



**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ**

48, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а
55

тел. 50-31-

РЕШЕНИЕ №Р17/09-18

21.06.2017 г.

г. Тюмень

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:	<...>	- заместителя руководителя управления;
		- главный специалист- эксперт отдела КСЗ;
Члены Комиссии:	<...>	
	<...>	- ведущий специалист- эксперт отдела КСЗ,

рассмотрев дело № Р17/09-18, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента,

в отсутствие представителей лиц, участвующих в деле (извещены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В Тюменское УФАС России поступило обращение гражданина <...> (вх. № 9732 от 21.12.2016 г.).

Из заявления следует, что на абонентский, зарегистрированный за гражданином, периодически поступают SMS-сообщения рекламного характера.

Так, 12.12.2016 в 14:14 поступило сообщение следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей Kia «Б» <...> г.Тюмень ул. <...>».

Как указывает заявитель, согласия на SMS-рассылку рекламного характера он не давал.

Определением Тюменского УФАС России от 03.02.2017г. № Р17/09-18 было возбуждено дело в отношении ООО «Д» по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента.

Рассмотрев материалы дела и пояснения, представленные лицами, в действиях, которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно статье 3 Федерального закона №38-ФЗ от 13.03.2006 г. «О рекламе» (далее – Закон 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; **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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; **ненадлежащая реклама** - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Таким образом, 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 рассматриваемом sms-сообщении объектом продвижения на рынке выступают услуги по ремонту и обслуживанию автомобилей Kia, на привлечение внимания к которым и направлено sms-сообщение.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту <...> на номер <...>, 12.12.2016г. в 14:14, следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей Kia «Б» <...> г.Тюмень ул. <...>» является, в том числе и рекламой с четко определяемым объектом рекламирования (Ремонт и обслуживание ТС), а следовательно, на него распространяются требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно договора об оказании услуг связи № <...> (для корпоративных клиентов) от 27.09.2016г. (далее – Договор об оказании услуг), заключенного между ПАО «М» (Оператор) и ООО «Д» (Абонент), Оператор предоставляет Абоненту услуги связи и/или иные сопряженные с ними услуги, оказываемые Оператором непосредственно и/или с привлечением третьих лиц, а Абонент принимает и оплачивает заказанные Услуги. Перечень оказываемых Услуг, Абонентские номера, используемые абонентские интерфейсы, уникальные коды идентификации, протоколы передачи данных и прочие условия определяется Сторонами в Дополнительных соглашениях, Приложениях и иных документах, подписываемых сторонами во исполнение настоящего Договора.

Согласно п. 1.3. Дополнительного соглашения № 1 к Договору об оказании услуг связи № <...> от 27.09.2016г. (далее – Дополнительное соглашение) заключенного между ПАО «М» (Оператор) и ООО «Д» (Абонент), «SMS-трафик» - комплекс услуг рассылки по сети/-ям подвижной радиотелефонной связи-по передаче SMS-сообщения (коротких текстовых сообщений) от Абонента к Пользователю (SMS рассылка).

В соответствии с п. 3.3.3. Дополнительного соглашения, Абонент обязуется до начала оказания Услуг, получить от Пользователя предварительное согласие на их получение путем регистрации Пользователя в информационных системах Абонента.

Согласно п. 3.3.5. Дополнительного соглашения, Услуги Абонента не должны противоречить требованиям законодательства РФ, по своему содержанию должны соответствовать социальным, моральным и этическим принципам (не содержать сообщений, оскорбляющих человеческое достоинство, пропагандирующих насилие, расовую или национальную вражду и т.п.).

В соответствии с п. 3.4.1 Дополнительного соглашения, Абонент имеет право привлекать третьи лица для оказания Услуг Абонента и обработки SMS-сообщений, посредством предоставления им доступа только к своему оборудованию. При этом Абонент несет ответственность за их работу, как за свою собственную и оплачивает из собственных средств.

