



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ВОЗБУЖДЕНИ ДЕЛА №066/05/18-715/2022 И НАЗНАЧЕНИИ ДЕЛА К РАССМОТРЕНИЮ

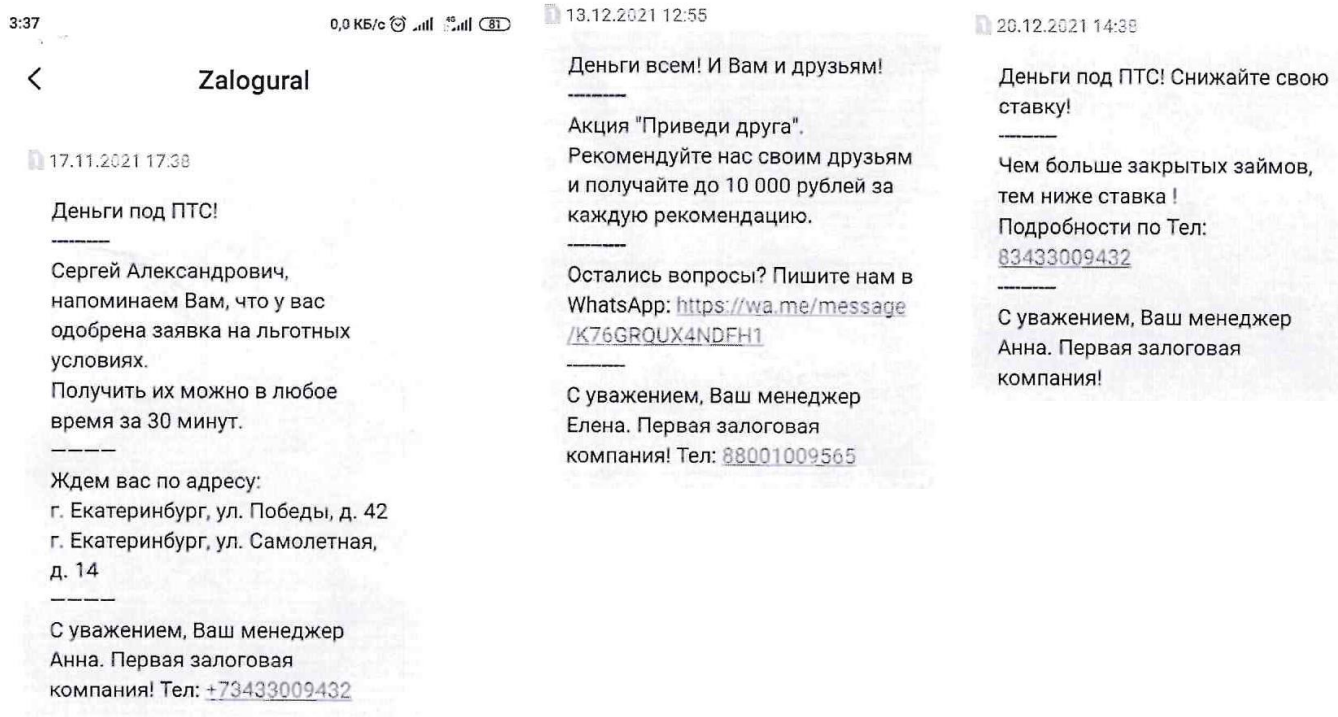
05 марта 2022 г.

г. Екатеринбург

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе <...> (заместитель руководителя Управления), рассмотрев заявление <...> (вх.№01-2705 от 08.02.2022) о распространении рекламы финансовых услуг «Первой залоговой компании» путем направления смс-сообщений 17.11.2021 в 17:38, 13.12.2021 в 12:52, 20.12.2021 в 14:38 на его абонентский номер <...> с короткого номера «Zalogural» с признаками нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛ:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило заявление <...> (вх.№01-2705 от 08.02.2022) с жалобой на распространение рекламы финансовых услуг «Первой залоговой компании» путем направления смс-сообщений 17.11.2021 в 17:38, 13.12.2021 в 12:52, 20.12.2021 в 14:38 на его абонентский номер <...> с короткого номера «Zalogural» без согласия на ее получение следующего содержания:



В Письме ФАС России от 04.06.2013 №АК/21587/13 «О порядке применения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» разъяснено, что в соответствии с [частью 1 статьи 18](#) Закона о рекламе признаки нарушения законодательства о рекламе содержатся в каждом действии по распространению рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента. При этом местом и

временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы, в том числе, в случае если реклама имеет идентичное содержание.

