

комиссия Ямало-Ненецкого УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: Рогожкин А.Г. – руководитель управления;

члены комиссии:

И.И. – ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок и торгов;

С.С. – главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы,

рассмотрев материалы дела № 05-01/18/26-2017, возбужденного в отношении ООО «Раппорто» (ИНН 7715710393; ОГРН 1087746876029; 127254, Москва, городской проезд, д.5, стр.3, оф.713), ПАО «МТС» (ИНН 7740000076; ОГРН 127700149124; 109147, Москва, ул. Марксистская, д. 4), ООО «РОЛЬФ» (ИНН 47059383; ОГРН 1045009553577; 141410, Московская обл., г. Химки, Ленинградское шоссе, вл. № 21), по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» в части распространения нежелательной СМС-рекламы,

в отсутствие:

заявителя <...> надлежаще извещенного и не заявившего ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие,

и, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

ПАО «МТС» в лице представителя по доверенности Ю.В. Кугутенко, надлежащим образом извещенного о месте и времени рассмотрения дела и заявившего ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие (вх. № 5671 от 15.12.2017 г.),

ООО «Рольф» в лице представителя по доверенности Е.Г. Паскаль, надлежащим образом извещенного о месте и времени рассмотрения дела и заявившего ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие (вх. № 5772 от 19.12.2017 г.),

ОО «Раппорто» в лице генерального директора В.П. Рыжкова, надлежащим образом извещенного о месте и времени рассмотрения дела и заявившего ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие (вх. № 5826 от 20.12.2017 г.),

УСТАНОВИЛА:

Управление Федеральной антимонопольной службы по Ямало-Ненецкому автономному округу поступило обращение гражданина <...> (г. Новый Уренгой) о факту получения им нежелательной СМС-рекламы.

обращения установлено.

06.2017 в 16:59 гражданин получил на мобильный телефон (номер +79124251010) желательное SMS-сообщение (рекламу). Данное сообщение было отправлено номера +79168960438 и содержало следующий текст: «17-18 июня МЕГА возбуждение склада новых а/м MITSUBISHI в РОЛЬФ Диамант! Отдаем почти хром! Забронируйте свой MITSUBISHI сейчас 84952413903»

качестве подтверждения получения рекламы к обращению приложен скриншот с мобильного телефона гражданина.

согласия на получение данной рекламы гражданином дано не было.

согласно [части 1 статьи 18](#) Федерального закона № 38-ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

обращению приложено согласие Заявителя на обработку персональных данных, необходимых для рассмотрения и принятия мер по данному заявлению.

в ПАО «МТС» в материалы дела представлены документы, из которых установлено следующее.

гражданин <...> действительно является абонентом ПАО «МТС» по договору на оказание услуг подвижной связи.

СМС-сообщение поступило на его абонентский номер с номера ООО «Раппорто» (Агент) посредством SMS – центра ПАО «МТС» (+79168960438) в рамках Агентского договора. Заказчиком данного отправления является ООО «РОЛЬФ» (ИНН: 5047059383).

решением от 15.08.2017 года возбуждено дело № 05-01/18/20-2017 в отношении ООО «РОЛЬФ» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

на основании письменных пояснений, представленных ООО «РОЛЬФ», следует.

рекламная рассылка осуществлялась ООО «Раппорто» на основании договора от 27.08.2014 года № РФ 08/14, заключенного между ООО «Раппорто» и ООО «РОЛЬФ» (далее – Договор).

рекламная рассылка, указанная в определении, осуществлялась в рамках исполнения к Договору № 423 от 01.06.2017 г.

в случае, если рекламная смс-рассылка производится ООО «Раппорто» по клиентской базе ООО «РОЛЬФ», то такая рассылка производится исключительно на телефонные номера абонентов, давших свое согласие на получение таких рассылок, а рассылки производятся в основном клиентам ООО «РОЛЬФ», которые приобрели в ООО «РОЛЬФ» автомобиль и при подписании договора купли-продажи автомобиля подтвердили в письменной форме свое согласие на осуществление ООО «РОЛЬФ» в их адрес смс-рассылок рекламного характера.

