



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

РЕШЕНИЕ

по делу № 066/05/18-18/2023

06 апреля 2023 г.

Резолютивная часть оглашена 24.03.2023

В полном объеме изготовлено 06.04.2023

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе в составе (Приказ Свердловского УФАС России от 17.09.2020 № 348):

председатель Комиссии <...> – заместитель руководителя управления;

члены Комиссии <...> – начальник отдела контроля органов власти;

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля органов власти;

рассмотрев в рамках Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утв. Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922 (далее – Правила), дело по признакам нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

с участием в качестве:

заявителя – физическое лицо (извещено, явка не обеспечена),

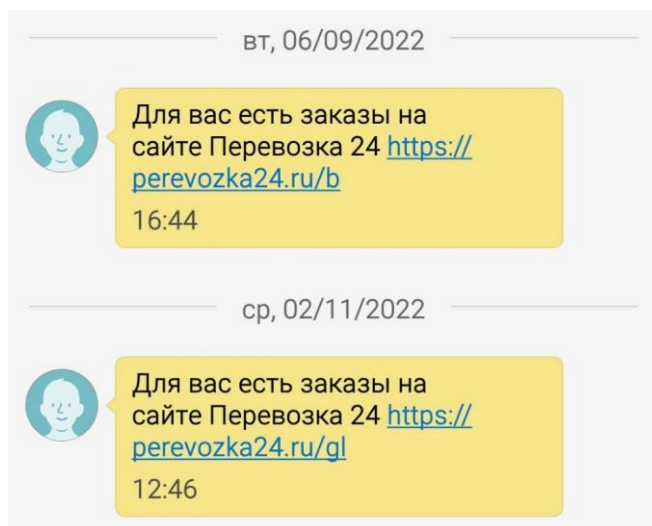
лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО Екатеринбург-2000»: <...> (по доверенности), ИП <...>: <...> (по доверенности),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 066/05/18-18/2023 по признакам нарушения рекламного законодательства возбуждено Определением от 10.01.2023 в отношении ООО «Екатеринбург-2000», ИП <...> на основании сведений, содержащихся в обращении физического лица.

Определением от 10.01.2023 рассмотрение дела назначено на 06.02.2023, с отложением на 24.03.2023 в связи с необходимостью получения дополнительной информации.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило **обращение физического лица** (вх. № 14591-ЭП/22 от 14.12.2022) с жалобой на поступление 06.09.2022 в 16:44 и 02.11.2022 в 12:46 на его абонентский номер 8-<...> смс-сообщений рекламного характера от адресата «INFO», согласие на получение которых заявитель не давал, а именно:



Как указал заявитель, на странице сайта <https://perevozka24.ru/contacts> содержится следующая информация:

ИП <...>

ИНН: <...>

ОГРН: <...>

Почтовый адрес: <...>

Адрес офиса: <...>.

Как указал заявитель, он является абонентом ПАО «Мегафон».

Согласно информации, размещенной на официальном сайте ФГБУ НИИ Радио, абонентский номер 8-<...>, на который поступило рекламное смс-сообщение, относится к ресурсу нумерации оператора связи ООО «Екатеринбург-2000» (Свердловская обл.).

ООО «Екатеринбург-2000» в письменных объяснениях (вх. № 2072-ЭП/23 от 01.02.2023), а также на заседании комиссии сообщило следующее.

Определением от 10.01.2023 г. о возбуждении дела № 066/05/18-18/2023 по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе ООО «Екатеринбург-2000» признано лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «Екатеринбург-2000» не может согласиться с таким выводом антимонопольного органа и для вынесения обоснованного решения предлагает принять во внимание юридически значимые факты и обстоятельства, изложенные в настоящих объяснениях по делу, а также приложенные к ним документы.