Таким образом, ООО «Д» является рекламораспространителем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Согласно п. 2.1 Партнерского договора № <...>/SMS от 01.10.2016 г. (далее – Партнерский договор), заключенного между ООО «Д» (далее – Исполнитель) и ООО «С» (далее – Заказчик), Исполнитель обязуется оказывать Заказчику Услуги путем предоставления доступа к сервису рассылки SMS-сообщений Исполнителя и обеспечению возможности пользования сервисом Исполнителя для самостоятельной отправки Заказчиком SMS-сообщений Абонентам, а Заказчик обязуется принимать и оплачивать оказанные Исполнителем Услуги в соответствии с условиями настоящего Договора.

Пунктом 1.9. Партнерского договора установлено, что СПАМ (SPAM) – рассылка SMS-сообщений рекламного или иного характера, осуществляемая на Абонентские устройства без предварительного согласия Абонентов, и/или вводящая Абонентов в заблуждение относительно отправителя SMS-сообщений или его содержания (в том числе содержащее ложную информацию).

Как следует, из п.3.1.2. Партнерского договора, Заказчик обязуется самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от Абонента, на Абонентское устройство которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение SMS-сообщений для предоставления его Исполнителю в рамках оказания Услуги.

Согласно п. 3.1.3 Партнерского договора, Заказчик обязуется использовать Услуги исключительно в соответствии с общепризнанными нормами международного права, нормами законодательства Российской Федерации и страны места регистрации Оператора Абонента, включая законодательство о рекламе, об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также социальными, моральными, этническими нормами и принципами (не использовать Услуги для передачи SMS-сообщений, оскорбляющих человеческое достоинство, пропагандирующих насилие, расовую или национальную вражду и т.п.), и только для передачи информации Абонентам, от которых получено предварительное письменное согласие на получение SMS-сообщений.

Как следует из п. 3.1.5. Партнерского договора, Заказчик обязуется не использовать Услуги для направления SMS-сообщений, содержащих информацию или рекламу, запрещенную для распространения на

территории РФ или страны места нахождения Оператора Абонента, в том числе информацию рекламного и иного характера, направленную на привлечение внимания к работам, услугам и товарам, запрещенным к распространению на территории РФ и (или) страны места нахождения Оператора Абонента и противоречащим и не соответствующим требованиям законодательства РФ и (или) страны места нахождения Оператора Абонента.

Согласно п. 3.1.10. Партнерского договора, Заказчик обязуется не использовать Услуги для распространения СПАМа, т.е. рассылать SMS-сообщения только Абонентам, от которых Заказчиком самостоятельно и за его счет в обязательном порядке предварительно (до рассылки SMS-сообщений) получены надлежащим образом оформленные согласия на получение таких SMS-сообщений.

Таким образом, ООО «С» является рекламораспространителем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Согласно п. 2.1 Договора № <...> от 13.08.2013 г., ООО «С» (далее – Исполнитель) оказывает услуги ООО «А» (далее – Заказчик): отправку и доставку sms-сообщений на Мобильные терминалы абонентов, прием sms-сообщений с мобильных терминалов абонентов через сервис <...> в соответствии с правилами предоставления услуг, действующими тарифами Исполнителя.

Согласно п. 3.2.1 Договора № <...>, Заказчик обязан соблюдать требования законодательства РФ при исполнении Договора в отношении использования услуг, в том числе Федеральный Закон «О рекламе» от 10.03.2006 № 38-ФЗ РФ; положения законодательства, регулирующего вопросы охраны авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, охраны прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, действующих на территории РФ; требования законодательства других стран, в которые выполняется рассылка sms-сообщений, а также нормы международного права.

Согласно п. 3.2.3 Договора № <...>, Заказчик в обязательном порядке обязан получить от абонента, на телефон которого планируется отправка рекламных sms-сообщений, согласие на получение таких сообщений.

Согласно п. 3.2.5 Договора № <...>, Заказчик обязуется не использовать подключение к сервису для организации СПАМА, где СПАМ, согласно п. 1.6 Договора, это рассылка sms-сообщений рекламного характера, осуществленная на мобильные терминалы абонентов без предварительного согласия абонентов, а также рассылка, вводящая

абонентов в заблуждение относительно содержания сообщений или их отправителя.