ОО «РОЛЬФ» после проверки своих баз данных телефонных номеров установило, что клиента с номером +7 (912) 425-10-10 в указанных базах данных не имеется.

ОО «РОЛЬФ» также считает необходимым пояснить, что выгрузка телефонных номеров клиентов для передачи их ООО «Раппорто» с целью осуществления рекламной рассылки осуществляется вручную, таким образом, все номера из указанных для передачи ООО «Раппорто» перебиваются / заносятся вручную, значит велика вероятность возникновения ошибки при перебивке / занесении номера телефона. В этой связи ООО «РОЛЬФ» полагает, что именно такая ошибка имела место и в данном случае, тем самым рассылка на абонентский номер <...> (912) 425-10-10 была произведена ошибочно без какого-либо умысла со стороны ООО «РОЛЬФ», которое не имело намерения нарушать законодательство РФ о рекламе.

в настоящее время какая-либо рассылка на номер телефона +7 (912) 425-10-10, в том числе рекламного характера не производится.

в связи с ошибочным попаданием абонентского номера +7 (912) 425-10-10 в рассылку ООО «РОЛЬФ» сожалеет, что указанные сообщения ранее были отправлены и информирует о том, что рассылка на указанный абонентский номер была прекращена добровольным порядком. ООО «РОЛЬФ» готово в дальнейшем оказывать содействие антимонопольному органу в установлении фактов, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении.

определением от 27.09.2017 года производство по делу № 05-01/18/20-2017 в отношении ООО «РОЛЬФ» было прекращено, определением от 27.09.2017 года возбуждено дело № 05-01/18/26-2017 в отношении ООО «Раппорто».

определение о возбуждении дела № 05-01/18/26-2017 направлено в адрес ООО «Раппорто» письмом от 27.09.2017 года № АР/3863. Почтой России письму присвоен идентификатор 62900715268248.

согласно отчету об отслеживании отправления с почтовым идентификатором

900715268248 по состоянию на 11 октября 2017 года определение о возбуждении дела в отношении ООО «Раппорто» адресатом не получено, таким образом, в материалах дела отсутствует информация о надлежащем уведомлении ответчика о дате и месте рассмотрения дела.

Срок рассмотрения дела № 05-01/18/26-2017 истекает 26 октября 2017 года, в этой связи Комиссия посчитала необходимым продлить срок рассмотрения дела на два месяца до 26 декабря 2017 года.

Определение о продлении срока рассмотрения дела № 05-01/18/26-2017 направлено в адрес ООО «Раппорто» письмом № АР/4157 от 17.10.2017 года. Из письменных пояснений, представленных ООО «Раппорто», следует, что между ООО «Раппорто» и ООО «РОЛЬФ» 27 августа 2014 года заключен договор № РФ /14.

С п. 1.1 указанного договора следует, что Исполнитель (ООО «Раппорто») по заданию Заказчика (ООО «РОЛЬФ») обязуется исполнять определенные в приложениях обязательства, в т.ч. оказывать услуги СМС-информирования и услуги Мобильной рекламы.

Согласно приложению № 423 к договору № РФ 08/14 от 27.08.2014 года Исполнитель (ООО «Раппорто») принимает на себя обязательства оказать услуги по размещению рекламно-информационных материалов (РИМ) Заказчика (ООО «РОЛЬФ»).

Рекламно-информационные материалы (РИМ) – информация, направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставленная Заказчиком Исполнителю и предназначенная для распространения через технические средства Исполнителя либо Оператора в зависимости от вида оказываемых услуг по настоящему Договору.

ООО «Раппорто» не является распространителем рекламы, поскольку не осуществляет действия по формированию и отправке смс-сообщений, а лишь предоставляет доступ к техническим и программным средствам, позволяющим Заказчику самостоятельно производить рассылки исходящей информации на мобильные устройства абонентов.