Факт поступления смс-сообщений 17.11.2021 в 17:38, 13.12.2021 в 12:52, 20.12.2021 в 14:38 на абонентский номер <...> с короткого номера «Zalogural» подтверждается детализацией услуг связи по абонентскому номеру <...>, представленной оператором связи заявителя ПАО «Мегафон» (вх.№01-4654 от 28.02.2022).

Законодательством Российской Федерации согласно ч. 4 ст. 5 Федерального закона от 27.07.2006 №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» могут быть установлены виды информации в зависимости от ее содержания или обладателя. При этом под **рекламой** в ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) понимается 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 (п. 1); под **объектом рекламирования** – 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 (п.2); под **товаром** – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (п.3).

Согласно п.1 ст.4 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» товар - объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

К объектам гражданских прав относятся вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, цифровые права); результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага (ст.128 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ).

В соответствии с письмом ФАС России от 27.12.2017 № АК/92163/17 «О разграничении понятий вывеска и реклама» рекламой признается информация, позволяющая четко обозначить, индивидуализировать конкретный объект рекламирования, выделить его среди однородных товаров и сформировать к нему интерес в целях продвижения на рынке.

В Письме ФАС России от 16.03.2012 №ИА/7867 «О рекламе на дорожных знаках» разъяснено, что к рекламной информации, направленной на формирование и поддержание интереса к определенному лицу и его продвижение на рынке относится указание следующей информации о лице:

- наименование юридического лица, индивидуального предпринимателя или название торгового предприятия данного лица (независимо от указания вида деятельности), выполненное с использованием товарных знаков, логотипов или иных индивидуализирующих данное лицо обозначений, цветов,
- контактная информация о лице (почтовый адрес, телефон, адрес сайта, электронной почты и т.п.),
- характеристика, описание лица, его деятельности,
- информация о производимых или реализуемых товарах.

Таким образом, характер информации и ее отнесение к рекламе либо не рекламе связан исключительно с ее **целевой направленностью** на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Как указано в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 № 4-П, реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

В соответствии с позицией, изложенной в пункте 16 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 №37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара.

В спорных смс-сообщениях указано наименование конкретного хозяйствующего субъекта - **«Первая залоговая компания»**, его контактные данные (адрес, телефон, ссылка на WhatsApp), сообщены сведения об оказываемых данным лицом финансовых услугах - **«Деньги под ПТС!»**, **«Деньги всем!»** и проводимой **акции «Приведи друга»**, что позволяет выделить конкретный хозяйствующий субъект и его услугу, сформировать к нему интерес с целью его продвижения на рынке, информация обладает распознаваемостью для потребителя, следовательно, является рекламой.

Кроме того, по своему содержанию информация, доведенная до заявителя посредством смс-сообщений, адресована неопределенному кругу лиц. 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 (Письмо ФАС РФ от 05.04.2007 № АЦ/4624). Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая (п.1 ст.19 ГК РФ). Имя, полученное гражданином при рождении, а также перемена имени подлежат регистрации в порядке, установленном для регистрации актов гражданского состояния (п.3 ст.19 ГК РФ). В тексте сообщения отсутствует обращение к абоненту по имени.

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.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер телефонного звонка.

Кроме того, 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, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

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.

При этом в случае направления посредством телефонного звонка информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она **носит обобщенный характер**, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, **несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента)**, представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются **рекламой**.