Между ООО «Девино Телеком» (Заказчик) и ООО «Екатеринбург-2000» (Оператор) заключен Договор № 51-000239 от 01.02.2015, по условиям которого Оператор предоставил Заказчику «SMS-услуги» посредством подключения по протоколу SMMP v. 3.4 к своему оборудованию, а Заказчик обязался оплатить оказанные услуги в соответствии с условиями настоящего Договора (п. 2.1 Договора).

При предоставлении «SMS-услуги» Оператор предоставил Заказчику возможность направлять SMS-сообщения с использованием короткого текстового номера отправителя (ИСНН) в соответствии с п. 2.1 Договора.

В силу п. 3.2.4. Договора Заказчик обязан использовать SMS-услугу только для передачи информации абонентам, в соответствии с нормами законодательства РФ, в том числе в соответствии с ФЗ «О рекламе».

Из изложенных положений Договора и смысла правоотношений, Оператор фактически оказывает услугу связи Заказчику в рамках собственной лицензионной деятельности. Номер ИСНН «INFO», указанный в тексте Определения о возбуждении дела от 10.01.2023 г., был предоставлен Заказчику при заключении Дополнительного соглашения № 18 от 01.07.2020.

В силу п. 3.2.10. Договора, если на абонентский номер планируется отправка SMS-сообщений, то Заказчик обязан в обязательном порядке получить от абонента предварительное согласие на получение таких SMS - сообщений.

В Приложении № 5 к Договору установлены Правила предоставления SMS-услуг. Согласно п. 2 Приложения № 5 Заказчику предоставляется логин и пароль. С использованием логина и пароля Заказчик инициирует оказание SMS-услуг, путем передачи сообщений через оборудование Оператора (п. 3 Приложения № 5).

В силу п. 5.9. Договора ООО «Екатеринбург-2000» обеспечивает отpravку SMS-сообщений через свое оборудование в их неизменном содержании и объеме.

Следовательно, участие ООО «Екатеринбург-2000» в деятельности по рассылке SMS-сообщений обусловлено договорными отношениями с ООО «Девино Телеком». По условиям договора ООО «Екатеринбург-2000» не вправе по своей инициативе инициировать рассылку, не отвечает ни за определение круга абонентов, получающих рассылку, ни за содержание самих сообщений рассылки. Более того, ООО «Екатеринбург-2000» не имеет доступа к содержанию SMS-сообщения, пересылаемого по средствам сети связи.

Условия же Договора (п.п. 3.2.4, 3.2.7, 3.2.10, 3.2.15) однозначно возлагают на Заказчика обязанность получать предварительное согласие абонентов на рассылку.

При этом, в силу ч. 1, ст. 44.1 Закона о связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В силу п. 6. ст. 45 Закона о связи, абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование (оконечное оборудование) коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, за исключением сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Требований о прекращении рассылки от абонента +7<...> в адрес ООО «Екатеринбург-2000» не поступало. Не поступали в адрес ООО «Екатеринбург- 2000» и требования, предписания государственных органов о прекращении рассылки на номер +7<...>.

Часть 5 статьи 10 Гражданского кодекса РФ устанавливает презумпцию добросовестности сторон гражданских правоотношений. Следовательно, ООО «Екатеринбург-2000» в силу закона и Договора, справедливо предполагая добросовестность своего контрагента, не имело права вмешиваться во внутреннюю хозяйственную деятельность ООО «Девино Телеком» с целью установления наличия согласия абонентов на получение рассылки, а также содержания рассылки и, тем более, препятствовать передаче SMS-рассылке, поскольку не получало жалоб абонентов на осуществление рассылки без их согласия.

Таким образом, в силу условий представленного Договора и Приложения № 5 к нему, текст SMS-сообщений, перед их отправкой через оборудование Оператора, формируется непосредственно Заказчиком. Ответственность за содержание SMS - сообщений и наличие согласия абонентов на их доставку несет Заказчик. ООО «Екатеринбург-2000» не знало и не могло знать, что отсутствует согласие абонента на получение сообщений. По условиям договора предполагается, что согласие абонента всегда имеется.

