



**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ**

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

тел. 50-31-

РЕШЕНИЕ №Р17/14-18

18.05.2017 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; - заместитель начальника отдела КСЗ;
Члены Комиссии:	<...>	- специалист-эксперт отдела КСЗ,
	<...>	

рассмотрев дело № Р17/14-18, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента,

в присутствии представителя ООО «Б» (<...>) - <...>,

в отсутствие представителей, участвующих в деле (уведомлены надлежащим образом):

- ООО «Д» (610020, г. Киров, ул. Московская, д. 4, <...>) почтовый идентификатор – <...>;

- ООО «С» (115419, г. Москва, проезд Рощинский 2-й, <...>) почтовый идентификатор – <...>;

- ООО «Л» (124498, г. Москва, г. Зеленоград, проспект Георгиевский, <...>) почтовый идентификатор – <...>;

- ООО «И» (620073, г. Екатеринбург, ул. Академика Шварца, <...>, <...>) почтовый идентификатор – <...>;

- ООО «Н» (620910, г. Екатеринбург, ул. Площадь Бахчиванджи, <...>) почтовый идентификатор – <...>;

- ООО «А» (620000, Свердловская обл., г. Екатеринбург, ул. Сыромолотова, д. <...>, оф. <...>, <...>) почтовый идентификатор – <...>

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России) поступило заявление гражданина <...> (вх.№ 9739 от 22.12.2016), указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении смс-сообщений рекламного характера.

Из заявления следует, что на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> 12.12.2016г. в 14:37 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 21.02.2017г. № Р17/14-18 было возбуждено дело в отношении ООО «Д» по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента.

Определением от 25.04.2017 г. № Р17/14-18 рассмотрение дела было отложено в связи с необходимостью получения антимонопольным органом дополнительных доказательств, а также привлечением к рассмотрению дела в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Л», ООО «И», ООО «Н», ООО «С» и в качестве заинтересованного лица - ООО «Б».

К рассмотрению дела, лицами, участвующими в деле, представлены письменные пояснения и истребованные документы.

Согласно письменным пояснениям ООО «Д», рассылка указанного sms-сообщения рекламного характера осуществлялась ООО «С» по субагентскому договору № <...>/<...> от 01.05.2016 г., по которому ООО «С» оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу

размещения рекламно-информационных материалов ООО «Д». Согласно п. 3.3.3 договора №<...>/<...> от 01.05.2016 г., ООО «С» обязуется получать согласие абонентов, среди которых предполагается осуществлять распространение рекламно-информационных материалов.

Согласно письменным пояснениям ООО «С» (вх.№3778 от 16.05.2017 г.) сообщение было направлено ООО «Л» через клиентский доступ, предоставленный в рамках договора оказания услуг № <...> от 13.08.2013 г.. В соответствии с п.3.2.3. договора, «Л» принимало на себя обязательства получения предварительного согласия абонентов на рассылку сообщений.

Согласно письменным пояснениям ООО «Л» (вх.№3834 от 18.05.2017 г.), рассылка указанного sms-сообщения рекламного характера осуществлялась ООО «И» на основании контракта и дилерского соглашения с ООО «Н». Контракт и дилерское соглашение в материалы дела не представлены.

Согласно письменным пояснениям ООО «И» (вх.№3799 от 17.05.2017г.), обществом был заключен договор № <...> от 29.10.2014 с ООО «Н», согласно которому ООО «И» предоставляет доступ к платформе для самостоятельной отправки сообщений. В соответствии с п.3.2.3. договора, ООО «Н» принимало на себя обязательства получения предварительного согласия абонентов на рассылку сообщений.

Согласно письменным пояснениям ООО «Н», представленных ООО «И», изготовителем и отправителем сообщения с текстом «*Ремонт и обслуживание автомобилей Kia «Б» <...> г.Тюмень ул.<...>*», отправленного 12.12.2016 г. на номер <...> является ООО «А». ООО «Н» был заключен договор № <...> от 03.11.2016 с ООО «А». Согласно пункту 3.2.3 договора № <...> от 03.11.2016, ООО «Атлантик» обязуется получать согласие на рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно письменным пояснениям ООО «А», отправка данного сообщения производилась в рамках рекламной компании по поручению ООО «Б» в рамках договора №б/н от 12.10.2016 г., без предварительного согласия абонента. Так же, общество сообщило, что номер <...> исключен из списка рассылки.

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 <...> <...> 12.12.2016г. в 14:37, следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей Kia «Белый сервис» <...> г.Тюмень ул. <...>» является, в том числе и рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, а следовательно, на которую распространяются требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие им было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно п. 2.1 Субагентского договора № <...>/<...> от 01.05.2016 г., ООО «Д» (далее – Агент) поручает, а ООО «С» (далее – субагент)

обязуется от своего имени, но за счет Агента совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуги заказчикам рассылки.

Согласно п. 3.3.3 Субагентского договора № <...>/<...> от 01.05.2016 г., до начала оказания услуг Субагент обязан получить от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи. В случае направления пользователям рекламных сообщений, то также обеспечить получение от заказчиков рассылки документальное о наличии согласия пользователей на получение ими рекламных 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 <...>.ru 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 «Л» 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», являясь дилером ООО «Л» (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.

Таким образом, 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» имеются нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **рекламораспространитель** – 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 рекламораспространителями.

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.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования [статьи 44.1](#) Закона о Связи.

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 у ООО «Д», ООО «С», ООО «Л», ООО «И», ООО «Н», ООО «А» отсутствует предварительное согласие абонента на получение sms-рассылки, в том числе и рекламного характера, следовательно, Обществами нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

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.№3759 от 16.04.2017г.) номер абонента <...> исключен из списка рассылки и ему не поступают сообщения рекламодателей.

Руководствуясь частью 2 пункта 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 14:37 на номер <...> от абонента Kia следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей <...>» «Б» <...> г. Тюмень ул. Республики <...>», **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

<...>

<...>