

## РЕШЕНИЕ № Р14/76-03

26.06.2014 г.

г. Тюмень

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

Председатель Комиссии: Поткина И.В.

- заместитель руководителя  
управления;

- заместитель начальника отдела  
КСЗ;

Члены Комиссии:

Полухин Д.А.

-ведущий специалист-эксперт  
отдела КСЗ,

Шишова Н.Н.

при рассмотрении дела № Р14/76 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие представителя лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «Крафт Телеком» (адрес места нахождения: 107023, г. Москва, ул. Электrozаводская, д. 24, пом. 219, ИНН 7718828562, КПП 771801001, ОГРН 1107746983266), уведомленного надлежащим образом,

### УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступило заявление гражданина «...», указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении смс-сообщений рекламного характера.

Как указывает заявитель, на принадлежащий ему абонентский номер <...> \*\*\*\*\* 03.01.2014 г. в 12:08 от абонента «PAYLESS» через SMS-центр +79043490004 поступило сообщение рекламного характера следующего содержания: «Только 3-5 января мужские и детские сапоги по 350 руб. в PAYLESS!», хотя никому согласия на рассылку заявитель не давал.

Определением №р14/76-01 по данному факту было возбуждено дело по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На рассмотрение дела лицо, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе, не явилось, представив истребованные документы и письменные пояснения по обстоятельствам дела.

Комиссия, согласно пункту 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе решила возможным рассмотреть настоящее дело в отсутствие лице, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе.

Рассмотрев материалы, представленные лицам, в действиях, которого 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 положительной отношение и закрепить его образ в памяти потребителя. В рассматриваемом sms-сообщении, объектом продвижения на рынке выступает «Только 3-5 января мужские и детские сапоги по 350 руб. в PAYLESS!» на привлечение внимания, к которому и направлено sms-сообщение.

Следовательно, sms-сообщение, поступившее абоненту «...», 03.01.2014 г. в 12:08 от абонента «PAYLESS» через SMS-центр +79043490004 поступило сообщение рекламного характера следующего содержания: «Только 3-5 января мужские и детские сапоги по 350 руб. в PAYLESS!», является рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, а, следовательно, на неё распространяются требования Закона о рекламе.

Так, 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 считается 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 сведениям, представленным ОАО «Санкт-Петербург Телеком» по запросу антимонопольного органа, «...» является абонентом ОАО «Мегафон» и указанный им номер принадлежит заявителю.

Согласно представленной ОАО «Санкт-Петербург Телеком», технической детализации, абоненту действительно 03.01.2014 г. в 12.08 от абонента «PAYLESS» через SMS-центр +79043490004, поступило SMS-сообщение, содержание которого оператору связи не известно.

Согласно сведениям, представленным ОАО «Санкт-Петербург Телеком», номер <...> , входящий в ресурс нумерации ЗАО «Ростовская Сотовая Связь», принадлежит технологическому центру ОАО «Санкт-Петербург Телеком».

03.01.2014 г. в 12:08 рассылку смс-сообщений, через смс-центр компании осуществляла компания ООО «Крафт Телеком» с которой заключен договор №218/SMS-IMSI от 01.11.2013 г. между ЗАО «Ростовская Сотовая Связь» и ООО «Крафт Телеком».

Из Договора №218/SMS-IMSI от 01.11.2013 г. (далее - Договор) заключенного между ЗАО «Ростовская Сотовая Связь» (Исполнитель) и ООО «Крафт Телеком» (Заказчик), представленного ОАО «Санкт-Петербург Телеком» следует, что предметом договора является предоставление Исполнителем Заказчику Услуг, предусмотренных соответствующим Дополнительным соглашением к настоящему Договору, а Заказчик обязуется оплачивать данные услуги (п. 2.1 Договора).

Согласно п. 1.10 Дополнительного соглашения №1 к Договору №218 от 01.11.2013 г., перечень Услуг включает в себя: подключение или изменение одного Псевдонима для Заказчика; передача SMS MT - сообщения для Заказчика.

При этом стороны установили термин «Услуги» (п. 1.13 Договора), как услуги Исполнителя, включающие в себя все либо любые из следующих:

- маршрутизацию SMS MT- сообщений от оборудования заказчика, подключенного к SMS-центру Исполнителя на Абонента;
- маршрутизацию SMS MO – сообщений от Абонента на оборудование Заказчика,
- выделение Заказчику ИСНН и ПСЕВДОНИМОВ для маршрутизации SMS MO-сообщений и SMS MT-сообщений;
- обработку запросов Заказчика на предоставление информации о международном идентификаторе IMSI АБОНЕНТОВ, зарегистрированных в сети ИСПОЛНИТЕЛЯ, в автоматическом режиме в рамках отдельного интерфейса, выделенного ЗАКАЗЧИКУ со стороны ИСПОЛНИТЕЛЯ.