Согласно положениям ст. 3 Закона о рекламе - реклама представляет собой информацию, распространенную любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижению на рынке. В свою очередь, ненадлежащей рекламой признается реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В силу положений 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. 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 указанных требований, по смыслу ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

В соответствии с правовой позицией Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в Постановлении от 30.03.2015 по делу N 305-АД15-1441, именно конечный заказчик рекламы (инициатор рассылки) является рекламодателем в силу положений Закона о рекламе, если это прямо предусмотрено положениями договоров, заключенных с лицами, осуществляющими рассылку сообщений.

В указанном Постановлении Верховного Суда РФ также отмечено, что, если положениями договора предусмотрено, что именно заказчик является единственным составителем всех смс-сообщений, отправляемых в рамках договора, то есть именно он является рекламодателем и рекламодателем указанных сообщений, именно он определяет их конечных получателей (абонентов), а исполнитель лишь создает техническую возможность для отправки этих сообщений, то оператор связи не может рассматриваться как рекламодатель SMS-сообщений.

В Постановлении Верховного Суда РФ от 02.08.2016 № 305-АД 16-3910 по делу N А40-38891/2015 содержится вывод, что если лицо не определяет самостоятельно конечного абонента (получателя рекламы), а лишь создает техническую возможность для заказчика направлять сообщения, то оно не является рекламодателем.

Исходя из изложенных норм права и разъяснений Верховного суда РФ, с учетом содержания представленного Договора и приложений к нему, ООО «Екатеринбург- 2000» не является рекламодателем. В данном случае ООО «Екатеринбург-2000» выступает в качестве оператора связи, оказывающего услугу по направлению SMS-сообщений Заказчика - создает техническую возможность для направления SMS-сообщений.

Данный правовой подход нашел свое отражение в Решение Свердловского У ФАС России от 16.05.2022 по делу № 066/05/18-715/2022.

ООО «Екатеринбург-2000» не имело возможности предотвратить административное правонарушение.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона 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.

Согласно ст. 63 Закона о связи, операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых

отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Законодательство не содержит императивных норм, обязывающих операторов связи осуществлять контроль за рассылкой и содержанием SMS-сообщений, осуществленных абонентами оператора. При оказании услуги по передаче SMS-сообщений оператор связи не располагает сведениями о том, какая именно информация (рекламная или личного характера) включена отправителем в смс-сообщение и будет передана получателю. При этом услуга передачи SMS-сообщений отнесена к услугам связи, и, следовательно, при ее оказании, оператор связи не вправе отказывать в предоставлении услуги; обязан обеспечить абоненту и (или) пользователю возможность пользования услугами телефонной связи 24 часа в сутки (п. 6 Правил оказания услуг телефонной связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 N 1342); обязан обеспечить соблюдение тайны связи (ст. 23 Конституции Российской Федерации и ст. 63 Федерального закона от 07.07.2003 г. N 126-ФЗ "О связи").

В силу ч. 2, ст. 23 Конституции РФ, каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения. В тексте Конституции Российской Федерации данное право распространяется на любую переписку и не ограничивается только личной перепиской, при этом действующее законодательство устанавливает требование о соблюдении режима тайны переписки для операторов связи (пункт 2 статьи 63 Закона № 126-ФЗ).

Информацией, составляющей охраняемую Конституцией Российской Федерации и действующими на территории Российской Федерации законами тайну сообщений, могут считаться любые сведения, передаваемые, устанавливаемые и сохраняемые с помощью средств связи.

Нарушением тайны связи (переписки) признается ознакомление с охраняемым сообщением какого-либо лица, кроме отправителя и получателя (его уполномоченного представителя), без их письменного или устного согласия.

