

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

- **возбуждении дела № 012/05/18-375/2021**
- **по признакам нарушения законодательства о рекламе**

27 апреля 2021 года
г. Йошкар-Ола

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, заместитель руководителя – начальник отдела контроля закупок и антимонопольного контроля органов власти Марийского УФАС России, рассмотрев материалы о распространении ООО «Маркетплейс-технологии», ООО «СМС-центр» рекламной информации посредством смс-сообщения без согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы России поступило заявление Б. (от 12.03.2020 вх. № 50-Б).

В своем заявлении Б. указал, что на его абонентский номер следующего содержания: **«Ура! Для вас скидка 500 р по промокоду VIP500. http://bit.ly/ke_link»**. Сообщение отправлено от KznExpress 11.03.2021 в 18:46.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) реклама - 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.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации

объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» Закон о рекламе не определяет порядок и форму 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.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

[Пункт 21.1 статьи 2](#) Федерального закона «О связи» (далее – Закон о связи) закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается 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.

[Статья 44.1](#) Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки.

Согласно [части 1 статьи 44.1](#) Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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.

Б. сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы.

Более того, 10.03.2021 заявителем в адрес ООО «Маркетплейс-Технологии» направлено заявление о прекращении с 11.03.2021 в его адрес рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, а также распространения рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения указанного рекламного смс-сообщения.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, абонентский номер принадлежит ООО «Т2 Мобайл».

Письмом от 24.03.2021 вх. № 36 ООО «Т2 Мобайл» указало, что 11.03.2021 в 18:46 смс-сообщение абоненту направлено от отправителя «KznExpress».

В письменных пояснениях ООО «Маркетплейс-технологии» сообщило, что абонент с телефонным номером зарегистрирован в базе данных 12.08.2019 в качестве покупателя «KznExpress».

В соответствии с п. 4.7 текста пользовательского соглашения в случае, если пользователь желает отказаться от получения информационных электронных сообщений, он вправе сообщить об этом администрации сайта, после чего рассылка информационных электронных сообщений на электронный адрес и/или абонентский номер телефона пользователя немедленно прекращается.

Смс-рассылка была осуществлена с помощью сервиса <http://smc.ru> (ООО «СМС-центр»), являлась массовой носила рекламный характер, объектом рекламы являлся интернет-магазин KazanExpress.

Абонентский номер

был исключен из базы рассылки после соответствующего обращения.

Согласно информации, представленной ООО «СМС-центр» от 15.04.2021 вх. № 3427, сообщение абоненту +79021013290 от буквенного номера ««KznExpress» было передано заказчиком рассылки – ООО «Маркетплейс-Технологии» в рамках договора № 486523 от 29.06.2020, заключенного между ООО «СМС-центр» (Исполнитель) и ООО «Маркетплейс-Технологии» (Заказчик), в рамках которого исполнитель предоставляет заказчику услуги доступа к сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, а также для интеграции сервисов заказчика для отправки и приема сообщений через API в соответствии с

правилами предоставления услуг, действующими тарифами исполнителя.

В соответствии с частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе почтовых отправлений и электронных сообщений, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Вместе с тем Б. отозвал согласие на получение рассматриваемой рекламной информации 10.03.2021.

Из содержания [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Марийское УФАС России считает, что поскольку согласие абонента Б. на получение им подобных смс-сообщений отсутствует, следовательно, присутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе со стороны рекламораспространителей.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия

рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Проанализировав правоотношения, складывающиеся между ООО «Маркетплейс-Технологии», ООО «СМС-центр» Марийское УФАС России пришло к выводу о том, что между субъектами правоотношений фактически возникли взаимосвязанные действия, направленные на доведение сведений, содержащихся в рассматриваемом смс-сообщении, до абонента.

Заключенный между указанными лицами договор рассматривается антимонопольным органом как действие, которое свидетельствует о том, что их предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений за плату.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

В письме Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436 указало, что в соответствии с законом о связи, операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения

законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

ООО «Маркетплейс-Технологии», ООО «СМС-центр» передавали сообщение по телематическим каналам связи, при этом их деятельность была направлена на массовую рассылку, следовательно, указанные общества являются рекламораспространителями.

Исходя из вышеизложенного, Марийское УФАС России приходит к выводу о наличии в действиях ООО «Маркетплейс-Технологии», ООО «СМС-центр» признаков нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламного смс-сообщения на абонентский номер Б. без его согласия, что является достаточным для возбуждения дела по признакам нарушения законодательства о рекламе.

