

РЕШЕНИЕ № Р16/27-04

11.08.2016 г.

г. Тюмень

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

Председатель Комиссии:	<...>	-заместитель руководителя управления;
	<...>	
Члены Комиссии:	<...>	- ведущий специалист-эксперт; - специалист-эксперт,

рассмотрев дело № Р16/27, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России) поступило заявление гражданина <...> (вх.№ 2560 от 04.04.2016), указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении смс-сообщений рекламного характера.

Из заявления следует, что на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> 03.04.2016 в 15:32 от абонента Karusel через SMS-центр: +79222900248 поступило сообщение следующего содержания: «4 апреля -23% на ВСЮ охлажденную рыбу, а еще подсолнечное масло Золотая семечка по 69,90! Скидка действует по купону из каталога».

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

В силу части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия

абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, указанная реклама, содержит признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Определением Тюменского УФАС России от 17.05.2016г. № Р16/27-01 было возбуждено дело в отношении ЗАО «МегаЛабс» по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента.

На рассмотрение дела, лица, участвующие в деле, не явились, уведомлены надлежащим образом.

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 лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе.

Согласно письменным пояснения АО «МегаЛабс» (вх.4643 от 14.06.2016г.) рассылка указанного сообщения осуществлялась ООО «Крафт Телеком» по договору №МР-МИ-КРФТ-10.10.2014 от 10.10.2014г., в рамках Дополнительного соглашения №1 от 01.01.2016 (далее – Договор). АО «МегаЛабс» оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения информационных материалов Клиента ООО «Крафт Телеком». Согласно условиям Договора, ООО «Крафт Телеком» обязуется получать согласие абонентов, среди которых предполагается осуществить распространение рекламных информационных материалов и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов, у которых такое согласие было получено (п.4.8. Договора).

Определением от 16.06.2016г. №Р16/27-02 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 «Крафт Телеком».

Согласно письменным пояснениям ООО «Крафт Телеком» (вх.№5741 от 22.07.2016г.), Обществом был заключен договор №106 от 31.12.2013г. с ООО «Мобильные сервисы», переименованное 21.02.2014г. в ООО «ИНСТАМ» (далее – Заказчик). Отправка рассматриваемого сообщения была осуществлена Заказчиком в рамках заключенного сторонами Договора. Согласно пункту 1.1 Договора Исполнитель оказывает, а Заказчик принимает и оплачивает услугу подключения к Технической базе в порядке и на условиях, предусмотренных договором.

Согласно пункту 2.4.5. договора Заказчик обязался не использовать подключение к Технической базе исполнителя для отправки СПАМа, а пункты 6.3, 6.4. договора регламентируют, что составителем и отправителем сообщений, отправленных в рамках договора является Заказчик, который определяет конечных получателей и несет ответственность за выполнение норм действующего законодательства РФ. По

сведениям, предоставленным ООО «ИНСТАМ», лицом, нарушившим законодательство о рекламе, является ООО «СЗК Инфосвязь» (адрес местонахождения: 192912, Санкт-Петербург, пр. Обуховской обороны, д.271, лит.А), которое предоставило согласие пользователя (абонента).

Определением от 27.07.2016г. №Р16/27-03 к рассмотрению дела привлечены в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «ИНСТАМ» и ООО «СЗК Инфосвязь».

Согласно письменным пояснениям ООО «ИНСТАМ» (вх.№6130 от 05.08.2016г.) рассматриваемое сообщение направлялось ООО «СЗК «Инфосвязь» в рамках договора от 17.04.2014 №791, в соответствии с которым ООО «ИНСТАМ» оказывает услугу подключения к технической базе.

Согласно п.2.4.5 Договора Заказчик обязался не использовать подключение к Технической базе Исполнителя для отправки СПАМа. Согласно п.п. 6.3., 6.4. Договора составителем и отправителем сообщений отправленных в рамках Договора является Заказчик, который определяет конечных получателей и несет ответственность за выполнение действующего законодательства РФ.

Согласно письменным пояснениям ООО «СЗК «Инфосвязь» (вх.6198 от 10.08.2016г.) данная смс-рассылка осуществлялась в рамках исполнения договора оказания услуг № 3806/14-ЛК8 от 22.07.2014г., заключенного между ООО «СЗК «Инфосвязь» и ЗАО «Торговый дом «ПЕРЕКРЕСТОК».

В рамках заключенного Договора ООО «СЗК «Инфосвязь» предоставляет ЗАО «Торговый дом «ПЕРЕКРЕСТОК» доступ к личному кабинету пользователя, позволяющий последнему самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды Услуг, которыми он пользуется по Договору.

Согласно п.3.2.3. Заказчик (ЗАО «Торговый дом «ПЕРЕКРЕСТОК») в обязательном порядке должен получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS/MMS/Голосовых/E-mail- сообщений, согласие на получение таких SMS/MMS/Голосовых/E-mail, по форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности получения SMS/MMS/Голосовых/E-mail-сообщений Абонентом.