При таких обстоятельствах ООО «Екатеринбург-2000» не имело правовых оснований для осуществления деятельности по контролю за содержанием SMS-сообщений, направляемых ООО «Девино Телеком», а также за наличием согласия абонентов на получение таких сообщений.

В связи с изложенным ООО «Екатеринбург-2000» также не может ответить на п. 7 Определения от 10.01.2023 г. о количестве направленных SMS-сообщений аналогичного содержания, поскольку просмотр сообщений на поиск аналогичных по содержанию без соблюдения требований законодательства будет нарушением тайны связи.

ИП <...> в письменных объяснениях (вх. № 2097-ЭП/23 от 02.02.2023), а также на заседании комиссии сообщил следующее.

Ознакомившись с материалами дела ИП <...> поясняет, что в его действиях отсутствуют признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе в силу следующего.

Согласие абонента было получено в момент регистрации абонента на сайте.

ИП <...> не отрицает факт возможного направления смс-сообщения от адресата «INFO» направлялись на абонентский номер 8-<...>.

Вместе с тем, указанный номер стал доступен ИП <...> в момент регистрации указанного пользователя на сайте «Перевозка 24», что подразумевает выдачу пользователем согласия абонента на получение смс-сообщений информационного характера (посредством совершения действий на сайте с отжимом галочки «согласен на обработку персональных данных и получение информационных сообщений по СМС» (документы прилагаются).

Необходимо зарегистрироваться:

Ваш телефон

+7() - -

Ваше имя

Придумайте пароль

Введите число с картинки:



Зарегистрироваться

Регистрация по E-Mail

☒ При регистрации вы подтверждаете согласие с условиями пользовательского соглашения, политикой конфиденциальности и на получение информационных сообщений по СМС.

1. Снимок экрана с регистрационными полями на сайте Перевозка 24. На снимке видно, что при регистрации Пользователь дает согласие на получение информационных СМС в том числе имеет возможность отказаться от такого получения.

ID Email IP Телефон

Страна: От: До:

Сортировка: [Дата](#) | [Количество объявлений](#) | [Баланс](#)

#	Дата регистрации	Дата авторизации	Имя, E-Mail Число объявлений Сумма на счете	Управление
630851	05.05.2022 05:16:03	156.146.57.199	ТрансАвто Объявлений: 0, Заказов: 0, Баланс: 0 р.	Редактировать

2. Снимок экрана, подтверждающий регистрацию абонента на сайте Перевозка 24. На снимке указано наименование абонента, а также представлен номер телефона.

Законодатель не устанавливает требований по форме получения такого согласия, указывая лишь на необходимое и достаточное требование в виде возможности однозначно

идентифицировать лицо, давшее такое согласие (что обеспечивается как раз путем указания номера телефона при регистрации).

Алгоритмы работы портала «Перевозка 24» исключают возможность отправки информационных сообщений лицам, не прошедшим регистрацию на указанном портале.

Вместе с тем, портал не несет, не может и не должен нести ответственность за возможные ошибки пользователей портала, такие как:

регистрация абонента под чужим номером;

ошибка абонента в заполнении номера, и тому подобные случаи.

Приведенная в СМС информация не является рекламой.

Согласно письму ФАС России от 28.08.2015 № АК/45828/15 «О рекламе в сети «Интернет», не является рекламой информация о производимых или реализуемых товарах, размещенная на сайте производителя или продавца данных товаров, если указанные сведения предназначены для информирования посетителей сайта или страницы в социальной сети о реализуемых товарах, ассортименте, правилах пользования, также не является рекламой информация о хозяйственной деятельности компании и т.п.

Деятельность ИП <...> реализуется путем предоставления неограниченному кругу лиц неисключительной лицензии на пользование информационным порталом «Перевозка 24», который является агрегатором информации о существующих предложениях в сфере услуг специальной техники.

При этом, регистрация на портале является бесплатной, и не порождает возникновения коммерческих правоотношений.