ФАС России в письме от 25.06.2013 №АК/24455/13 разъяснила, что **обобщенная информация не носит персонализированного характера, даже в случае упоминания имени и отчества абонента, представляет интерес для неопределенного круга лиц и является рекламой**.

Несмотря на то, что в смс-сообщении от 17.11.2021 указано имя абонента «Сергей Александрович», сведения о рекламируемой финансовой услуге **носят обобщенный характер**, направлены на формирование и поддержание интереса к объекту рекламирования – финансовым услугам «Первой залоговой компании». При этом, сообщение **завуалировано** под персональное предложение одобренного займа, направленное якобы в ответ на ранее поданную заявку, между тем, в сообщении не содержится сведений ни о дате и способе подачи такой заявки абонентом, ни об испрашиваемой абонентом сумме при подаче такой заявки, использованная **формулировка текста смс-сообщения является универсальной**, предназначенной для восприятия любым абонентом, в связи с чем не имеет ограничений по распространению, исходя из ее содержания.

Предложение не является персональным (не содержит какой-либо услуги, которой мог бы воспользоваться исключительно заявитель), при этом, информация носит обобщенный характер, представляет интерес для неопределенного круга лиц (**заинтересовавшись возможностью получить займ в виде «денег под ПТС», любой абонент может связаться с оператором предлагаемым ему способом, потребитель таким образом узнает о такой компании-займодавце как «Первая залоговая компания», короткий номер «Zalogural»** предназначен для одновременной массовой рассылки идентичных смс-сообщений с разницей лишь в имени адресата, которое меняется автоматически).

Во вступившем в силу решении Арбитражного суда г. Москвы от 25.12.2019 по делу №А40-205487/19-154-1742 нашла свое отражение позиция о том, что **следует исходить из возможности отображения однообразных предложений с несколько отличающимися условиями разным абонентам**. При этом сам факт автоматического формирования такой информации и отображение ее клиенту свидетельствует о цели рекламодателя (рекламораспространителя) привлечения внимания неопределенного круга лиц к собственным услугам (товарам) и себе, как продавцу таких товаров, в том числе путем предоставления определенных бонусов, скидок и т. п., формируемых на основании отдельных характеристик клиента и имеющейся о нем информации. Представляется безусловным существенное изменение со временем условий распространения рекламы с использованием автоматизированных систем и иного программного обеспечения, а также учитывая наличие у рекламораспространителя большого объема персональных данных лиц (клиентов). Подобная «клиентоориентированность» и **способность видоизменять рекламу под конкретного получателя (клиента) представляется логичным развитием способов распространения рекламы и не может свидетельствовать о нерекламном характере таких сообщений**. Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном клиенте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением оператора связи, но и **систематичность, массовость распространения предложений и их конечную цель**. Такая информация, сознательно доводимая распространителем исключительно до лиц, являющихся его клиентами, при этом создана и адресована неопределенному лицу, может быть воспринята любым потребителем. Иное толкование закона фактически привело бы к тому, что любая информация, распространяемая определенному количеству лиц, например, только держателям клубных карт, только читателям определенного средства массовой информации и т.п., не являлась бы рекламой. Доводы заявителя

об «определенности круга лиц», построенные на том, что рекламу не могли воспринять абсолютно все потенциальные потребители рекламы в Российской Федерации, являются безосновательными, так как любая реклама имеет определенные объективные адресные ограничения (например, наружная реклама, распространенная в г. Москве, не может быть признана не рекламой исключительно по причине «определенности круга потребителей такой рекламы жителями г. Москвы», а реклама финансовых услуг направлена на «определенный круг лиц — дееспособных граждан старше 18 лет»).