По мнению ООО «Раппорто» распространителем рекламы следующего содержания «17-18 июня МЕГА освобождение склада новых а/м MITSUBISHI в РОЛЬФ Диамант! Отдаем почти даром! Забронируйте свой MITSUBISHI сейчас! 952413903» является ООО «РОЛЬФ». Распространение ООО «РОЛЬФ» указанной рекламы осуществлялось на основании договора № РФ 08/14 от 27 августа 2014 года, заключенного между ООО «Раппорто» и ООО «РОЛЬФ». По условиям указанного договора и соответствующих Приложений к нему ООО «Раппорто» по заданию ООО «РОЛЬФ» обязуется исполнять определенные в приложениях обязательства, в том числе оказывать услуги СМС-информирования и услуги Мобильной рекламы, а также совершать по поручению Заказчика иные согласованные сторонами действия.

соответствии с п. 3.1.1. Договора в случае если Исполнитель оказывает услуги МС-информирования в соответствии с условиями Договора или Приложениями к нему, используя базы данных абонентов/адресатов, предоставляемые Заказчиком, последний гарантирует получение предварительного согласия абонентов/адресатов на обработку их персональных данных и получение ими СМС от Заказчика, так и от третьих лиц, указанных Заказчиком. Поскольку в рассматриваемом случае СМС-информирование осуществлялось по базе абонентов/адресатов, предоставленных Заказчиком, то обязанность на получение предварительного согласия с абонента на смс-рассылки в соответствии с Договором и Федеральным законом «О рекламе» лежит на ООО «РольФ», которое инициировало смс-рассылку.

ООО «Раппорто» направило в адрес ООО «РольФ» запрос о предоставлении документов, подтверждающих получение от абонента с телефонным номером 912 425-10-10 предварительного согласия на получение вышеуказанной рассылки. До настоящего времени документы в адрес ООО «Раппорто» не были представлены. Кроме того ООО «Раппорто» сообщает, что согласование содержания текста рекламного сообщения и перечня телефонных номеров для рассылки не производится, поскольку договором № РФ 08/14 от 27.08.2014 года такие условия не предусмотрены. Базу номеров абонентов, на которые осуществляется отправка сообщений, ООО «РольФ» формирует самостоятельно.

Согласно п. 32 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17 августа 2006 года № 508, в случае если при подготовке дела к рассмотрению или во время рассмотрения дела антимонопольным органом будет установлено, что решение по делу может быть внесено в отношении ненадлежащего лица, антимонопольный орган обязан по инициативе лиц, участвующих в деле, либо по собственной инициативе принять решение о замене такого лица. В этом случае рассмотрение дела приостанавливается.

В соответствии с п. 34 вышеуказанных правил рассмотрение дела может быть возложено антимонопольным органом с указанием даты и времени его рассмотрения в связи с необходимостью привлечения, по мнению антимонопольного органа, к участию в деле других лиц, а также в случае необходимости замены ненадлежащего лица надлежащим лицом в соответствии с пунктом 32 настоящих Правил.

Между ПАО «Мобильные ТелеСистемы» (Принципал) и ООО «Раппорто» (Агент) 1 декабря 2014 года заключен агентский договор № D140755782. Согласно п. 3.3. этого договора до начала оказания услуг Агент (ООО «Раппорто») обязан получить от Заказчиков рассылки документальное подтверждение или письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений.

соответствии с п. 3.5.5. Агентского договора в случае регистрации инципалом (ПАО «МТС») жалоб Пользователей на получение СМС-сообщений номера Заказчика, на которые Пользователь не давал свое согласие, инципал (ПАО «МТС») вправе самостоятельно запрашивать или проверять наличие согласия Пользователя перед доставкой ему СМС-сообщений. В случае отказа Пользователя от получения СМС-сообщений с определенного номера Заказчика сообщение ему не будет доставлено.

проанализировав договор от 27 августа 2014 года № РФ 08/14, агентский договор от 08 декабря 2014 года № D140755782, можно сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО ОЛЬФ» к ООО «Раппорто», от ООО «Раппорто» к ПАО «Мобильные ТелеСистемы» с целью непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

соответствии с пунктами 3.47 и 3.48 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12, Комиссия определила рассмотрение дела № 05-01/18/26-2017 отложить и привлечь к участию в деле ПАО «МТС» и ООО ОЛЬФ». Дело № 05-01/18/26-2017 назначено комиссией к рассмотрению на 20 января 2017 года.