Поскольку регистрирующееся на портале лицо дает согласие на получение информационных сообщений, по смыслу изложенного, информационные сообщения в виде текста СМС - сообщения («Для вас есть заказы на сайте Перевозка 24»), не направлены на привлечение внимания к нему лиц, не являвшихся ранее пользователями портала, что следует и из смысла самого сообщения (поскольку для не зарегистрированных ранее пользователей заказов на сайте Перевозка 24 нет и быть не может).

Следовательно, указанное сообщение не может являться рекламой по смыслу законодательства о рекламе.

Пользователь не обращался с отзывом согласия на получение информационных сообщений или с запретом на их отправку на его номер.

При получении первого информационного сообщения 06.09.2022 в случае явного несогласия, абонент не был лишен возможности обратиться к администрации портала в любой форме с заявлением об отзыве согласия на получение информационных сообщений, или с заявлением о запрете на отправку таких сообщений на его номер.

Более того, из материалов дела усматривается, что пользователь обратился в антимонопольный орган 14.12.2022, изучив информацию на сайте perevozka24.ru и приложив реквизиты ИП <...>, что свидетельствует о том, что пользователь имел возможность обратиться с соответствующим заявлением, на основании которого отправка информационных сообщений была бы прекращена. Однако, заявитель пренебрег такой возможностью.

Не исключена и не опровергается материалами дела возможность того, что номер абонента указан конкурирующими субъектами предпринимательства умышленно в целях последующего обращения в ФАС, то есть - исключительно в целях злоупотребления субъективным правом.

«Перевозка 24» является крупным агрегатором грузоперевозок, через который сотни пользователей ищут и находят заказы.

Сайт <https://perevozka24.ru> находится на первых строчках поисковой выдачи. Зачастую конкуренты используют разные методы, чтобы затруднить работу лидеров рынка, в том числе прибегая к недобросовестным методам, создавая предпосылки для последующего привлечения конкурента к административной ответственности силами государственных органов.

Поскольку, как ранее было указано в разделе 1, ИП <...> при администрировании портала Перевозка 24 при всей степени бдительности и осмотрительности, которая требуется от него в соответствии с законом и деловым оборотом, не владеет и не может владеть информацией о целях регистрации пользователя на портале и корректности и достоверности информации, используемой пользователем при регистрации, ИП <...> не может быть свободно признан нарушителем антимонопольного законодательства, поскольку это означало бы возможность привлечения его к соответствующей ответственности свободно по инициативе любого лица, которое могло бы сперва зарегистрироваться на сайте, а затем обратиться в антимонопольный орган с соответствующим заявлением.

Не может быть привлечено к ответственности лицо за истечением соответствующего процессуального срока.

Статьей 4.5 КоАП РФ установлен пресекательный срок давности привлечения к административной ответственности в 2 месяца с момента совершения правонарушения.

Даже в случае, если бы ИП <...> нарушил законодательство о рекламе, как следует из материалов дела, срок давности привлечения по указанному заявлению начал бы течение с 06.09.2022, когда было допущено возможное нарушение законодательства, объединённое единой субъективной стороной; и на момент вынесения антимонопольным органом определения 10.01.2023 указанный срок истек.

Вышеуказанными обстоятельствами доказывается факт отсутствия признаков нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе и исключается возможность привлечения ИП <...> к предусмотренной законом ответственности.

Помимо изложенного, ИП <...> считает необходимым сообщить комиссии антимонопольного органа, что отправка информационных сообщений на номер заявителя 89045441654 прекращена, что, в соответствии с п.54 Правил, является основанием для антимонопольного органа не выдавать соответствующие предписания.

В соответствии с пунктом 40 Правил указанные обстоятельства исключают наличие фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что является основанием для прекращения рассмотрения дела.

Заявитель - физическое лицо в письменных пояснениях (вх. № 2778-ЭП/23 от 10.02.2023) сообщил следующее.