Также вывод о том, что смс-сообщение с номера «900» «*Тумас Крикович, напоминаем, до 30 сентября Вы можете получить только по паспорту предварительно одобренный Вам кредит: 179000,0 руб. по 22% годовых на 60 мес. Платёж всего 4944 руб. в мес.! Подробнее в любом отделении – пароль 2753961260В. Ваш Сбербанк*» является рекламой, отражен во вступившем в силу Решении Пятнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 15.09.2021 по делу №А53-9616/2015, в котором указано, что соответствующая позиция апелляционного суда основана на сложившейся судебной практике (постановление 9ААС от 25.12.2014 по делу №А40-104035/14, оставленное без изменения постановлением АС Московского округа от 16.04.2015, постановление 12 ААС от 02.09.2014 по делу №А12-9304/2014, постановление АС Поволжского округа от 27.01.2015 г. по делу №А12-9304/2012).

Во вступившем в силу Решении Арбитражного суда Свердловской области от 25.01.2021 по делу №А60-58913/2020, отражен вывод о том, что **указание** в каждом из платежных документов **фамилии, имени и отчества его получателя**, индивидуальный расчет рекомендованного платежа, **не делает данную информацию персонафицированной, позволяя лишь завуалировать рекламу под индивидуальное сообщение.**

Аналогичный подход изложен в судебных решениях по делам №А40-25119/16, №А40-110116/15, №А40-225838/2019, №А40-97793/20, №А40-146238/20-92-1057

Таким образом, спорные смс-сообщения являются рекламой, поскольку отвечают признакам рекламы, перечисленным в п.1 ст.3 Закона о рекламе, в связи с чем, на них распространяются требования указанного закона.

В соответствии с **ч. 1 ст. 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 **рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.**

Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в **пункте 15** постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда 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 рекламораспространителя.** 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.

При этом, согласно позиции, изложенной в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 01.02.2018 №Ф05-21313/2017 по делу №А40-64096/17, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 N 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных **интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях**, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса

и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям **видимости законности**, что недопустимо в контексте п. 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

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 рекламораспространителя.

В рассматриваемом случае до заявителя путем смс-сообщений была доведена именно реклама, цель сообщений изначально была связана с рекламированием, при этом, рекламораспространитель обязан представить доказательства того, что **располагал предварительным согласием абонента (проверил его наличие)** на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя посредством использования телефонной связи **до начала распространения рекламных смс-сообщений**.

Заявитель – абонент номера <...> указал, что не давал согласие на получение рекламы с короткого номера «Zalogural».

Согласно **ч.13 ст.28 Закона о рекламе** реклама услуг по предоставлению потребительских займов лицами, не осуществляющими профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов в соответствии с Федеральным **законом** «О потребительском кредите (займе)», не допускается.

Согласно ч.1 ст.3 Федерального закона от 21.12.2013 №353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (далее - Закон о потребительском кредите (займе)):

- потребительский кредит (заем) - денежные средства, предоставленные кредитором заемщику на основании кредитного договора, договора займа, в том числе с использованием электронных средств платежа, в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности (далее - договор потребительского кредита (займа), в том числе с лимитом кредитования (п.1);

- заемщик - физическое лицо, обратившееся к кредитору с намерением получить, получающее или получившее потребительский кредит (заем) (п.2);

- кредитор - предоставляющая или предоставившая потребительский кредит кредитная организация, предоставляющие или предоставившие потребительский заем кредитная организация и некредитная финансовая организация, которые осуществляют профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов, лица, осуществляющие в соответствии со **статьей 6.1** настоящего Федерального закона деятельность по предоставлению кредитов (займов) физическим лицам в целях, не связанных с осуществлением ими предпринимательской деятельности, и обязательства заемщиков по которым обеспечены ипотекой, а также лицо, получившее право требования к заемщику по договору потребительского кредита (займа) в порядке уступки, универсального правопреемства или при обращении взыскания на имущество правообладателя (п.3).

Профессиональная деятельность по предоставлению потребительских займов - деятельность юридического лица или индивидуального предпринимателя по предоставлению потребительских займов в денежной форме (кроме займов, предоставляемых работодателем работнику, займов, предоставляемых физическим лицам, являющимся учредителями (участниками) или аффилированными лицами коммерческой организации, предоставляющей заем, займов, предоставляемых брокером клиенту для совершения сделок купли-продажи ценных бумаг, и иных случаев, предусмотренных федеральным законом) (п.5 ч.1 ст.3 Закона о потребительском кредите (займе)).