ЗАО «Торговый дом «ПЕРЕКРЕСТОК» в адрес ООО СЗК «Инфосвязь» направлено письмо о том, что в период между выгрузкой и проведением рассылки данный абонент отказался от дальнейшего участия в программе лояльности ФТС «Карусель», его данные были удалены из базы данных. Тем не менее, номер данного абонента не успели удалить из запущенной рассылки, вследствие чего абонент получил сообщение после факта отписки.

Рассмотрев материалы, 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 акция в магазине «Карусель», на привлечение внимания к которой и направлено sms-сообщение.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту <...> 03.04.2016 в 15:32 от абонента Karusel через SMS-центр: +79222900248 следующего содержания: «4 апреля - 23% на ВСЮ охлажденную рыбу, а еще подсолнечное масло Золотая семечка по 69,90! Скидка действует по купону из каталога», 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 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 признается 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.

Так, согласно сведениям, представленным ЗАО «МегаЛабс» рекламораспространителем данного сообщения является ООО «Крафт Телеком». При этом ООО «Крафт Телеком» приняло на себя обязательства в обязательном порядке получить от адресата, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика, письменное согласие на получение таких сообщений. Точно такие же обязательства принимало на себя ООО «ИНСТАМ» при заключении договора с ООО «Крафт Телеком», и ООО «СЗК «Инфосвязь» при заключении договора с ООО «ИНСТАМ».

Таким образом, ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ» и ООО «СЗК «Инфосвязь» приняли на себя обязательство по отправке SMS-сообщений, только при наличии согласия Адресата.

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

Согласно материалам дела ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ» и ООО «СЗК «Инфосвязь» являются рекламораспространителями.

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

В материалы дела представлена копия письма X5 RETAIL GROUP (исх.И-017 от 17.04.2016) в адрес ООО СЗК «Инфосвязь» о том, что в период между выгрузкой и проведением рассылки данный абонент отказался от дальнейшего участия в программе лояльности ФТС «Карусель», его данные были удалены из базы данных. Тем не менее, номер данного абонента не успели удалить из запущенной рассылки, вследствие чего абонент получил сообщение после факта отписки.

Вместе с тем, согласие <...> на получение рекламы представлено не было.

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.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Закона о Связи.

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, ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ» и ООО «СЗК «Инфосвязь» 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.

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

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

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 «Крафт Телеком» (вх.5741 от 22.07.2016г.) номер абонента <...> добавлен в стоп-лист и ему не поступают сообщения рекламодателей.

Вместе с тем, доказательств прекращения направления смс-сообщений на номер абонента <...> не представлено.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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 03.04.2016 в 15:32 от абонента Karusel через SMS-центр: +79222900248 следующего содержания: «4 апреля -23% на ВСЮ охлажденную рыбу, а еще подсолнечное масло Золотая семечка по 69,90! Скидка действует по купону из каталога» на абонентский номер <...> , **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «СЗК «Инфосвязь» 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 _____года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии

<...>

Члены комиссии

<...>

<...>

ПРЕДПИСАНИЕ № Р16/27-05

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

11.08.2016г.

г. Тюмень

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

Председатель Комиссии:	<...>	заместитель руководителя управления;
Члены Комиссии:	<...>	ведущий специалист-эксперт
	<...>	специалист-эксперт,

на основании своего решения от 11.08.2016 по делу № Р16/27 о признании ненадлежащей рекламы, направленной посредством SMS-сообщения рекламного характера 03.04.2016 в 15:32 от абонента Karusel через SMS-центр: +79222900248 следующего содержания: *«4 апреля -23% на ВСЮ охлажденную рыбу, а еще подсолнечное масло Золотая семечка по 69,90! Скидка действует по купону из каталога»* на абонентский номер <...> , в соответствии с частью 2 статьи 33и частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

- 1. ООО «СЗК Инфосвязь»** (адрес местонахождения: 192912, Санкт-Петербург, пр. Обуховской обороны, д.271, лит.А, ОГРН 1089847160633, ИНН 7811404769) **в десятидневный срок с момента получения настоящего предписания** устранить нарушение ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», а именно: прекратить распространение рекламы следующего содержания: *«4 апреля - 23% на ВСЮ охлажденную рыбу, а еще подсолнечное масло Золотая семечка по 69,90! Скидка действует по купону из каталога»* по сетям электросвязи без получения предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.
- 2. В 5-дневный срок с момента исполнения настоящего предписания** представить в Тюменское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Тюменское УФАС России вправе в соответствии с

пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц в размере от 12000 до 20000 рублей; на юридических лиц - от 300 000 до 500 000 рублей.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии:

<...>

Члены комиссии:

<...>

<...>