



**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ  
ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ**

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

тел. 50-31-

---

---

**РЕШЕНИЕ №Р17/41-18**

25.10.2017 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;
Члены Комиссии:	<...>	- заместитель начальника отдела КСЗ;
	<...>	- главный специалист- эксперт отдела КСЗ,

рассмотрев дело № Р17/41-18, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента,

в отсутствие представителей ООО «О», ООО «И», ООО «Л», ООО «И», ООО «Н», ООО «А» (извещены надлежащим образом),

в присутствии представителя АО «М» - <...> (доверенность № <...>/<...> от 14.10.2016г.), директора ООО «Б» - <...> (решение <...> от 08.09.2016г.),

**УСТАНОВИЛА:**

В Тюменское УФАС России поступило обращение гражданина <...>.

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

Так, 25.11.2016 г. поступило сообщение следующего содержания: *«Ремонт и обслуживание автомобилей N «Б» <...> г. Тюмень, ул. Республики, <...>».*

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

Определением Тюменского УФАС России от 13.07.2017г. № Р17/41-18 было возбуждено дело в отношении ЗАО «М» и ООО «О» по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента.

Определением от 10.08.2017г. №Р17/41-18 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» и в качестве заинтересованного лица - ООО «Б».

Определением от 14.09.2017г. №Р17/41-18 к рассмотрению дела привлечено в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «А».

**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 Nissan, на привлечение внимания к которым и направлено sms-сообщение.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту <...> 25.11.2016г., следующего содержания: «*Ремонт и обслуживание автомобилей N «Б» <...> г.Тюмень ул.Республики <...>*» 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 письменным пояснениям ПАО «М» (вх.№2326 от 27.03.2017г.), отправка указанного сообщения осуществлялась ООО «О» на сеть ПАО «М» на основании договора от 01.07.2016г. №<...>-<...>-<...>.

В письменных пояснениях ПАО «М» приводит следующее. Оказывая услугу по передаче коротких текстовых сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, ПАО «М» осуществляет только передачу получателю информации, сформированной Партнером (клиентом Партнера), имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи.

В распространении рассматриваемой рекламы участвовало АО «М», действующее как Партнер ПАО «М» в соответствии с Дополнительным соглашением № <...> от 01.10.2016г. к Генеральному соглашению № <...> от 25.05.2014г. (далее – ДС № <...>).

Согласно п. 2.1 ДС № <...> от 01.10.2016 г., ПАО «М» (далее - Оператор) обязуется оказывать АО «М» (далее – Партнер) за вознаграждение Услуги, а Партнер обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Дополнительным соглашением и приложениями к нему.

Согласно п.3.1 ДС№ <...>, в рамках оказания услуги Оператор обязуется предоставить Партнеру доступ к Интерфейсу для размещения РИМ Партнера среди Абонентов.

Согласно п.3.6 ДС № <...> в случае размещения рекламно-информационных материалов (далее – РИМ) среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера АО «М» обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ).

Согласно п.4.6 ДС № <...> Партнер гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно п. 4.7 ДС № <...> Партнер при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы

В соответствии с п.4.10 ДС № <...> в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Партнером получено предварительное согласие Абонентов на получение рекламы.

В соответствии с п.4.11. ДС № <...> в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязан по требованию Оператора предоставить письменное согласие Абонента на получение рекламы в течении 3 рабочих дней.

Где согласно п.1.1 ДС № <...>: Абонент – пользователь услугами связи, с которым Оператором заключен договор об оказании таких услуг; Рекламное SMS/MMS/USSD-сообщение – текст SMS/MMS/USSD-сообщения, связанный с привлечением внимания к объекту рекламирования, товарам и/или услугам Партнера (Клиента Партнера); Рекламно-информационные материалы (РИМ) – сообщения, направленные на информирование об оказываемых услугах Партнера, или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые Партнером, предназначенные для размещения с помощью Каналов коммуникаций.

Согласно п.7.2 ДС № <...> Партнер несет ответственность за точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, за соответствие РИМ действующему законодательству РФ и отсутствие нарушения в РИМ прав третьих лиц – в том числе исключительных прав на фирменное наименование и/или товарный знак (знак обслуживания) и/или авторских прав, но не ограничиваясь перечисленным. В случае если в результате направления Абоненту РИМ последнему информацией,

содержащейся в РИМ, были причинены убытки, и/или нанесен моральный вред, Партнер обязуется возместить Абоненту в полном объеме убытки и/или моральный вред.

Согласно п.7.3 ДС № <...> в случае предъявления Партнеру претензий третьими лицами, в том числе компетентными государственными или муниципальными органами, относительно содержания РИМ, которые были распространены Оператором в соответствии с указаниями Партнера (в том числе в случае несоответствия их действующему законодательству РФ или в том случае, когда распространение РИМ нарушает права третьих лиц), а также в случае непредоставления (несвоевременного предоставления) Партнером согласия Абонента на получение РИМ при размещении РИМ среди Абонентов из имеющейся у Партнера Базы Абонентов, Партнер обязан урегулировать все вопросы, связанные с выплатой правообладателям результатов интеллектуальной деятельности и/или средств индивидуализации, использованных в рекламных или информационных материалах, вознаграждений, а также возместить Оператору все убытки, возникшие в связи с претензиями и исками третьих лиц и с уплатой Оператором любых штрафных санкций, наложенных и взысканных государственными органами в связи с размещением РИМ, представленных Партнером.