Профессиональная деятельность по предоставлению потребительских займов осуществляется кредитными организациями, а также некредитными финансовыми организациями в случаях, определенных федеральными законами об их деятельности (ст.4 Закон о потребительском кредите (займе)).

В ст. 2 Закона о потребительском кредите (займе) наряду с кредитными организациями указаны лица, которые могут осуществлять профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов, а именно: микрофинансовые организации (Федеральный закон от 2 июля

2010 года №151-ФЗ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях»), кредитные и сельскохозяйственные кооперативы (Федеральный закон от 18 июля 2009 года №190-ФЗ «О кредитной кооперации», Федеральный закон от 8 декабря 1995 года №193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»), ломбарды (Федеральный закон от 19 июля 2007 года №196-ФЗ «О ломбардах», далее - Закон о ломбардах).

Деньги под залог ПТС предлагает «Первая залоговая компания». Между тем, в **Реестрах субъектов микрофинансирования, размещенных на сайте Центрального Банка РФ <https://cbr.ru/microfinance/registry/>**, отсутствуют сведения о лице под наименованием «Первая залоговая компания» (за исключением сведений в Государственном реестре микрофинансовых организаций об Обществе с ограниченной ответственностью «Микрокредитная компания «Первая залоговая компания» (ИНН 1656092279) во вкладке «Исключенные», при этом ООО «МКК «ПЗК» согласно данным ЕГРЮЛ прекратило деятельность еще 06.12.2018).

В соответствии с ч.6 ст.38 Закона о рекламе ответственность за нарушение ч.13 ст.28 Закона о рекламе несет как рекламодаделец, так и рекламодатель.

Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (п. 5 ст. 3 Закона о рекламе).

Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе).

Рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п. 7 ст. 3 Закона о рекламе).

Закон о рекламе возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателя, а Федеральный закон от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) на заказчика рассылки.

Рассылка согласно п.22.1 ст.2 и ст.44.1 Закона о связи осуществляется исключительно по сети подвижной радиотелефонной связи.

Рассылка по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с тем и только тем оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого и только которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются **услуги по осуществлению рассылки**, оказываемые заказчику рассылки оператором сети подвижной радиотелефонной связи (ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи), а рассылка, осуществляемая с нарушением данного требования Закона о связи, является незаконной (ч. 3 ст. 44.1 Закона о связи).

При этом, структура отношений по оказанию услуг по осуществлению рассылки схожа с оказанием услуг почтовой связи, где почтовое отправление равнозначно короткому текстовому сообщению, адресат - абоненту, отправитель - заказчику рассылки, оператор почтовой связи - оператору сети подвижной радиотелефонной связи, но с одной лишь особенностью, что оператор почтовой связи, с которым отправитель заключает договор об оказании услуг, предопределяется адресатом, а не выбирается отправителем.

Также оператор связи в силу ч. 1 ст. 46 Закона о связи обязан прекратить оказание услуг по пропуску по своей сети подвижной радиотелефонной связи **трафика, содержащего осуществляемую с нарушением требований Закона о связи рассылку**. При этом, **услугой по пропуску трафика** в п. 34 ст. 2 Закона о связи признается деятельность, направленная на удовлетворение потребности операторов связи в пропуске трафика между взаимодействующими сетями электросвязи, а к оказываемым оператором сети подвижной радиотелефонной связи услугам по пропуску трафика согласно пп. «а» п. 2 Приложения № 2 к Правилам **присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия** (утв. Постановлением Правительства РФ от 28.03.2005 № 161), относится услуга зонного завершения вызова на сеть оператора связи, представляющая собой деятельность, направленную на обеспечение пропуски трафика **от точки присоединения к сети оператора связи к пользовательскому (оконечному) оборудованию**, подключенному к сети связи **того же оператора** подвижной радиотелефонной связи.

