

РЕШЕНИЕ №Р18/14-18

2018.

г. г. Тюмень

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

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

рассмотрев дело №Р18/14-18, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента,

в отсутствие представителей ООО <...>, ООО <...>, ПАО <...> (извещены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В Тюменское УФАС России поступило обращение гражданина <...>, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (вх. № 529 от 29.01.2018 г.).

Из заявления следует, что на абонентский номер <...>, зарегистрированный за гражданином, 26.01.2018 в 14:51 от абонента «GallaDance» через SMS-центр: +79037011111 поступило сообщение следующего содержания: «Танцуйте с любимыми! Праздничные инд. уроки от 2000р. для двоих + месяц членства в подарок. Тел. +74951503974/WhatsApp +79853883239».

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

Определением от 14.03.2018г. № Р18/14-18 возбуждено дело по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО <...>.

Определением от 13.04.2018г. №Р18/14-18 рассмотрение дела было отложено в связи с необходимостью получения антимонопольным органом дополнительных доказательств, а также привлечением к рассмотрению дела в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО <...>.

Определением от 15.05.2018г. №Р18/14-18 к рассмотрению дела привлечено в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ПАО <...>.

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 обучению танцам, на привлечение внимания к которым и направлено sms-сообщение.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту <...> 26.01.2018 в 14:51 от абонента «GallaDance» следующего содержания: «Танцуйте с любимыми! Праздничные инд. уроки от 2000р. для двоих + месяц членства в подарок. Тел. +74951503974/WhatsApp +79853883239» является, в том числе и рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, а следовательно, на которую распространяются требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Распространение указанного sms-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ряда хозяйствующих субъектов на основании заключенных гражданско-правовых договоров.

Согласно информации оператора связи – ПАО <...> (вх.№1538 от 02.03.2018г.) отправителем (рекламораспространителем) рассматриваемого сообщения является ООО <...> (ИНН 7705642257, адрес местонахождения: 115088, г.Москва, <...>).

Между ПАО <...> (Оператор) и ООО <...> (Абонент) заключен Договор об оказании услуг связи «Билайн» №557897664 от 01.12.2015г., а также Дополнительное соглашение № 6 от 01.10.2017г. на оказание услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами Абонента и/или Абонентом.

В соответствии с п.1.3 Дополнительного соглашения Абонент самостоятельно без участия оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера своих клиентов, являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Оператора и/или других операторов подвижной радиотелефонной связи в интересах Абонента/Партнеров.

В соответствии с п.4.2 Дополнительного соглашения Абонент осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

В соответствии с п.4.6 «б» Дополнительного соглашения Абонент ведет и регулярно обновляет стоп-лист Пользователей. В стоп-лист Пользователей вносятся телефонные имена пользователей, от которых поступили претензии в адрес оператора, Абонента/Партнера на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, жалобы в надзорные и

контрольные органы государственной власти на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

Таким образом, ООО <...> несет персональную ответственность перед ПАО <...> и должен размещать рассылку только среди Абонентов, которые выразили свое согласие на получение рекламы.

Таким образом, ООО <...> является рекламодателем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Согласно письменным пояснениям ООО <...> (вх.№2594 от 12.04.2018г.), данное сообщение было направлено на основании Договора №486/13 оказания услуг предоставления доступа к Системе и обработки данных от 25.11.2013года, заключенного между ООО <...> (Исполнитель) и ООО <...> (Заказчик), в рамках которого Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к Системе, обеспечивающей обработку, отправку Сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и Абонентом.

Согласно п.5.4 Договора ответственность за содержание исходящих от Заказчика сообщений несет сам Заказчик. В рамках настоящего Договора Исполнитель обеспечивает пропуск через свою Систему сообщений в их неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования или цензурирования; в связи с этим ответственность за включение в сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика.

В соответствии с п.5.6 Договора, в случае обнаружения рассылки СПАМ-Сообщений (нарушение условий пункта 12 Правил оказания Услуг, а именно: не допускается со стороны заказчика отправлять через Платформу (Систему) Исполнителя Сообщения, которые будут соответствовать признакам СПАМ), Исполнитель немедленно приостанавливает предоставление услуг.