Заявитель не регистрировался на сайте perevozka24.ru, тем более с сингапурского IP 156.146.57.199.

Утверждения представителей ИП <...> о том, что «Алгоритмы работы портала «Перевозка 24» исключают возможность отправки информационных сообщений лицам, не прошедшим регистрацию на указанном портале» является некорректным. Такие заявления явно рассчитаны на дилетантов, не разбирающихся в хостинге сайта и в работе баз данных. Учётную запись можно добавить в базу данных вручную, либо исправить уже существующую запись. Отсюда и сингапурский IP.

Чтобы не возникало таких споров, владельцы сайта «Перевозка 24» должны были осуществить проверку зарегистрированного номера путём отправки на него проверочного кода в SMS-сообщении. А значит у SMS-сервиса, в котором обслуживается ИП <...>, должно быть подтверждение того, что заявитель получил проверочный код и ввёл его на сайте. Ввод проверочного кода должен быть подтверждён логами SMS-сервиса, в котором обслуживается ИП <...>. Если сервис не предоставит такие логи, значит, скорее всего, администраторы сайта «Перевозка 24» решили обмануть представителей ФАС России и вручную добавили персональные данные заявителя в свои базы данных после того, как узнали о возможной ответственности за возможное нарушение закона.

Заявитель проверил алгоритм регистрации на сайте ИП <...>. Ввёл выдуманный номер телефона. Оказывается, у них вообще нет проверки, подтверждающей номер телефона клиента. А значит кто угодно может указать чужие номера телефонов, в том числе, сами

владельцы и администраторы сайта «Перевозка 24». Таким образом, сами добавили чужие номера телефонов с использованием сетей VPN (не в Сингапур же для этого съездили), сами по ним разослали спам, прикрываясь тем, что эти номера телефонов зарегистрированы на сайте.

Это значит, что алгоритмы портала «Перевозка 24» всё же позволяют регистрировать левые чужие номера телефонов.

ИП <...> в письменных объяснениях (вх. № 5821-ЭП/23 от 20.03.2023), а также на заседании комиссии сообщил следующее.

Определением от 06.02.2023 у индивидуального предпринимателя истребованы следующие сведения:

1) сведения о том, поступали ли через сайт <https://perevozka24.ru> заказы для аккаунта «ТрансАвто» с привязанным к нему абонентским номером 8-<...> и были ли они выполнены с даты регистрации на указанном сайте - 05.05.2022 по настоящее время;

2) размещались ли на сайте <https://perevozka24.ru> какие-либо объявления/информация с аккаунта «ТрансАвто» с привязанным к нему абонентским номером 8-<...> с даты регистрации по настоящее время.

Заказы для аккаунта «ТрансАвто» поступали через сайт <https://perevozka24.ru> (сведения о заказах, выгруженные в сайта прилагаются). Информации об их выполнении или невыполнении не имеется, так как сайт <https://perevozka24.ru> является агрегатором, заказы выполняются непосредственно исполнителем, зарегистрированным на сайте.

Какие-либо объявления/информация с аккаунта «ТрансАвто» на сайте <https://perevozka24.ru> не размещалась.

Рассмотрев представленные материалы, заслушав доводы и возражения лиц, участвующих в деле, Комиссия Свердловского УФАС России приходит к следующим выводам.