Таким образом, рассылка (короткое текстовое сообщение) формируется исключительно оборудованием, подключенным (присоединенным) **к сети подвижной радиотелефонной связи**, и объективно может быть доведена до абонента сети подвижной радиотелефонной связи **либо** посредством подключения оборудования заказчика рассылки к такой сети связи оператора связи, абоненту которого предназначена рассылка, **либо** подключения такого оборудования к смежной

(присоединенной) взаимодействующей сети связи и пропуска из такой присоединенной (смежной) взаимодействующей сети связи трафика, содержащего эту рассылку. Причем в последнем случае заказчик рассылки также должен иметь договор с тем оператором связи сети подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка, поскольку осуществленная в отсутствие такого договора рассылка будет незаконной, а пропуск оператором сети подвижной радиотелефонной связи, обслуживающим абонента, трафика, содержащего рассылку этому абоненту - недопустимым.

Следовательно, в случае осуществления оператором сети подвижной радиотелефонной связи рассылки (включающей в себя рекламные сообщения) **не на основании** договора об оказании услуг по осуществлению рассылки **и (или) по договору, заключенному не с заказчиком** рассылки, он заведомо допускает незаконную рассылку и бездействует относительно возложенной на него законом безусловной обязанности прекратить оказание услуг по пропуску по своей сети трафика, содержащего незаконную рассылку (в том числе рекламу).

Таким образом, применительно к распространению не по инициативе оператора связи рекламы **по сети подвижной радиотелефонной связи** посредством передачи абонентам коротких текстовых сообщений **рекламораспространителем является исключительно заказчик рассылки, на которого и только которого возлагается обязанность подтвердить наличие согласия абонента, а потому рекламораспространителем является сторона договора об оказании услуг по осуществлению рассылки.**

Заявитель сообщил, что является абонентом **оператора сети подвижной радиотелефонной связи в лице ПАО «Мегафон».**

ПАО «Мегафон» сообщило (вх.№01-4654 от 28.02.2022) следующее: «Отправка указанных в запросе SMS-сообщений осуществлена **ООО «СМС-центр»** (далее - **Заказчик**) на основании заключенного с Оператором договора.

В соответствии с договором № ДМИ-СМСЦ-260220 от 26.02.2020 г. и соглашением о передаче прав и обязанностей от 01.05.2021 г. Оператор оказывает Заказчику услуги по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов (далее - РИМ) Заказчика (Клиента Заказчика) среди абонентов, а также по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса.

*17.11.2021 в 17-38, 13.12.2021 в 12-52, 20.12.2021 в 14-38 оборудованием Оператора зафиксировано отправление на номер <...> SMS-сообщений от отправителя, имеющего буквенное обозначение «Zalogural», выделенное **ООО «СМС-центр»**. Отправка указанного SMS-сообщения (размещение РИМ среди абонентов) было осуществлено по базе абонентов Заказчика.*

Согласно п. 3.9 договора в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов Заказчика последний обязуется до размещения РИМ получить согласие абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ).

В соответствии с п. 4.11 договора в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов Заказчика последний обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Заказчиком получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы. В случае не подтверждения либо отзыва согласия абонента на получение РИМ Заказчик обязуется незамедлительно прекратить направление РИМ посредством SMS/MMS/USSD-сообщений такому абоненту, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от Оператора.

Согласно п. 4.8 договора Заказчик при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов Заказчика гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы.

В соответствии с п. 4.7 договора Заказчик гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации.

*Согласно статье 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» **рекламораспространителем признается лицо, осуществляющее распространение рекламы, то***

есть действия такого лица должны быть направлены на достижение целей рекламирования какого-либо объекта.

Оказывая услугу по передаче коротких текстовых сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, **ПАО «МегаФон» осуществляет только передачу получателю информации, сформированной Заказчиком (клиентом Заказчика), имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи.**

Таким образом, **распространителем рекламы в данном случае является Заказчик или третье лицо, рассылку чьих материалов он заказывает, то есть лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые ПАО «МегаФон».**

Поскольку ПАО «МегаФон» оказывает именно услуги связи на основании публичных договоров, то оператором не может быть отказано в передаче сообщений по сети подвижной связи. При этом оператор связи не может являться распространителем рекламы, в связи с чем в действиях ПАО «МегаФон» отсутствуют нарушения законодательства о рекламе.

