

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Карелия (далее - Карельское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе **** – заместитель руководителя Карельского УФАС России, рассмотрев заявление физического лица по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

УСТАНОВИЛ:

В соответствии с пунктом 6 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 (далее – Правила) Федеральная антимонопольная служба (далее – ФАС России) вправе поручить своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по ходатайству своего территориального органа или по собственной инициативе независимо от места нахождения (места жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, или места распространения рекламы.

Указанным в пункте 6 Правил поручением является направленное ФАС России в адрес территориальных органов письмо № АД/401/14 от 14.01.2014, из которого следует, что в случае получения территориальным органом обращения гражданина, перенаправленного из ФАС России в силу пункта 6 Правил, указанное обращение подлежит рассмотрению получившим его территориальным органом, независимо от места жительства гражданина или места получения им нежелательной смс-рекламы.

Так, посредством электронной почты ФАС России в адрес Карельского УФАС России поступило заявление физического лица от 16.12.2017 (вх. от 18.12.2017 № 5826) о наличии признаков нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе», Закон) 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: +79506726747; SMS-центр: +79043490000; дата и время: 16.12.2017, 11:52; текст: «До 17 декабря выгода до 50 т.р. на б/у авто! goo.gl/4wbbHG 88126067088».

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

Заявление представлено в соответствии с требованиями пунктов 3.6-3.9 Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (утв. Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12).

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 «...» 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. Объектом рекламирования в данном случае является проводимая акция на бывшие в употреблении автотранспортные средства.

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.

В соответствии с частью 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.

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.

При обращении в ФАС России гражданин 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 - ФЗ «О связи») абонент – это 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 рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

Карельским УФАС России в адрес ООО «Т2 Мобайл» г. Москва (Теле2) был направлен запрос от 29.12.2017 № 03-01/185/4837 о предоставлении информации.

19.01.2018 № 39 (вх. № 227) Калининградский филиал ООО «Т2 Мобайл» сообщил о том, что рассылка SMS-сообщения, поступившего на абонентский номер «...» 16.12.2017 в 11:52, произведена с номера абонента +79005657947.

Абонентский номер <...> выделен обществу с ограниченной

ответственностью «Амстердам» (ОГРН: 1147847055586; ИНН: 7804526325; адрес регистрации юридического лица: 195220, г. Санкт – Петербург, пр-кт Гражданский, д. 41, литер А, офис 4; дата регистрации: 17.02.2014; далее – ООО «Амстердам», Общество) в рамках договора об оказании услуг связи от 31.03.2017 (с приложениями).

Кроме того, ООО «Т2 Мобайл» сообщило, что изначально ООО «Амстердам» был выделен абонентский номер <...> (пп. 276, стр. Приложение № 1), который впоследствии был самостоятельно изменен/заменен абонентом на абонентский номер <...> , с которого было отправлено спорное SMS-сообщение.

Из вышеуказанного следует, что отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована ООО «Амстердам».

В соответствии с частью 1 статьи 46 ФЗ «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.

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.

ООО «Т2 Мобайл», как оператор связи, соблюдая действующее законодательство, обеспечило возможность пропуска трафика по своим сетям связи.

В силу пункта 3.16 условий оказания услуг связи абонент не имеет право использовать услуги связи, оказываемые оператором, а также выделенный по договору абонентский номер в целях проведения рассылок рекламы и организации иных массовых рассылок, нарушающих требования действующего законодательства РФ, проведения лотерей, голосований, викторин, конкурсов, опросов, установки шлюзов, систем дозвола, оборудования для автоматизированного приема и обработки сообщений электросвязи (автоматизированных центров) организаций других мероприятий, направленных на извлечение прибыли, без письменного согласования с Оператором, а также не совершать иных действий, создающих угрозу для нормального функционирования сети связи, наносящих вред Оператору, другим Абонентам и /или третьим лицам, в том числе не распространять спам или вредоносное программное

обеспечение.

Вместе с тем, согласно пункту 6.1.2 условий оказания услуг связи ООО «Т2 Мобайл» как оператор связи вправе приостановить оказание услуг связи по договору с абонентом в случае, нарушения последним требований пункта 3.16 настоящих условий.

Таким образом, ООО «Амстердам» не имело права использовать услуги связи, оказываемые оператором, а также выделенный по договору абонентский номер в целях проведения рассылок рекламы и организации иных массовых рассылок, нарушающих требования действующего законодательства РФ.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ООО «Амстердам» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

При этом, ООО «Т2 Мобайл» как оператору связи надлежало соблюсти пункт 6.1.2 условий оказания услуг связи путем приостановления оказания услуг связи по договору с абонентом в случае, нарушения последним требований пункта 3.16 настоящих условий.

На запрос Карельского УФАС России от 31.01.2018 № 03-01/185/297 Обществом пояснений и запрашиваемых документов не предоставлено.