Таким образом ООО «А» является рекламодателем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

В соответствии с п. 2.1. Дилерского договора № <...> на предоставление телематических услуг связи (далее - Дилерский договор), заключенного между ООО «А» (Исполнитель) и ООО «И» (Дилер), Исполнитель возмездно предоставляет Дилеру телематические услуги связи в установленном Договором порядке, посредством своего программно-аппаратного комплекса для автоматической трансляции Дилером или его клиентами сообщений Абонентам.

Согласно п. 1.20. Дилерского договора, СПАМ – информация, предназначенная по своему содержанию неопределенному кругу лиц, отправленная Дилером или его Клиентом и доставленная получателям без их предварительного согласия (Примечание: критерии наличия (определения) СПАМ соответствует критериям недобросовестной рекламы, содержащимся в Федеральных законах «О рекламе» (статья 18) и «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (статья 10).

В соответствии с п. 7.2.1. Дилерского договора, Дилер обязуется использовать Услугу, являющуюся предметом настоящего Договора и Приложений к нему в соответствии с нормами отраслевого действующего законодательства РФ, в том числе законодательства о рекламе и связи и самостоятельно и в полном объеме нести ответственность за указанное соответствие/несоответствие.

Согласно п. 7.2.2. Дилерского договора, Дилер обязуется соблюдать требования отраслевого действующего законодательства РФ, а прежде всего: ФЗ «О рекламе» № 38-ФЗ от 13.03.2006 года, а также иных нормативно-правовых актов, регламентирующих рассматриваемый вид правоотношений, равно как гарантировать, что содержание Услуги, предоставляемой Дилером Клиентам на основании договоров пропуска трафика, соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе законов об охране авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, о рекламе, действующих на территории Российской Федерации, законодательству об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также нормам международного права.

В соответствии с п. 7.2.4. Дилерского договора, Дилер обязуется обеспечить контроль заблаговременного предоставления Клиентами

установленного действующим законодательством РФ о рекламе согласия абонента, а именно: надлежащим образом заверенную Клиентом (печать и подпись уполномоченного лица на бумажном носителе) копию анкеты в установленной форме (ФИО, число, подпись, волеизъявление абонента) на получение информационных данных, распространяемых Клиентами посредством Платформы Исполнителя и программного интерфейса Дилера, на каждого Абонента, на телефонный номер которого производится рассылка.

Согласно п. 7.2.5. Дилерского договора, Дилер обязуется обеспечить наличие установленного действующим законодательством РФ предварительного согласия абонента или адресата на получение исходящих от его Клиентов информационных данных рекламного характера, распространяемых Клиентами посредством программной платформы Исполнителя и программного интерфейса Дилера. В обязательном порядке получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS с информацией Клиента, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена Оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение SMS, и самостоятельно и в полном объеме нести ответственность, установленную действующим законодательством РФ, за несоблюдение/ненадлежащее соблюдение установленного настоящим пунктом Договора требований.

В соответствии с п. 7.2.7. Дилерского договора, Дилер обязуется обеспечить контроль характера, проводимых Клиентами через Платформу Исполнителя и программный интерфейс Дилера информационных данных рекламного характера – исключение возможности проведения Клиентами через Платформу Исполнителя и программный интерфейс Дилера рассылку СПАМ, мошеннических или опасных сообщений и в полном объеме нести административную, имущественную, гражданско-правовую и иную ответственность за несоблюдение/ненадлежащее соблюдение установленного настоящим пунктом Договора требований.

Таким образом, ООО «И» является рекламораспространителем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Согласно п. 3.1.1 Договора № <...> от 20.10.2014 г., ООО «И» (далее - Исполнитель), обязуется оказывать ООО «Н» (далее – Заказчик) услуги в соответствии с правилами предоставления услуг и действующими тарифами.

Согласно п. 3.2.2 Договора № <...> от 20.10.2014 г., Заказчик обязан соблюдать требования действующего законодательства РФ: ФЗ РЗ «О рекламе» №38 от 13.03.2006 года в действующей на момент исполнения договора редакции, а так же иных нормативно-правовых актов, регламентирующих рассматриваемый вид правоотношений. Заказчик гарантирует, что содержание sms-сообщений и e-mail-сообщений соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе нормам законов об охране авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, о рекламе, действующих на территории РФ, законодательству об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также нормам международного права. Заказчик самостоятельно и в полном объеме несет ответственность, установленную действующим законодательством РФ, за несоблюдение или ненадлежащее соблюдение установленного настоящим пунктом Договора требований.