Кроме того, стороны в Договоре определили следующие термины как:

- «Абоненты» - физические лица, индивидуальные предприниматели или юридические лица – абоненты исполнителя, зарегистрированные в СЕТИ, пользующиеся услугами связи на основании договоров об оказании услуг связи, заключенных с одним из операторов мобильной радиотелефонной сотовой связи, входящих в группу компаний Теле2 Россия и оказывающих услуги связи на территории Российской Федерации под товарным знаком «TELE2»;

- «SMS» - сервис, с помощью которого максимум 160 буквенных/цифровых латинских символов (в том числе пробелы) или 70 буквенных/цифровых нелатинских символов (в том числе пробелы);

- «SMS-центр» - сетевое оборудование Исполнителя, отвечающее за функционирование сервиса SMS;

- «SMS MT - сообщение» - SMS-сообщение, отправленное с оборудования Заказчика на мобильный телефон Абонента через подключение оборудования Заказчика к SMS-центру Исполнителя, и содержащее непосредственно связанную с сервисами Заказчика, для которых Абонент выразил свое предварительное письменное согласие на получение информационных SMS MT-сообщений;

- «SMS MO – сообщение» SMS-сообщение, отправленное Абонентом с мобильного телефона на ИСНН, выделенный Заказчику в рамках настоящего договора для оказания Услуг;

- «SMS-рассылка» - отправка заказчиком SMS MT - сообщений Абоненту (группам абонентов, сформированным по усмотрению Заказчика), который выразил своё предварительное согласие на их получение в письменной форме.

Кроме того, пунктом 3.2.10 Договора, установлено, что Заказчик обязуется осуществлять SMS-рассылки только тем Абонентам Исполнителя, которые являются клиентами Заказчика или его партнеров и выразили Заказчику или его партнерам свое явно выраженное согласие на их получение в письменной форме.

Таким образом, отправителем SMS-сообщения рекламного характера следующего содержания: *«Только 3-5 января мужские и детские сапоги по 350 руб. в PAYLESS!»*, является ООО «Крафт Телеком», которое, при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений Абонентам, обязано иметь письменное согласие пользователей на получении SMS-рассылки.

В качестве довода ООО «Крафт Телеком» указывает, что отправка указанного в заявлении смс-сообщения была осуществлена исключительно в рамках исполнения Договора № 01/08/2011 от 01.08.2011 г., заключенного ООО «Крафт Телеком» с ООО «МобиСервис» и с ООО «ДМБазис». Суть всех услуг, оказываемых по указанным договорам, заключается в обеспечении первоначальному заказчику – ООО «ДМ Базис» технической возможности (создании необходимых условий) формировать и отправлять смс-сообщения, т.е. производить рекламную рассылку. При этом ООО «ДМ Базис» самостоятельно, т.е. без какого либо участия исполнителей определяет содержание указанных смс-сообщений, а также их получателей (абонентов).

Кроме того, согласно условиям вышеуказанных договоров, ООО «ДМ Базис» приняло на себя обязательство не использовать подключение к Технической базе Исполнителя (Исполнителей) для отправки СПАМа, не использовать подключение к Технической базе для организации отправки SMS-сообщений, нарушающих законодательство о рекламе, в том числе в части охраны прав и свобод личности, авторских прав, религиозных и общественных убеждений, чести и достоинства, деловой репутации, а вся юридическая ответственность за возможные нарушения законодательства о рекламе, допущенные смс-рассылками, осуществляемыми в ходе исполнения этих договоров, возлагается исключительно на ООО «ДМ Базис».

В связи с этим ООО «Крафт Телеком» не осуществляло отправку сообщения, а лишь создало техническую возможность для его отправки (распространения). Действительным отправителем указанного сообщения, т.е. рекламодателем, в данном случае, следует считать ООО «ДМ Базис», которое посредством предоставленной ему исполнителями определенной совокупности технического оборудования и программного обеспечения и осуществило отправку указанного сообщения.

Указанный довод заявителя не может быть принят во внимание по следующим обстоятельствам.

Так, при заключении основании Договора №218/SMS-IMSI от 01.11.2013 г. на предоставление услуги SMS-рассылки, **общество приняло на себя обязательство иметь письменное согласие пользователей на получении SMS-рассылки (п. 3.2.10 Договора).**

Таким образом, ООО «Крафт Телеком» обязано иметь соответствующее согласие пользователя на получение рекламной рассылки как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Договора №218/SMS-IMSI от 01.11.2013 г. обязательств перед ЗАО «Ростовская Сотовая Связь». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента «...» на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ООО «Крафт Телеком» не представлено.

Согласно материалам дела ООО «Крафт Телеком» является рекламодателем, поскольку Общество, заключив договор с ЗАО «Ростовская Сотовая Связь» на осуществление рассылки sms-сообщений, приняло на себя обязательства о получении документально оформленного согласия Пользователей на получение данной услуги, при этом следует учитывать тот факт, что заключение последующих договоров с иными юридическими лицами по оказанию данной услуги с наложением на них обязанности получить документально оформленное согласие Абонента на sms-рассылку не снимает обязанности Общества также получать от этих Абонентов такое согласие всеми доступными для него способами.