Согласно сведениям, с сайта Почты России – www.pochta.ru, почтовое отправление по адресу регистрации ООО «Амстердам» им не получено (срок хранения корреспонденции истек), что свидетельствует о возврате его отправителю с пометкой «истечение срока хранения».

В силу части 3 статьи 54 ГК РФ, юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений (статья 165.1), доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

В соответствии с частью 1 статьи 165.1 ГК РФ 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.

Следовательно, антимонопольным органом предприняты достаточные меры для извещения ООО «Амстердам» о проводимом расследовании по факту распространения рекламы посредством SMS-сообщения на мобильный номер абонента «...»«...» без его предварительного согласия, и получения от Общества необходимой информации. При этом ООО «Амстердам» как юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений.

По результатам проведенного расследования установлено, что возможность направления Обществом SMS-сообщений является результатом последовательности сделки, а именно, заключенного договора между ООО «Т2 Мобайл» и ООО «Амстердам», который позволяет Обществу с использованием технических ресурсов осуществлять формирование, содержание и отправку SMS-сообщений определенным им адресатам с использованием сетей подвижной радиотелефонной связи ООО «Т2 Мобайл».

Следовательно, можно сделать вывод, что фактическое (физическое) доведение рассматриваемого смс-сообщения до абонента без его согласия осуществило ООО «Амстердам», поэтому указанный хозяйствующий субъект является рекламораспространителем.

Обществом, в свою очередь каких-либо сведений о заказчике распространения спорного SMS-сообщения не предоставлено.

При этом ООО «Амстердам» не были представлены доказательства того, что спорное SMS-сообщение было передано Обществом абоненту «...». с его предварительного согласия, а также какие-либо сведения о заказчике распространения спорного SMS-сообщения.

Указанные действия ООО «Амстердам» отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» в отношении рекламораспространителя - распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае — смс-сообщений.

Таким образом, рекламораспространитель ООО «Амстердам», воспользовавшись техническими средствами ООО «Т2 Мобайл», не исполнило в должной мере положения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», распространив на телефонный номер <...> абонента Малафеева И.А. SMS-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя.

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 № 03-02/08-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Признать лицами, участвующими в деле:

заявитель: «...» («...»);

лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: ООО «Амстердам» (ОГРН: 1147847055586; ИНН: 7804526325; адрес регистрации юридического лица: 195220, г. Санкт – Петербург, пр-кт Гражданский, д. 41, литер А, офис 4; дата регистрации: 17.02.2014);

заинтересованное лицо: ООО «Т2 Мобайл» (Ленинградское шоссе д. 39 А, стр. 1, г. Москва, 125212).

3. Назначить дело № 03-02/08-2018 к рассмотрению на 15.03.2018 в 15 часов 00 минут по адресу: г. Петрозаводск, наб. Варкауса, д. 1-А, каб.518.

4. ООО «Амстердам» в срок до 05.03.2018 (включительно) **представить следующие сведения** (в надлежаще заверенных копиях):

- согласие абонента «...» на данную SMS-рассылку;
- договоры на распространение вышеуказанной рекламы (SMS-рассылки) с приложением счетов, платежных поручений, актов выполненных работ;
- письменное объяснение о том, каким образом осуществлялась вышеуказанная рассылка;
- представить информацию о цепочке лиц, при участии которых осуществлена отправка указанного SMS-сообщения; информацию о договорах, заключенных между данными лицами, на основании которых осуществлена отправка этого SMS-сообщения;
- представить всю имеющуюся информацию о лицах, состоявших в указанной цепочке, в том числе информацию о имеющихся контактах каждого лица (почтовый адрес (в случае, если с данным лицом ведется переписка по почте), адрес электронной почты, по которой ведется

переписка с данным лицом, телефоны должностных лиц указанного общества, с которыми поддерживается (поддерживалась) связь);

- иные документы и сведения, имеющие значение для дела, при наличии возражений – нормативное и документальное их обоснование.

4. ООО «Т2 Мобайл» в срок до 05.03.2018 (включительно) представить следующие сведения (в надлежаще заверенных копиях):

- договор оказания услуг связи между оператором связи и абонентом «...», «...»), а также детализацию услуг связи, согласие абонента на SMS-рассылку от ООО «Т2 Мобайл»;

- условия оказания услуг связи, по заключенному с ООО «Амстердам» договору, являющихся неотъемлемой частью договора;

- правовые основания несоблюдения ООО «Т2 Мобайл» как оператора связи пункта 6.1.2 условий оказания услуг связи;

- детализацию услуг связи по номеру телефона +79506726747 за 15.12.2017-17.12.2017;

- иные документы и сведения, имеющие значение для дела, при наличии возражений – нормативное и документальное их обоснование.

Явка ООО «Амстердам», 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 в органах государственной власти 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 (ч.6 ст. 19.8 КоАП РФ).