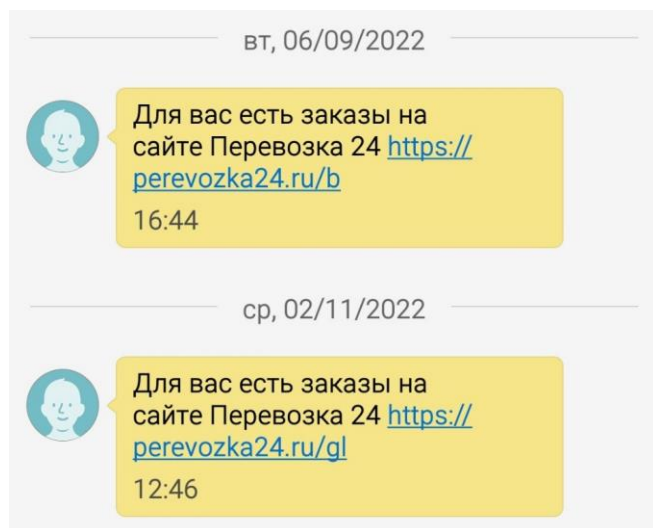
Под информацией в ст.2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее - Закон об информации) понимаются сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления (п.1), а под распространением информации - действия, направленные на получение информации неопределенным кругом лиц или передачу информации неопределенному кругу лиц (п. 9).

Законодательством Российской Федерации, согласно ч.4 ст.5 Закона об информации, могут быть установлены виды информации в зависимости от ее содержания или обладателя.

Реклама – 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 ст. 3 Закона о рекламе).

Объект 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 ст.3 Закона о рекламе).

06.09.2022 в 16:44 и 02.11.2022 в 12:46 на абонентский номер 8-<...> посредством смс-сообщений была распространена рекламная информация от адресата «INFO», согласие на получение которой заявитель не давал, а именно:



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.

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 Федерального Закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи – 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.

Согласно Письму Минкомсвязи России от 29.09.2014 № ДА-П12-17623, понятие «рассылка» следует рассматривать с точки зрения его лексического толкования, в соответствии с которым рассылкой является отправка разным адресатам сообщения одинакового содержания (реклама, газета, приглашение). Принимая это во внимание, 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).

ФАС России указало, что «короткий номер» предназначен для одновременной массовой отправки sms-сообщений широкому кругу лиц.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна в силу ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

В свою очередь, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, в соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе также допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи согласно ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе не докажет, что такое согласие было получено. При этом, распространенная посредством сети подвижной радиотелефонной связи реклама согласно ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе признается распространенной без

предварительного согласия абонента, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно п. 2 ст. 154 ГК РФ односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны.

Согласно ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе 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. Как сообщил заявитель в своем обращении, он не давал согласия на распространение ему рассматриваемой рекламы.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (абз. 4 п. 15 Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Для признания надлежащим факта получения рекламораспространителем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть явно выраженное желание абонента либо адресата на ее получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта.

Вместе с тем, ИП <...> не представлено согласие заявителя – владельца абонентского номера 8-<...> на получение рекламы посредством совершения последним именно активных действий, в том числе, письменного согласия.

Как сообщил заявитель в своем обращении, а также в дополнительных пояснениях, он не давал согласия на распространение ему рассматриваемой рекламы. Материалы, подтверждающие дачу согласия абонентом – владельцем указанного номера, на рассылку ему рекламных сообщений, в управлении отсутствуют.

Ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Материалами дела подтверждается факт прекращения распространения рассматриваемой рекламы, в связи с чем необходимость в выдаче предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе отсутствует.

Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель, а не рекламодаделец (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе).

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

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

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).

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 зонового 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.

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).

Направление указанных рекламных сообщений осуществлялось ИП <...>, что подтверждается материалами дела.

Таким образом, заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламораспространителем является ИП <...>, инициировавший рассылку коротких текстовых сообщений рекламного характера абоненту.

В соответствии с п.7 ч.2 ст.33 Закона о рекламе Антимонопольный орган вправе применять меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В резолютивной части решения комиссия указывает на необходимость передачи дела должностному лицу Управления для рассмотрения дела об административном правонарушении по ст.14.3 КоАП РФ.

Нарушение рекламного законодательства образует событие предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ административного правонарушения.

Согласно п.1 ч.1 ст.28.1 КоАП РФ поводом к возбуждению дела об административном правонарушении является, в том числе, непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения.

