

ПАО «ВымпелКом»

8 Марта ул., д. 10, стр. 14,  
г. Москва, 127083

ООО «Интерлайн»

Сталеваров ул., д. 14, стр. 4,  
г. Москва, 111555

**РЕШЕНИЕ**  
**по делу № 3-18-35/77-18**

«20» марта 2018 года

г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии – <...> ,

членов Комиссии – <...><...>

рассмотрев дело № 3-18-35/77-18, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Последняя цена уходящего года — 14900. Фитнес в Бутово 84956436699 Qrx», поступившей 29.12.2016 в 17:24 с номера телефона +7-968-084-22-65, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в отсутствие представителей ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» (уведомлены надлежащим образом),

**УСТАНОВИЛА:**

Дело № 3-18-35/77-18 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом» и ООО «Интерлайн» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания:

«Последняя цена уходящего года — 14900. Фитнес в Бутово 84956436699 Qtx», поступившей 29.12.2016 в 17:24 с номера телефона +7-968-084-22-65.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «ВымпелКом» (адрес: 127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр 14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001.

ООО «Интерлайн» (адрес: 111555, г. Москва, ул. Сталеваров, д. 14, стр. 4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 01.12.2014 за основным государственным регистрационным номером 5147746436657, ИНН 7720834563, КПП 772001001.

Согласно материалам дела № 3-18-35/77-18 на номер телефона <...> 29.12.2016 в 17:24 поступила спорная реклама с номера телефона +7-968-084-22-65.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «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; электросвязь — любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей

электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Направление рекламы на конкретный номер лица предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного СМС-сообщения, поскольку является спецификой способа распространения сообщений по сетям электросвязи.

Под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации. При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, квалифицирующим признаком информации как рекламной является не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей, а ее адресованность неопределенному кругу лиц.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного СМС-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщения, в котором содержится предложение приобрести абонемент на посещение фитнеса, сведения о цене, указан номер телефона, отправитель, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к фитнес-

услугам.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 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.

Следует учитывать, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон или адрес электронной почты поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», 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 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.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы от ПАО «ВымпелКом» и ООО «Интерлайн» он не давал.

Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «ВымпелКом» и ООО «Интерлайн» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной

невозможности получения ПАО «ВымпелКом» и ООО «Интерлайн» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

В соответствии с Российским планом нумерации, а также письменными пояснениями ПАО «ВымпелКом», номер +7-968-084-22-65, с которого поступило спорное смс-сообщение, принадлежит номерной емкости ПАО «ВымпелКом».

В соответствии с письменными пояснениями ПАО «ВымпелКом», абонентский номер +7-968-084-22-65 выделен ООО «Интерлайн» по договору об оказании услуг связи Билайн № 622009733 от 09.10.2016 (далее - Договор).

Исходя из материалов дела, Договор об оказании услуг связи Билайн, заключаемый между ПАО «ВымпелКом» и абонентом, состоит из:

- бланка, содержащего учетные данные абонента, сведения о выделенном абоненту номере, заказанных абонентом услугах, выбранном абонентом тарифном плане и тому подобных сведений, идентифицирующих абонента и индивидуализирующих условия, на которых будут оказываться услуги связи;
- текста публичных условий договора, которые, в соответствии со статьей 426 Гражданского кодекса Российской Федерации, являются одинаковыми для всех потребителей (далее — Условия).

В соответствии с подпунктом 1 пункта 4.1 части 4 Условий абонент обязан использовать Услуги исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с предпринимательской деятельностью и получением дохода.

При этом, согласно пункту 1.2 части 1 Условий, под услугой понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Под услугами в рамках Договора понимаются услуги подвижной радиотелефонной связи; телематические услуги связи; услуги связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, услуги связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, дополнительные услуги, оказываемые оператором абоненту в соответствии с правилами оказания соответствующего вида услуг и условиями выданных оператору лицензий.

Согласно подпункту 4 пункта 4.1 части 4 Условий, абонент обязан не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации): для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок и т. д.

Таким образом, Договор, заключенный между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Интерлайн» не содержит условия предоставления услуг, связанных с распространением рекламы, а равно на прямую запрещает абоненту использовать телефонный номер для целей предпринимательской деятельности и получения дохода.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса 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 «Интерлайн», ПАО «ВымпелКом» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

В этой связи действия ООО «Интерлайн», ПАО «ВымпелКом» противоречат ранее приведенным положениям договора.

Обратного ООО «Интерлайн», ПАО «ВымпелКом» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание ПАО «ВымпелКом» получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче СМС-сообщений рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не подлежит судебной защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению СМС-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что ПАО «ВымпелКом» было осведомлено относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания им соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение на телефонный номер<...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Последняя цена уходящего года — 14900. Фитнес в Бутово 84956436699 Qrx», поступившей 29.12.2016 в 17:24 с номера телефона +7-968-084-22-65, с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатель и рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение рекламодателя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> в силу имеющихся между ними гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» являются рекламодателями рекламы «Последняя цена уходящего года — 14900. Фитнес в Бутово 84956436699 Qrx», поступившей 29.12.2016 в 17:24 с номера телефона +7-968-084-22-65.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу договора.

Ссылки ПАО «ВымпелКом» на Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи), в частности на тот факт, что данным законом исключается ответственность оператора связи за рассылку его клиентами СМС-сообщений, не соответствующих требованиям закона и условиям договора, не может быть приняты Комиссией Московского УФАС

России в связи со следующим.

Согласно части 3 статьи 3 Закона о связи, отношения в области связи, не урегулированные Законом о связи, регулируются другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации в области связи.

Так отношения по распространению посредством средств связи рекламной информации регулируется законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.

Нормы Закона о связи сами по себе не исключают ответственность того или иного лица в соответствии с Законом о рекламе.

Как установлено выше, ПАО «ВымпелКом» осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению СМС-рассылок, в том числе рекламного характера. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако, данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договор, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом» в рамках рассмотрения данного дела также признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Иное фактически выводило бы такого важного участника распространения рекламы по сетям электросвязи как оператор связи из под обязанности по соблюдению Закона о рекламе лишь на основании наличия соответствующей лицензии.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Последняя цена уходящего года — 14900. Фитнес в Бутово 84956436699 Qrx», поступившей 29.12.2016 в 17:24 с номера телефона +7-968-084-22-65, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской



Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (даже и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Московского УФАС России

#### РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «ВымпелКом» (ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301), ООО «Интерлайн» (ОГРН 5147746436657, ИНН 7720834563) нарушившими часть 1 статьи 18 при распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения ненадлежащей рекламы

следующего содержания: «Последняя цена уходящего года — 14900. Фитнес в Бутово 84956436699 Qrx», поступившей 29.12.2016 в 17:24 с номера телефона +7-968-084-22-65, без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Выдать ПАО «ВымпелКом», ООО «Интерлайн» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

Исполнитель: <...>