Следовательно, учитывая, что у ООО «Крафт Телеком» отсутствует предварительное согласие абонента «...» на получение sms-рассылки (в том числе и рекламного характера) следовательно, Обществом нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

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

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

Вместе с тем, согласно представленным ООО «Крафт Телеком» материалам, в передаче рассматриваемого SMS-сообщения абоненту «...» принимало участие ООО «Моби Сервис» и с ООО «ДМ Базис».

Так, согласно пункту 1.1 Договора об оказании услуг №01/08/2011 от 01.08.2011 г. заключенного между ООО «Крафт Телеком» и ООО «Моби Сервис», (где ООО «Крафт Телеком» является исполнителем, а ООО «Моби Сервис» заказчиком), предметом договора является предоставление Заказчику затребованной им услуги в соответствии с установленными Условиями предоставления услуг, изложенными в Приложении № 1 к настоящему Договору.

Условиями предоставления услуг по Договору, указанными в Приложении № 1 к Договору является следующее:

1. При исполнении настоящего Договора Заказчик вправе использовать как собственные Информационно-справочные системы и базы данных, так и Информационно-справочные системы и базы данных иных лиц. В последнем случае Заказчик несет ответственность за законность использования Информационно-справочных систем и баз данных третьих лиц.
2. Заказчик гарантирует, что содержание отправляемых Абонентам через Интерфейс SMS-сообщений не противоречит требованиям законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства в сфере охраны прав на интеллектуальную собственность, не содержит сообщений, включающих нецензурные слова и выражения, оскорбляющие человеческое достоинство, пропагандирующих насилие, расовую или национальную вражду, призывы к свержению существующего строя и т.п.

При заключении Договора, стороны определили следующие термины:

- «Интерфейс» - совокупность технических средств Исполнителя, отвечающих определенным параметрам и спецификациям и предоставляющая возможность формировать и передать Абонентам короткие текстовые сообщения (SMS-сообщения) посредством сетей подвижной радиотелефонной связи;

- «Абонент» - физическое или юридическое лицо, пользователь услуг подвижной радиотелефонной связи, получающее информацию с помощью SMS-сообщений, сформированных Заказчиком и отправленных Интерфейсом.

- «Услуга» - предоставляемая исполнителем Заказчику услуга по доступу к Интерфейсу Исполнителя для целей формирования Заказчиком информационных SMS сообщений по направлению их Абонентам.

Таким образом, «...» является Абонентом, согласно Договору.

Пунктом 4.2. Договора на Заказчика возложена обязательство использовать Интерфейс для передачи информации Абонентам только после получения от Абонента предварительного согласия на ее получение посредством SMS-сообщений. Такое согласие Абонента должно быть выражено в письменном виде или иным способом, позволяющим однозначно идентифицировать как самого Абонента, так и выраженное им согласие на получение им информационных SMS-сообщений, отправляемых Заказчиком через Интерфейс.

Таким образом, ООО «Моби Сервис», согласно условиям договора, обязано получать письменное согласие каждого абонента, в том числе «...» на получение SMS-сообщений, а, следовательно, также является отправителем рассматриваемой рекламы, т.е. рекламодателем.

Кроме того, согласно Договору №144/1, заключенного 01.07.2011 г. (далее - Договор) между ООО «Моби Сервис» (Исполнитель) и ООО «ДМ Базис» Заказчик, последний так же является отправителем рассматриваемого sms-сообщения рекламного характера, а следовательно рекламодателем, что подтверждается пояснениями ООО «Крафт Телеком».

Так, согласно п. 2.1. Договора, Исполнитель обязуется оказать, а Заказчик обязуется оплатить комплекс услуг по организации приема и обработки сообщений Абонентов на КСН («КСН» - короткий сервисный номер <...> с кодом Сервиса выделяемый Заказчику Исполнителем для направления Запросов Абонента).

Стороны Договора определили следующие понятия:

- «Абоненты» - пользователи услуг связи Оператора подвижной радиотелефонной сотовой связи;

- «SMS» - служба с помощью которой Абоненты могут принимать и отправлять короткие сообщения, содержащие максимум 160 буквенных и/или цифровых латинских символов (в том числе пробелы).

Так же п. 3.2.5 Договора установлено, что сервисы предоставляемые Заказчиком, 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.).

Таким образом, из анализа представленных ООО «Крафт Телеком» документов и письменных пояснений следует, что все лица, участвующие в передаче sms-сообщений абонентам обязаны иметь письменное согласие на получение SMS-рассылки, в том числе и рекламного характера.

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 03.01.2014 г. в 12:08 от абонента «PAYLESS» через SMS-центр +79043490004 поступило сообщение рекламного характера следующего содержания: «Только 3-5 января мужские и детские сапоги по 350 руб. в PAYLESS!» на абонентский номер <...> \*\*\*\*\* **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования

части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.06 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Крафт телеком» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе.
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 \_\_\_\_\_2014 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии:

Поткина И.В.

Полухин Д.А.

Члены комиссии:

Шишова Н.Н.