Таким образом, ООО <...> является рекламодателем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

В письменных пояснениях ООО <...> приводит следующее. Общество не осуществляет непосредственного направления абоненту короткого текстового сообщения, а лишь предоставляет доступ к Системе, обеспечивающей обработку, отправку Сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и Абонентом.

Все данные, полученные от Заказчика, которые хранятся на ресурсах ООО <...>, хранятся в зашифрованном виде, обрабатываются автоматически, в соответствии с требованиями законодательства о соблюдении тайны переписки и защиты персональных данных.

Для целей защиты абонента от несанкционированной рассылки сообщений договором с Заказчиком предусмотрена ответственность за направление смс-сообщения без предварительного согласия.

В адрес ООО <...> направлен запрос о предоставлении предварительного согласия. В ответ на запрос ООО <...> предоставило пояснения ООО <...> о том, что <...> посетил клуб с целью получения подарочного урока. По оказании услуги он оставил свои контактные данные, которые были ошибочно занесены в базу клиентов для направления информации о деятельности компании.

Комиссия указанный довод ООО <...> не принимает во внимание в силу нижеследующего.

Так, при заключении Дополнительного соглашения №6, согласно п. 4.2 ООО <...> обязалось осуществлять рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили ему и/или Партнерам свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

Таким образом, ООО <...> 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 №6 от 01.10.2017г. обязательств перед ПАО <...>. Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ООО <...> не представлено.

Согласно письменным пояснениям ООО <...> (вх.№3041 от 28.04.2018г.), действия, совершенные в целях доведения рекламы до потребителя были осуществлены Клиентом ПАО <...> с подписью GallaDance, а ООО <...> лишь обеспечило техническое подключение этого клиента к услуге «МТС Коммуникатор» в рамках договора №D0810232 от 12.03.2008г, заключенного с ПАО <...>.

Согласно пункту 3.1.1 договора №D0810232 от 12.03.2008г, Исполнитель обязан осуществлять техническое сопровождение Портала МТС-Поиск, т.е. оказывать услуги Заказчику в порядке и на условиях настоящего Договора, качественно и надлежащим образом.

Действуя во исполнение Договора технической поддержки в части обеспечения обработки, маршрутизации и доставки части смс-трафика Услуги «МТС Коммуникатор» на Абонентов сетей, отличных от МТС, и так как ООО <...> не имеет технической возможности самостоятельно обеспечить такую обработку, маршрутизацию и доставку смс-трафика, ООО <...> заключило с Партнером-агрегатором – ООО <...> Договор №486/13 от 25.11.2015г.

Таким образом, Договор, заключенный между ООО <...> и ООО <...>, подтверждает, что система, предоставленная ООО <...>, используется ООО <...> исключительно и только в целях обеспечения своих обязательств по договору технической поддержки с ПАО <...>. ООО <...> лишь обеспечило техническое подключение Клиента ПАО <...> к услуге «МТС Коммуникатор» и не осуществляло непосредственно изготовления и распространение рекламы, в связи с чем ни рекламодателем, ни рекламораспространителем не является.

Комиссия указанный довод ООО <...> не принимает во внимание в силу нижеследующего.

Так, при заключении Договора №486/13 от 25.11.2015г., согласно п.5.4 ответственность за содержание исходящих от Заказчика сообщений несет сам Заказчик. В рамках настоящего Договора Исполнитель обеспечивает пропуск через свою Систему сообщений в их неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования или цензурирования; в связи с этим ответственность за включение в сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика.

Таким образом, ООО <...> несет персональную ответственность перед ООО <...> и должен размещать РИМ только при наличии согласия Абонентов.

Кроме того, Договор №486/13 от 25.11.2015г. не содержит положений, в соответствии с которыми ООО <...> имеет право передавать обязанность по получению согласия Абонентов на получение РИМ другим лицам.

Проанализировав последовательность договорных отношений между Обществом, ООО <...> и ПАО <...> прослеживаются взаимосвязанные действия рекламораспространителей и непосредственное участие ООО <...> в распространении SMS-сообщения, содержащего рекламу.

Отсутствие Общества в цепочке рекламораспространителей привело бы к невозможности доставки спорного SMS-сообщения абоненту.