ПАО «МегаФон» были приняты все зависящие от него меры по соблюдению абонентами требований законодательства, в т.ч. в договоре с Заказчиком предусмотрены вышеуказанные обязательства Заказчика и меры ответственности за их неисполнение. ПАО «МегаФон» не может предвидеть, что Заказчиком и его клиентами будут нарушаться положения договора, а также законодательства в сфере рекламы и связи, и исходит из презумпции добросовестности участников гражданского оборота.

Таким образом, ПАО «МегаФон» не допущено нарушений законодательства Российской Федерации о рекламе».

Между тем, если представленный договор № ДМИ-СМСЦ-260220 от 26.02.2020, заключенный между оператором сети подвижной радиотелефонной связи ПАО «Мегафон» и ООО «СМС-центр» не является договором, предусмотренным ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи, оператор связи, для признания осуществленной им рассылки законной, обязан иметь и представить такой договор, указать лицо, которое явилось заказчиком рассылки (определяется оператором связи как «инициатор рассылки», «клиент заказчика рассылки», «третье лицо, рассылку чьих материалов он (заказчик) заказывает, то есть лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые ПАО «МегаФон»).

Предполагаемыми рекламодателями рассматриваемой рекламы являются ПАО «Мегафон» и ООО «СМС-центр».

Предполагаемым рекламодателем является ООО «Первая компания» (454080, г. Челябинск, ул. Энгельса, д.40, пом. 1, ОГРН: 1197456020189, дата присвоения ОГРН: 25.04.2019, ИНН: 7453328233, КПП: 745301001), являющаяся правообладателем товарного знака «Первая уральская залоговая компания» (№739276 от 16.12.2019).

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 24, 25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утв. Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Возбудить производство по делу №066/05/18-715/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

2. Признать лицами, участвующими в деле:

- заявитель: <...> (<...>),

- лица, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства:

1) ПАО «Мегафон» (пер. Оружейный, 41, г. Москва, 127006, ОГРН: 1027809169585, дата присвоения ОГРН: 15.07.2002, ИНН: 7812014560, КПП: 770701001),

2) ООО «СМС-центр» (123112, г. Москва, Пресненская набережная, д. 12, офис А35, ОГРН: 1117746756489, дата присвоения ОГРН: 26.09.2011, ИНН: 7724805644, КПП: 770301001)

3) ООО «Первая компания» (454080, г. Челябинск, ул. Энгельса, д.40, пом. 1, ОГРН: 1197456020189, дата присвоения ОГРН: 25.04.2019, ИНН: 7453328233, КПП: 745301001).

4. Назначить дело к рассмотрению на **04 апреля 2022 г. в 14 час. 30 мин.** по адресу: г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, 3 этаж, зал заседания комиссии (каб. 314) путем проведения видеоконференцсвязи через систему TrueConf, для участия в которой в указанное время необходимо перейти по ссылке <https://fas2.tconf.rt.ru/c/0078096836>

5. **ПАО «Мегафон»** на основании ст.34 Закона о рекламе представить в Свердловское УФАС России в срок **до 30 марта 2022 г.** следующие документы и сведения:

1) копии учредительных документов;

2) копию договора на оказание услуг связи по абонентскому номеру <...>, включая все имеющиеся приложения;

3) мотивированное пояснение относительно того, **является ли** представленный **Договор №ДМИ-СМСЦ-260220 от 26.02.2020, заключенный между ПАО «Мегафон» и ООО «СМС-центр», договором, предусмотренным ч.2 ст.44.1 Закона о связи.** В случае отрицательного ответа, представить договор, в рамках которого была осуществлена спорная рассылка, и который является договором, предусмотренным ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи, а также **указать как** лицо, которое явилось заказчиком рассылки (определяется оператором связи также как *«инициатор рассылки», «клиент заказчика рассылки», «третье лицо, рассылку чьих материалов он (заказчик) заказывает, то есть лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые ПАО «МегаФон»*), **так и всех лиц, принявших участие в данной рассылке (с приложением подтверждающих материалов);**

