

Председатель комиссии Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Бабкин Константин Евгеньевич – заместитель руководителя управления Карельского УФАС России, рассмотрев материалы по факту распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

УСТАНОВИЛ:

В адрес Карельского УФАС России поступило заявление <...> (вх. от 24.01.2018 №301) о наличии признаков нарушения Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе», Закон) при распространении рекламы посредством SMS-сообщений на мобильный номер абонента заявителя (<...>).

Согласно скриншоту, приложенному к заявлению, SMS-сообщение поступило от абонента с номером телефона <...>14.12.2017 в 10:57 с текстом: «ТО за 2990! Всё включено: работа+запчасти. АвтоСТОлица <...>».

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламодателю и рекламораспространителю вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы он не давал.

Исследовав материалы расследования, прихожу к следующему.

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; рекламодатель - 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.

В соответствии с пунктом 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «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 ФЗ «О рекламе».

Информация, распространенная на выделенный <...> телефонный номер <...>, 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.

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

Ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение

рекламы возложена на рекламораспространителей.

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 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 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 рекламораспространителя. 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.

Из документов, полученных в ходе рассмотрения заявления, следует, что телефонный номер <...>, выделенный Заявителю, относится к номерной емкости оператора связи - ПАО «Мобильные ТелеСистемы» (договор от 21.05.2015 об оказании услуг подвижной связи МТС, далее – ПАО «МТС»).

По информации, предоставленной оператором связи ПАО «МТС»,

с письмом от 14.02.2018 №СЗ 10/00122и (вх. от 14.02.2018 №689), оборудованием ПАО «МТС» зафиксировано 23.01.2018 в 19:29:26 поступление на абонентский номер <...>SMS-сообщения от отправителя <...>, который в свою очередь выделен<...>.

Необходимо отметить, что сотрудником Карельского УФАС России были сделаны звонки на номер телефона отправителя SMS-сообщения <...>, однако оператор связи сообщил о временном отключении указанных номеров телефонов. По номеру телефона, указанному в самом рекламном сообщении, ответили и представились «Автостолица».

Следует также отметить, что ООО «Связьсервис», отвечая на запрос Карельского УФАС России от 08.02.2018 №03-01/22/433, в письме от 20.02.2018 №126 (вх. от 02.03.2018 №1040) сообщило, что номер телефона, указанный в SMS-рекламе <...>, выделен ООО «Автореспублика» (ИНН 1001311314, юр. адрес: ул. Зайцева, д.63, пом. 2Н, г. Петрозаводск).

Согласно выписке из ЕГРЮЛ учредителем ООО «Автореспублика» является Ершов Алексей Николаевич, основной вид деятельности Общества –

техническое обслуживание и ремонт легковых автомобилей и легких грузовых автотранспортных средств.

С учетом изложенного, рассматриваемое SMS-сообщение могло быть отправлено в интересах ООО «Автореспублика».

Управление запросило у ООО «Автореспублика» необходимые документы и сведения, направив по юридическому адресу общества письмо от 20.03.2018 №03-01/22/985. На момент подготовки служебной записки ответ от ООО «Автореспублика» в адрес Карельского УФАС России не поступал.

При этом в рассматриваемом случае ООО «Автореспублика» будет выступать как рекламодаделец, а <...> будут выступать в роли рекламодателя.

Вместе с тем, как отмечено выше в силу положений части 7 статьи 38 и статьи 18 ФЗ «О рекламе» именно рекламодатель является лицом ответственным за получение согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи.

Согласно пункту 1 статьи 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.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации 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 либо рекламодателя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю, быть выражено явно.

При этом 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 которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, закрепляет положение, согласно которому оператор связи

абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Согласно пункту 22.1 статьи 2 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - это 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.

Выше установлено, что абонентский номер <...> выделен ПАО «МТС» Заявителю на основании договора об оказании услуг связи. Абонентский номер телефона <...>, с которого поступило рассматриваемое рекламное SMS-сообщение выделен ПАО «ВымпелКом» физическому лицу <...> на

основании договора об оказании услуг связи.

В материалы расследования доказательств получения предварительного согласия конкретного абонента, а именно <...>, на получение рассматриваемой SMS-рекламы не представлено ни ПАО «ВымпелКом», ни<...>.

При этом доказательств того, что фактическая рассылка сообщений осуществлялась иным способом, а не при помощи оборудования ПАО «ВымпелКом», который обладал возможностью контроля за содержанием передаваемых сообщений, в материалы расследования не предоставлено.

Таким образом, из вышеизложенного следует, что рекламодателем рассматриваемого рекламного SMS-сообщения может быть как ПАО «ВымпелКом», так и<...>.

При этом, с письмом от 14.03.2018 ПАО «ВымпелКом» представило копию договора об оказании услуг связи «Билайн» от 14.08.2017 №3G82-3G82001-12180/08 заключенного между ООО «Торгальянс» и ООО «ТопСвязь Плюс» (выступающего от лица Оператора - ПАО «ВымпелКом»), при этом договор об оказании услуг связи «Билайн» с<...> не представило.

Таким образом, действия ПАО «ВымпелКом», <...> и ООО «Торгальянс» по распространению 23.01.2018 в 19:29 SMS-рекламы с текстом: «ТО за 2990! Всё включено: работа+запчасти. АвтоСТОлица <...>» совершены с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», то есть вышеуказанная реклама распространена без предварительного согласия абонента.

На основании вышеизложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 2 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктом 20 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу №03-02/17-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Признать лицами, участвующими в деле:

заявитель: <...>

лица, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

- <...>

- ООО «Торгальянс» (ул. Люсиновская, д. 13/14, стр. 2, г. Москва, 115093);

- ПАО «Вымпел-коммуникации» (ул. Восьмого марта, дом 10, строение 14, г. Москва, 127083).

3. Назначить дело №03-02/17-2018 к рассмотрению на **18.04.2018 в 15 часов 00 минут по адресу: г. Петрозаводск, наб. Варкауса, д. 1-А, каб. 518.**

4. <...>, ООО «Торгальянс», ПАО «Вымпел-коммуникации» до 12.04.2018 (включительно) представить следующие сведения, документы (в надлежаще заверенных копиях):

- согласие (при его наличии) абонента телефонного номера +7921 221-25-13 на получение SMS-рассылки;

- пояснения об изготовлении и распространении вышеуказанного SMS-сообщения;

- письменное объяснение о том, каким образом осуществлялась вышеуказанная рассылка и выбор абонентов для SMS-рассылки;

- договоры, заключенные с третьими лицами на распространение вышеуказанной рекламы (SMS-рассылки) с приложением счетов, платежных поручений, актов выполненных работ, либо указание на отсутствие таковых;

- иную имеющуюся информацию и документы, которые могут способствовать принятию всестороннего, полного и объективного решения по данному делу (за исключением ранее представленной).

6. <...> до 12.04.2018 (включительно) представить следующие иную имеющуюся информацию и документы, которые могут способствовать принятию всестороннего, полного и объективного решения по данному делу (за исключением ранее представленной).

Явка лиц для участия в рассмотрении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе обязательна. При себе иметь документы, удостоверяющие личность и подтверждающие полномочия на представление интересов юридического лица, представителя в антимонопольном органе по данному делу.

Предупредить лиц, участвующих в рассматриваемом деле, что отказ или несвоевременное направление государственному органу сведений (информации), представление которых предусмотрено законом, а равно представление таких сведений в неполном объёме или искажённом виде, влечёт наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двух тысяч до десяти тысяч рублей; на юридических лиц - от

двадцати тысяч до двухсот тысяч рублей (часть 6 статьи 19.8 КоАП РФ).