Исходя из заключенных соглашений Общество осуществляло фактическое доведение сведений об услугах до абонента, то есть являлось рекламодателем, чем прямо опровергается довод заявителя об обратном.

Таким образом, ООО <...> обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Договора №486/13 от 25.11.2015г. обязательствах перед ООО <...>. Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ООО <...> не представлено.

Согласно письменным пояснениям ПАО <...> (вх.№4318 от 13.06.2018 г.) буквенный идентификатор «GallaDance» выделен ООО «<...> (далее – корпоративный клиент) в рамках дополнительной услуги «МТС-Коммуникатор» к заключенному с корпоративным клиентом договору о предоставлении услуг связи № 177340758962 от 05.03.2013г.

Согласно пункту 2.2 Соглашения о пользовании услугой (Публичная оферта) (далее – Соглашение) фактом оказания Услуги по настоящему Соглашению является отправка SMS-сообщения, сформированного и отправленного Пользователем от своего оборудования к SMS –центру Оператора для получателя SMS сообщения либо отправка SMS сообщения от SMS –центра Оператора Пользователю (при получении ответных сообщений).

В соответствии с п. 3.2.6. Соглашения Пользователь обязуется не осуществлять с помощью услуги «МТС-Коммуникатор» несогласованную принудительную рассылку коммерческой, рекламной или иной информации (спам) на электронные почтовые ящики либо абонентские номера пользователей сетей связи.

В соответствии с п.3.2.17 Соглашения Пользователь гарантирует Оператору, что отправка SMS-сообщений осуществляется им в рамках действующего законодательства РФ и автоматическая рассылка по сети подвижной связи или рекламные sms-сообщения отправляется только тем получателям, которые дали Пользователю предварительное и надлежаще оформленное согласие.

Таким образом, ООО <...> является как рекламодателем, т.е. лицом, определившим объект рекламирования и сформировавшим сообщение, так и рекламодателем, т.е. первым в цепочке лиц, направившем данное сообщение через ПАО <...> к Пользователю.

ПАО <...> также является рекламодателем и обязано иметь

надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы, так как, при заключении договора №D0810232 от 12.03.2008г. ПАО <...> обязалось не передавать, не распространять, не воспроизводить и не публиковать посредством оказываемых по Договору услуг информацию, противоречащую законодательству РФ. Заказчик (ПАО <...>) самостоятельно несет за это полную ответственность в соответствии с законодательством РФ.

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.

Анализ договорных отношений позволяет сделать вывод о том, что все действия сторон соглашений были направлены на рассылку SMS-сообщений. При этом все Общества были осведомлены относительно целей использования их услуг, в том числе о возможности распространения рекламы. Указание в каждом последующем договоре на обязанность заказчика получить согласие абонента на получение SMS-сообщений не освобождает исполнителя от совершения аналогичных действий.

Согласно части 3 статьи 401 «Гражданского кодекса Российской Федерации» (часть первая) если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств.

Довод о том, что Общества не формировали SMS-сообщение и не являлись инициаторами его отправки, не имеет правового значения для

определения их статуса в качестве рекламораспространителей.

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

Учитывая, что в материалы дела не представлено письменное согласие абонента на получение sms-сообщений рекламного характера, в действиях ООО <...>, ООО <...>, ПАО <...>, и ООО <...> содержатся нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламопроизводителями, рекламодателями, рекламораспространителями 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 рекламораспространитель.

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

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение рекламораспространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Однако, по смыслу приведенной нормы права 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.

Согласно материалам дела ООО <...>, ООО <...>, ПАО <...>, и ООО <...> являются рекламораспространителями.

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 <...> (вх.№2594 от 12.04.2018г.) после обращения <...> к оператору приняты меры по предотвращению повторного направления сообщений.

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 на абонентский номер <...> 26.01.2018 в 14:51 от абонента «GallaDance» через SMS-центр: +79037011111 следующего содержания: *«Танцуйте с любимыми! Праздничные инд. уроки от 2000р. для двоих + месяц членства в подарок. Тел. +74951503974/WhatsApp +79853883239»*, **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

<...>