Согласно [части 7 статьи 38](#) Закона о рекламе за нарушение [статьи 18](#) данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктом 20 Правил рассмотрения антимонопольными органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе»,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № **012/05/18-375/2021** по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
2. Назначить дело № **012/05/18-375/2021** к рассмотрению на **18 мая 2021 года в 11 часов 00 минут (по Московскому времени)** в помещении Марийского УФАС России, по адресу: г. Йошкар-Ола, ул. Волкова, д. 164.
3. Признать лицами, участвующими в деле:

заявитель – **Б.**;

лица, участвующие в деле, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе:

1) ООО «Маркетплейс-технологии» (ул. Университетская, д. 7, оф. 334, г. Иннополис, Республика Татарстан, 420500; ИНН 1615014120, ОГРН 1181690055744);

2) ООО «СМС-центр» (Пресненская набережная, д. 12, оф. А35, г. Москва, 123112; ИНН 7724805644, ОГРН 1117746756489)

4 . ООО «Маркетплейс-технологии» в срок до 17.05.2021 представить в Марийское УФАС России следующие сведения и документы:

- копию свидетельства о регистрации в налоговом органе;
- копию свидетельства о постановке на учет в налоговом органе;
- копию выписки из ЕГРЮЛ;
- копии учредительных документов (устав, протокол заседания учредителей о назначении директора, приказ о наделении должностного лица правом подписывать документы от имени ООО «Маркетплейс-Технологии»);

Представить подтверждающие документы, а также перечень абонентских номеров, которым было направлено указанное смс-сообщение:

- представить копию договора с лицом, осуществившим направление смс-сообщения абоненту **за период, когда смс-сообщение было направлено абоненту**, в том числе все дополнительные приложения, соглашения и техническую документацию, а также доказательства исполнения договора (счета, акты выполненных работ, платежные документы с отметкой банка- за период, когда смс-сообщения были направлены абоненту), в случае их наличия;

- представить информацию о том, **как фактически (технически) осуществлялась доставка смс-сообщения до абонента. Какую роль выполняет ООО «Маркеплейс-Технологии» в направлении смс-сообщения абоненту по сети радиоподвижной телефонной связи?**

- иные сведения и документы, имеющие отношение к рассматриваемому вопросу.

ООО «СМС-центр» в срок до 17.05.2021 представить в Марийское УФАС России следующие сведения и документы:

- копию свидетельства о регистрации в налоговом органе;

- копию свидетельства о постановке на учет в налоговом органе;
- копию выписки из ЕГРЮЛ;
- копии учредительных документов (устав, протокол заседания учредителей о назначении директора, приказ о наделении должностного лица правом подписывать документы от имени ООО «СМС-центр»);
- копию лицензии на оказание услуг радиоподвижной телефонной связи, лицензии на оказание телематических услуг;
- подробно описать каким образом происходило распространение вышеуказанной рекламной информации на номер;
 - указать, получено ли согласие абонента с телефонным номером на получение вышеуказанной информации;

- как и каким образом Вы получаете согласие пользователей на рассылку смс-сообщения (представить подтверждающие документы)?
- количество пользователей, которым направлено вышеуказанное смс-сообщение (представить подтверждающие документы)?
- с использованием какого оборудования (технических средств) осуществляется отправка рассматриваемого смс-сообщения (представить подтверждающие документы)?
- иные сведения и документы, имеющие отношение к рассматриваемому вопросу.

Непредставление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган сведений (информации), предусмотренных законодательством о рекламе, а равно представление таких сведений (информации) в неполном объеме или в искаженном виде либо представление недостоверных сведений (информации) согласно части 6 статьи 19.8 КоАП РФ влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двух тысяч до десяти тысяч рублей; на юридических лиц - от двадцати тысяч до двухсот тысяч рублей.

Обращаем внимание, что пропуск в здание Марийского УФАС России ограничен: при входе необходимо иметь при себе средства индивидуальной защиты (медицинская маска, одноразовые перчатки).

Также сообщаем, что возможность участия в составлении протокола будет организована посредством удаленного доступа по ссылке: <https://fas1.tconf.rt.ru/c/7369990394>.

Подключение к конференции возможно в том числе со смартфона или планшета под управлением операционной системы Android или iOS.

Заместитель руководителя-

начальник отдела