В пояснений, представленных ПАО «МТС» в материалы дела, следует.

соответствии с Агентским договором от 08.12.2014 года № D140755782 (далее – агентский договор), заключенным между ООО «Раппорто» (Агент) и ПАО «МТС» (Принципал) Агент (ООО «Раппорто») за вознаграждение от Принципала (ПАО «МТС») обязуется от своего имени совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания Заказчикам услуги рассылки.

Согласно п. 3.3.3 Агентского договора ООО «Раппорто» как Агент принимает на себя обязательства до начала оказания услуг обеспечить получение от Заказчиков рассылки документальное подтверждение / письменные гарантии о наличии согласий от пользователей на получение ими смс-сообщений.

соответствии с п. 1.11 Агентского договора в редакции Дополнительного соглашения № 2 от 11.10.2015 года Заказчик рассылки (рассыльщик) – лицо, осуществляющее рассылку пользователю.

соответствии с п. 3.2.6 Агентского договора в редакции Дополнительного соглашения № 2 от 11.10.2015 года подтверждением факта надлежащего действия Принципала является доставка SMS-сообщения, сформированного и направленного Заказчиком рассылки от оборудования к SMS-Центру Принципала (Приложение 1 к Договору).

на основании п. 8.9 вышеуказанного Агентского Договора в редакции Дополнительного соглашения № 2 от 11.10.2015 года по сделке, совершенной Агентом с Заказчиком рассылки, приобретает права и становится обязанным Агент, хотя бы Принципал и был назван в сделке или вступил с Заказчиком рассылки в непосредственные отношения по исполнению сделки.

ПАО «МТС» не формировало текста смс-сообщения, указанного в запросе, не собирало адресатов и не совершало действий по направлению смс-сообщений конечным адресатам. Техническое и фактическое формирование смс-сообщения, формирование базы получателей и рассылка по адресатам смс-сообщения, указанного в определении, не осуществлялись ПАО «МТС».

в рамках Агентского Договора ООО «Раппорто» через технические средства ПАО «МТС» (выделенный Агенту сервисный номер и канал оператора) и собственные технические средства (программно-аппаратный комплекс) предоставляет услуги рассылки смс-сообщений от заказчиков рассылки пользователям.

Таким образом, основной функцией оборудования ПАО «МТС» в этом случае является **маршрутизация** сообщений и управление процессом доставки **от отправителя сообщения до получателя по сети подвижной радиотелефонной связи ПАО «МТС»**.

Из объяснений, предоставленных ООО «РОЛЬФ» в рамках дела № 05-01/18/26-117, следует.

Исходя из предмета договора № РФ 08/14 от 27.08.2014 года ООО «Раппорто» оказывает ООО «РОЛЬФ» услуги смс-информирования и услуги мобильной рекламы, то есть оказывает услуги по распространению рекламы ООО «РОЛЬФ».

Исходя из текста смс-сообщения, полученного абонентом, именно товары ООО «РОЛЬФ» и рекламировались в указанной рекламе, то есть ООО «РОЛЬФ» является рекламодателем указанной в Определении рекламы. Исходя из этого ООО «РОЛЬФ» делает вывод, что не является рекламораспространителем вышеуказанной рекламы и, соответственно, не может быть привлечено за нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Проанализировав представленные в материалы дела документы и письменные

яснения, Комиссия приходит к выводу.

жду ООО «РОЛЬФ» (Заказчик) и ООО «Раппорто» (Исполнитель) заключен договор от 27 августа 2014 года № РФ 08/14 (далее – Договор), в соответствии с которым Исполнитель по заданию Заказчика обязуется оказывать услуги SMS-формирования и услуги Мобильной рекламы.