4) в случае, если Договор №ДМИ-СМСЦ-260220 от 26.02.2020, заключенный между ПАО «Мегафон» и ООО «СМС-центр», не является договором, предусмотренным ч.2 ст.44.1 Закона о связи, а иных договоров на осуществление данной рассылки ПАО «Мегафон» не заключало, представить материалы, подтверждающие наличие согласия заявителя на распространение спорной рекламы;

5) сведения о лице, явившемся рекламодателем указанной рекламы (с приложением подтверждающих документов);

б) материалы, подтверждающие факт прекращения распространения рекламных смс-сообщений на абонентский номер <...> с короткого номера «Zalogural» (в случае принятия подобных мер);

7) письменное объяснение по факту распространения рекламы с признаками нарушения рекламного законодательства.

6. **ООО «СМС-центр»** на основании ст.34 Закона о рекламе представить в Свердловское УФАС России в срок **до 30 марта 2022 г.** следующие документы и сведения:

1) копии учредительных документов;

2) копию договора, в рамках которого обществом оказывались услуги по осуществлению рассылки с использованием короткого номера «Zalogural» (при наличии, включая все имеющиеся приложения), а также сведения **обо всех лицах, принявших участие в данной рассылке (с приложением подтверждающих материалов);**

3) копии документов, подтверждающих получение согласия абонента <...> на распространение рекламы с короткого номера «Zalogural» (при наличии);

4) сведения о лице, явившемся рекламодателем указанной рекламы (с приложением подтверждающих документов);

5) материалы, подтверждающие факт прекращения распространения рекламных смс-сообщений на абонентский номер <...> с короткого номера «Zalogural» (в случае принятия подобных мер);

б) письменное объяснение по факту распространения рекламы с признаками нарушения рекламного законодательства.

7. **ООО «Первая компания»** на основании ст.34 Закона о рекламе представить в Свердловское УФАС России в срок **до 30 марта 2022 г.** следующие документы и сведения:

1) копии учредительных документов;

2) копию утвержденного макета рекламы (всех перечисленных видов);

3) копию договора с рекламораспространителем рассматриваемой рекламы (со всеми имеющимися приложениями);

4) сведения о количестве смс-сообщений с аналогичным содержанием, направленных

иным абонентам с короткого номера «Zalogural»;

5) сведения о периоде распространения спорной рекламы (с приложением подтверждающих документов);

6) копии документов, подтверждающих получение согласия абонента <...> на распространение рекламы с короткого номера «Zalogural» (при наличии);

7) материалы, подтверждающие факт прекращения распространения рекламных смс-сообщений на абонентский номер <...> с короткого номера «Zalogural» (в случае принятия подобных мер);

8) материалы, подтверждающие, что ООО «Первая компания» является лицом, осуществляющим профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов в соответствии с Федеральным **законом** «О потребительском кредите (займе)»;

9) письменное объяснение по факту распространения рекламы с признаками нарушения рекламного законодательства.

Явка лиц, участвующих в деле, для участия в рассмотрении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе обязательна.

*Непредставление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган сведений (информации), предусмотренных **законодательством** о рекламе, а равно представление таких сведений (информации) в неполном объеме или в искаженном виде либо представление недостоверных сведений (информации) влечет 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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).*

Управление рекомендует представить расписку о выборе формы получения процессуальных документов (указать номер дела) путем их направления по адресу электронной почты, указанной в расписке, с подтверждением того, что такой способ получения процессуальных документов будет являться надлежащим уведомлением (расписка должна быть заполнена физическим, должностным лицом лично либо законным представителем юридического лица с приложением надлежащим образом заверенной копии документа, подтверждающего полномочия).

Председатель Комиссии

<...>