Таким образом, АО «М» несет персональную ответственность перед ПАО «М» и должен размещать РИМ только среди своих Абонентов, при наличии их согласия.

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

Согласно письменным пояснениям АО «М» (вх.№6181 от 09.08.2017г.), рассылка указанного sms-сообщения рекламного характера осуществлялась ООО «О» по договору №<...>-<...>-<...> от 01.07.2016 г., по которому АО «М» оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов ООО «О».

Согласно п. 2.1 Договора №<...>-<...>-<...> от 01.07.2016 г., АО «М» (далее - Исполнитель) обязуется оказывать ООО «О» (далее – Заказчик) за вознаграждение Услуги, а Партнер обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Договором, приложениями к нему и Заявкам.

Согласно п.3.1 Договора, в рамках оказания услуги Исполнитель обязуется предоставить Заказчику доступ к Интерфейсу для размещения РИМ Заказчика среди Абонентов.

Согласно п. 3.9 Договора, в случае размещения РИМ среди Абонентов Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование абонентских номеров, а также персональных данных для целей размещения РИМ.

Согласно п. 4.7 Договора, Заказчик гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства РФ, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства РФ.

Согласно п. 4.8 Договора, Заказчик при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы.

Согласно п. 4.11 Договора, Заказчик обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Заказчиком получено предварительное согласие Абонентов на получение рекламы.

Согласно п. 4.12 Договора, в случае размещения РИМ среди Абонентов Заказчик обязан по требованию Исполнителя предоставить письменное согласие Абонента на получение рекламы в течение 3 рабочих дней.

Где согласно п.1.1 Договора: Абонент – пользователь услугами связи, с которым Оператором заключен договор об оказании таких услуг; Рекламное SMS/MMS/USSD-сообщение – текст SMS/MMS/USSD-сообщения, связанный с привлечением внимания к объекту рекламирования, товарам и/или услугам Партнера (Клиента Партнера); Рекламно-информационные материалы (РИМ) – сообщения, направленные на информирование об оказываемых услугах Партнера, или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые Партнером, предназначенные для размещения с помощью Каналов коммуникаций.

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

В письменных пояснениях АО «М» приводит следующее. Общество не осуществляет непосредственного направления абоненту короткого текстового сообщения, а лишь предоставляет доступ к интерфейсу направления РИМ. Общество не имеет доступа к сети электросвязи и не участвует в процессе формирования и направления рекламных сообщений, следовательно, не может быть признано

рекламораспространителем.

Комиссия указанный довод АО «М» не принимает во внимание в силу нижеследующего.

Так, при заключении ДС № <...>, согласно п. 3.6 в случае размещения рекламно-информационных материалов АО «М» обязано обеспечить наличие согласия Пользователей на получение sms-сообщений рекламного характера.

Кроме того, ДС № <...> не содержит положений, в соответствии с которыми АО «М» имеет право передавать обязанность по получению согласия Абонентов на получение РИМ другим лицам.

Таким образом, АО «М» обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Дополнительного соглашения № <...> от 01.10.2016г. обязательств перед ПАО «М». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела АО «М» не представлено.

Согласно письменным пояснениям ООО «О» (вх.№6590 от 23.08.2017г.), рассматриваемое сообщение поступило на оборудование Общества от ООО «К» на основании заключенного с ним Договора №SMS-<...>/<...> от 01.08.2014г., согласно которому ООО «О» (Исполнитель) оказывает ООО «К» (Заказчик) услуги по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений адресатам Заказчика (клиентам или иным, указанным Заказчиком, третьим лицам) посредством подключения и обслуживания Заказчика в электронной системе «SMSFinance».

Согласно пункту 1.2. договора №SMS-<...>/<...> от 01.08.2014г., Услуги предоставляются в соответствии с установленными Исполнителем Правилами предоставления Услуг (Приложение № <...> к настоящему Договору).

Согласно Приложению № <...> к Договору №SMS-<...>/<...> от 01.08.2014г. Правила предоставления услуг СПАМ- Сообщение рекламного или иного характера, направленное лицу без его предварительного согласия, либо не являющемуся Абонентом Заказчика.

Пунктом 9 Приложения № <...> к Договору №SMS-<...>/<...> от 01.08.2014г. установлено, что Заказчик обязуется не использовать Услуги для распространения ненужной получателю, не запрошенной последним информации, информации вида СПАМ.

Таким образом, ООО «К» является рекламораспространителем и

обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

В письменных пояснениях ООО «О» приводит следующее. Общество не имеет технической возможности каким-либо образом формировать, дополнять, обрабатывать поступающие от Клиента sms-сообщения, а следовательно, не является рекламодателем.