В соответствии с п.4 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» дело об административном правонарушении может быть возбуждено должностным лицом, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, только при наличии хотя бы одного из поводов, предусмотренных частями 1, 1.1 и 1.2 статьи 28.1 КоАП РФ, и достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения. Вступление в силу решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей не является таким поводом, как это предусмотрено частью 1.2 статьи 28.1 КоАП РФ в отношении вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым устанавливается факт нарушения антимонопольного законодательства.

Учитывая установленные ч.1 ст.37 Закона о рекламе особенности порядков принятия (только коллегиально) решения, являющегося результатом проведенной в ходе осуществления государственного контроля (надзора) проверки (примечание к ст. 28.1 КоАП РФ), и его обжалования (только судебный), у должностных лиц того же самого органа, единолично осуществляющих производство по делу об административном правонарушении, заведомо отсутствуют законные основания как переоценивать изложенные в не оспоренном в установленном порядке решении достаточные данные, указывающие на наличие события

административного правонарушения, так и отражать результаты такой переоценки как в протоколе об административном правонарушении, так и в соответствующем постановлении.

Согласно ч.1 ст.2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Для оказания юридической помощи лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, в производстве по делу об административном правонарушении может участвовать защитник, а для оказания юридической помощи потерпевшему - представитель. В качестве защитника или представителя к участию в производстве по делу об административном правонарушении допускается адвокат или иное лицо (ч.ч.1, 2 ст.25.5 КоАП РФ).

В соответствии с ч.5 ст.25.5 и п.3 ч.4 ст.28.1 КоАП РФ защитник допускается к участию в производстве по делу об административном правонарушении с момента возбуждения дела об административном правонарушении, которое считается возбужденным с момента составления протокола об административном правонарушении.

Согласно ч.1 ст.25.15 КоАП РФ лица, участвующие в производстве по делу об административном правонарушении, а также свидетели, эксперты, специалисты и переводчики извещаются или вызываются в суд, орган или к должностному лицу, в производстве которых находится дело, заказным письмом с уведомлением о вручении, повесткой с уведомлением о вручении, телефонограммой или телеграммой, по факсимильной связи либо с использованием иных средств связи и доставки, обеспечивающих фиксирование извещения или вызова и его вручение адресату.

В соответствии с ч. 1 ст. 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого возбуждено производство по делу об административных правонарушениях, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства, отводы, пользоваться юридической помощью защитника.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст.33 - 36 Закона о рекламе, в соответствии с п. 42 – 48 Правил, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, распространенную на абонентский номер 8-...> посредством смс-сообщений от адресата «INFO», а именно: 06.09.2022 в 16:44 смс-сообщение «Для вас есть заказы на сайте Перевозка 24 <https://perevozka24.ru/b>» и 02.11.2022 в 12:46 смс-сообщение «Для вас есть заказы на сайте Перевозка 24 <https://perevozka24.ru/gl>», ненадлежащей, как нарушающей ч.1 ст.18 Закона о рекламе, поскольку она распространена без предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

2. Предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства не выдавать.

3. <...> надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 224) <...> г. в <...> час. <...> мин. для составления в отношении лица протокола об административном правонарушении, предусмотренном ч.1 ст.14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность, а также представить письменные объяснения (ст.26.3 КоАП РФ) по факту выявленного правонарушения, в том числе о наличии/отсутствии возможности для соблюдения требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе, о принятии всех зависящих мер по их соблюдению.

Явившемуся лицу при себе следует иметь следующие документы:

- документ, удостоверяющий личность;
- письменное объяснение по факту правонарушения (ст. 26.3 КоАП РФ);

– иные документы (сведения), которые лицо считает необходимыми для их приобщения к делу.

В случае явки защитника (ст. 25.5 КоАП РФ), обязательно наличие доверенности (от имени того лица, в отношении которого будет составляться протокол).

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

Председатель комиссии

<...>

Члены комиссии

<...>

<...>