Согласно п. 3.2.3 Договора № <...> от 20.10.2014 г., Заказчик в обязательном порядке обязан получить от получателя сообщения, на мобильный терминал которого планируется отправка sms-сообщений или e-mail-адреса которого планируется отправка сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений. Такое согласие должно быть получено Заказчиком предварительно.

Согласно п. 3.2.4 Договора № <...> от 20.10.2014 г. по запросу Исполнителя, Заказчик обязан предоставить надлежащим образом заверенную копию анкеты в установленной форме на получение информационных данных, распространяемых Заказчиком.

Таким образом, ООО «Н» является рекламораспространителем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Согласно п. 2 Договора № <...> от 03.11.2016 г., ООО «Н» (далее - Исполнитель) обязуется обеспечить ООО «А» (далее – Заказчик) доступ к системе, позволяющей формирование, доставку и подтверждение о доставке sms и e-mail – сообщений в течение определенного периода.

Согласно п. 3.2.2 Договора № <...> от 03.11.2016 г., Заказчик обязан соблюдать требования действующего законодательства РФ: ФЗ РЗ «О рекламе» №38 от 13.03.2006 года в действующей на момент исполнения договора редакции, а так же иных нормативно-правовых актов, регламентирующих рассматриваемый вид правоотношений. Заказчик гарантирует, что содержание sms-сообщений и e-mail-сообщений соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе нормам законов об охране авторских и иных прав на объекты

интеллектуальной собственности, о рекламе, действующих на территории РФ, законодательству об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также нормам международного права. Заказчик самостоятельно и в полном объеме несет ответственность, установленную действующим законодательством РФ, за несоблюдение или ненадлежащее соблюдение установленного настоящим пунктом Договора требований.

Согласно п. 3.2.3 Договора № <...> от 03.11.2016 г., Заказчик в обязательном порядке обязан получить от получателя сообщения, на мобильный терминал которого планируется отправка sms-сообщений или e-mail-адреса которого планируется отправка сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений. Такое согласие должно быть получено Заказчиком предварительно.

Согласно п. 3.2.4 Договора № <...> от 03.11.2016 г., по запросу Исполнителя, Заказчик обязан предоставить надлежащим образом заверенную копию анкеты в установленной форме на получение информационных данных, распространяемых Заказчиком.

Таким образом, ООО «А» является рекламораспространителем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 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.

Поскольку [Закон](#) о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно пункту 16 статьи 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно пункту 32 статьи 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

[Статья 44.1](#) Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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 соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования)

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

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

Таким образом, ООО «Д», ООО «С», ООО «Л», ООО «И», ООО «Н», ООО «А» обязаны иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе, часть 1 статьи 44.1 Закона о Связи), так и исходя из принятых обязательств при заключении упомянутых выше Договоров. Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела не представлено.

Учитывая, что в материалы дела не представлено письменное согласие

абонента на получение sms-сообщений рекламного характера, в действиях ООО «Д», ООО «С», ООО «Л», ООО «И», ООО «Н», ООО «А» содержатся нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоателями, рекламопроизводителями, рекламодателями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **рекламодатель** – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно материалам дела ООО «Д», ООО «С», ООО «Л», ООО «И», ООО «Н», ООО «А» являются рекламодателями, как лица осуществившие распространение рассматриваемой рекламы.

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.

Решая вопрос о выдаче предписания стороне по делу, Комиссия исходит из следующего.

Согласно представленному на рассмотрение дела, письменному пояснению ООО «А» (вх.№2630 от 05.04.2017г.) номер абонента <...> исключен из списка рассылки и ему больше не поступают сообщения рекламодателей.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу об отсутствии необходимости в выдаче предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального 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

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, содержащуюся в SMS-сообщении, поступившем 12.12.2016 в 14:14 от абонента Kia следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей Kia « Б » <...> г. Тюмень ул. <...>», **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе не выдавать в связи с отсутствием оснований для его выдачи.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме _____ года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель
комиссии

<...>

Члены комиссии

<...>

<...>