги такси.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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.

Частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» предусмотрено, что ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламодателей.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал, что согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Ввиду того, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления

на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Рекламодателем, согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Материалами дела подтверждается, что SMS-сообщение рекламного характера на телефонный номер «...», выделенный Заявителю было распространено «...», следовательно ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства несет «...». Из вышеуказанного следует, что отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована «...».

Учитывая, что «...», совершая действия по передаче SMS-сообщения, определял его получателей, можно констатировать, что «...» является рекламодателем (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

При таких обстоятельствах, действия «...» по распространению 09.07.2017 в 13 часов 55 минут на телефонный номер «...» без его предварительного согласия рекламы совершены с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 Закона.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 36, 37-42, 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508 Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Такси в Аэропорт 990 руб. Вокзал 499 руб, тел 84956699665», распространенную 09.07.2017 в 13 часов 55 минут на телефонный номер «...») посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента; действия «...»нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» <...>. не выдавать в связи с разовым характером распространения указанной рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу

Карельского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.