соответствии с п. 2.3.1. Договора Заказчик обязуется предоставлять Исполнителю в установленные сроки РИМ и/или иные материалы, необходимые Исполнителю для надлежащего исполнения своих обязательств. Предоставляемые Заказчиком РИМ и иные необходимые материалы должны соответствовать требованиям пункта 5.5. настоящего Договора, а также требованиям, в том числе техническим, предъявляемым Исполнителем (или в иде случаев третьими лицами) к форме и содержанию РИМ и/или иных необходимых материалов.

огласно п. 2.3.4. Договора Заказчик обязан по запросу Исполнителя не позднее 1 (Одного) рабочего дня с даты получения запроса предоставлять всю необходимую информацию, в том числе документальное подтверждение соответствия предоставленных Исполнителю РИМ требованиям законодательства, т.ч. требованиям законодательства о рекламе, о защите конкуренции, о результатах интеллектуальной деятельности и средствах индивидуализации.

соответствии с п. 5.5. Договора Заказчик гарантирует Исполнителю, что предоставляемые Заказчиком РИМ и иные необходимые материалы соответствуют законодательству РФ, в т.ч. законодательству о рекламе, о результатах интеллектуальной деятельности и средствах индивидуализации, антимонопольному законодательству и иным действующим на территории Российской Федерации нормативным правовым актам.

огласно части [1 статьи 18](#) Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

силу п. 7 статьи 3 Закона о рекламе под рекламодателем

нимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей. При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не определено.

В смысле приведенной нормы права, а также в целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Материалами дела подтверждается, что в цепочке рассматриваемых правоотношений ООО «Раппорто» осуществляло непосредственные действия по рассылке смс-рекламы товаров ООО «РОЛЬФ» на указанный в деле абонентский номер +7 912 4251010, соответственно является непосредственным рекламодателем товаров данного общества. При этом в соответствии с пунктом 5 статьи 3 Закона о рекламе ООО «РОЛЬФ» является рекламодателем рассматриваемой рекламы и наряду с ООО «Раппорто» - рекламодателем.

Законом о рекламе не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя либо рекламодателя. Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю, а также должно быть выражено явно.

ООО «РОЛЬФ», ООО «Раппорто» не представили доказательств наличия согласия конкретного абонента-физического лица на получение рекламной информации от каких бы то ни было лиц.

Таким образом, распространение 16.06.2017 в 16:59 по сетям электросвязи рекламы ООО «РОЛЬФ» на номер телефона +79124251010 посредством SMS-сообщения следующего текста: «17-18 июня МЕГА освобождение склада новых машин MITSUBISHI в РОЛЬФ Диамант! Отдаем почти даром! Забронируйте свой MITSUBISHI сейчас 84952413903» осуществлялось без согласия абонента с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

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

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части распространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ООО «РОЛЬФ» и ООО «Раппорто» не представили. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

В соответствии с частями 1 и 2 статьи 33, ч. 1 статьи 36 Федерального закона от 03.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с [пунктами 37 – 42](#) Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17 августа 2006 г. № 8, Комиссия

РЕШИЛА:

Признать ненадлежащей рекламу *«17-18 июня МЕГА освобождение склада новых а/м MITSUBISHI в РОЛЬФ Диамант! Отдаем почти даром! Забронируйте свой MITSUBISHI сейчас 84952413903»*, распространенную по сетям электросвязи посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Признать ООО «Раппорто», ООО «РОЛЬФ» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер 9124251010 рекламы *«17-18 июня МЕГА освобождение склада новых а/м MITSUBISHI в РОЛЬФ Диамант! Отдаем почти даром! Забронируйте свой MITSUBISHI сейчас 84952413903»*, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Не выдавать ООО «РОЛЬФ», ООО «Раппорто» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в связи с тем, что в настоящее время рассылка вышеуказанной рекламы прекращена.

В отношении ПАО «МТС» производство по делу № 05-01/18/26-2017 прекратить.

Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ямало-

энецкого УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении виновных лиц.

решение изготовлено в полном объеме 28 декабря 2017 года.

решение может быть обжаловано в Арбитражный суд в порядке, предусмотренном [статьей 198](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии «...»

Члены комиссии: «...»

«...»