Комиссия указанный довод ООО «О» не принимает во внимание в силу нижеследующего.

Так, при заключении Договора №<...>-<...>-<...> от 01.07.2016 г, согласно п. 4.8 при размещении РИМ среди Абонентов ООО «О», гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы.

Пунктом 7.7. установлено, что в случае выявления Исполнителем нарушений Заказчиком условий Договора в части требований к РИМ, в том числе при непредоставлении (несвоевременном предоставлении) согласия Абонента на получение РИМ от Заказчика, Заказчик обязуется выплатить Исполнителю штраф в размере 100 000 (сто тысяч) рублей за каждый факт нарушения условий Договора.

Таким образом, ООО «ОСК» несет персональную ответственность перед АО «М» и должен размещать РИМ только среди своих Абонентов, при наличии их согласия.

Кроме того, Договор №<...>-<...>-<...> от 01.07.2016 г не содержит положений, в соответствии с которыми ООО «О» имеет право передавать обязанность по получению согласия Абонентов на получение РИМ другим лицам.

Таким образом, ООО «О» обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Договора №<...>-<...>-<...> от 01.07.2016 г. обязательств перед АО «М». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ООО «ОСК» не представлено.

Согласно письменным пояснениям ООО «Л» (вх.№6916 от 07.09.2017 г.), отправителем sms-сообщения является контрагент под учетным номером <...> – ООО «Н», зарегистрированный дилером <...> – ООО «И».

В соответствии с п. 2.1. Дилерского договора № <...>/<...> от 10.07.2014г. на предоставление телематических услуг связи (далее - Дилерский договор), заключенного между ООО «Л» (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 письменным пояснениям ООО «И» (вх.№6886 от 06.09.2017г.), обществом был заключен договор № <...> от 20.10.2014 с ООО «Н», согласно которому ООО «И» предоставляет ООО «Н» доступ к платформе для самостоятельной отправки сообщений.

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,

регламентирующего 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 (непосредственно или через Клиента Заказчика), на мобильный терминал которого планируется отправка sms-сообщений или e-mail-адреса которого планируется отправка сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть использована в качестве безоговорочного доказательства добровольного согласия получателя сообщения на получение sms и e-mail-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.

В письменных пояснениях ООО «И» приводит следующее. Общество не является изготовителем и распространителем sms-сообщений, а является техническим каналом для передачи текстовых сообщений, следовательно, не является рекламораспространителем.

Комиссия указанный довод ООО «И» не принимает во внимание в силу нижеследующего.

Так, при заключении Дилерского договора № <...>/<...> от 10.07.2014г., согласно п. 7.2.5 ООО «И» 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.

Пунктом 8.3 Дилерского договора № <...>/<...> от 10.07.2014г. предусмотрено, что всю ответственность за соответствие/несоответствие оказываемых Дилером Клиентам Услуг на основании заключенных Договоров пропуска трафика, требованиям действующего законодательства РФ о рекламе и иному отраслевому законодательству РФ, самостоятельно и в полном объеме несет Дилер.

Таким образом, ООО «И» обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Дилерского договора № <...>/<...> от 10.07.2014г. обязательств перед ООО «Л». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ООО «И» не представлено.

Согласно письменным пояснениям ООО «Н» (вх.№7026 от 13.09.2017 г.), изготовителем и отправителем рассматриваемого сообщения является ООО «А» (<...>,<...>, Свердловская обл., г. Екатеринбург, ул. <...>). ООО «Н» был заключен договор № <...> от 03.11.2016 с ООО «А».

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 №48 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, в такой форме, которая может быть использована в качестве безоговорочного доказательства добровольного согласия Получателя сообщения на получение SMS и E-mail-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.

Довод ООО «Н» о том, что оно не является рекламодателем и не обязано иметь согласие абонента на распространение рекламы Комиссией не принимается в силу нижеследующего.

Так, при заключении договора № <...> от 20.10.2014г., согласно п. 3.2.3 в случае размещения рекламно-информационных материалов ООО «Н» обязано обеспечить наличие согласия Пользователей на получение sms-сообщений рекламного характера.

Согласно п.8.7. договора № <...> от 20.10.2014г. Заказчик обязуется возместить Исполнителю расходы и убытки, причиненные всякими выплатами, административными штрафами, которые могут быть взысканы с Исполнителя из-за нарушения Заказчиком или Клиентами Заказчика действующего законодательства РФ.

Таким образом, ООО «Н» несет персональную ответственность перед ООО «И» и обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении договора № <...> от 20.10.2014г. обязательствах перед ООО «И». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ООО «Н» не представлено.

Согласно письменным пояснениям ООО «А» (вх.№7635 от 10.10.2017 г.), 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.

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, АО «М», ООО «О», ООО «К», 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 АО «М», ООО «О», ООО «К», 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 рекламоделателями, 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 АО «М», ООО «О», ООО «К», ООО «Л», ООО «И», ООО «Н», ООО «А» являются рекламодателями.

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.№7947 от 20.10.2017г.) 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 25.11.2016 на абонентский номер <...> следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей N «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

<...>

<...>