

АО «СМАРТС-Самара»  
ул. Дачная, д. 2, корп. 2  
г. Самара, 443013

ЗАО «СМАРТС-Иваново»  
ул. 8 Марта, д. 32,  
г. Иваново, 153037

ООО «Электроник Восток»  
ул. Нижняя, д. 5, под. 6,  
г. Москва, 125040

ООО «ПРО-Технологии»  
ул. Калинина, д. 10,  
г. Брянск, 241050

ул. Ульянова, 103, офис 11,  
г. Брянск, 241013

ИП Мамедов Э.А.  
ул. Пулковская, д. 8, корп. 4, кв. 704,  
г. Санкт-Петербург, 196158

от 14.10.2015 № 10092/04-01

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-01/13-14

«30» сентября 2015 года г. Ярославль

Комиссия Ярославского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя управления Завьялов М.Ф.,

члены Комиссии: начальник отдела естественных монополий и рекламы Ярославского УФАС России Бай-Бородина Л.Ю., ведущий специалист-эксперт Солодяшкина С.Д.,

рассмотрев дело № 04-01/13-14, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения гражданином 15.10.2013 г. в 12:10 на номер его мобильного телефона <...> смс-сообщения рекламного характера: «Срочная Компьютерная Помощь 962-69-04 по СМС скидка 30 %», без согласия абонента на его получение,

#### УСТАНОВИЛА:

Акционерное общество «СМАРТС-Самара» (далее – АО «СМАРТС-Самара»), являющееся правопреемником ОАО «СМАРТС», Закрытое акционерное общество «СМАРТС-Иваново» (далее - ЗАО «СМАРТС-Иваново»), Общество с ограниченной ответственностью «Электроник Восток» (далее – ООО «Электроник Восток»), Общество с ограниченной ответственностью «ПРО-Технологии» (далее - ООО «ПРО-Технологии»), Индивидуальный предприниматель Мамедов Эдвард Аллахгулиевич (далее - ИП Мамедов Э.А.), привлеченные к рассмотрению дела в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, на рассмотрение дела уполномоченных представителей не направили, о дате, времени и месте рассмотрения дела извещены надлежащим образом. В соответствии с пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. № 508, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие представителей указанных лиц.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области поступило заявление гражданина, проживающего в г. Санкт-Петербург, направленное из ФАС России для рассмотрения в соответствии с пунктом 6 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. № 508 (вх. № 10910 от 25.11.2013).

Заявитель сообщает о том, что 15.10.2013 в 12:10 на номер его мобильного телефона <...> поступило нежелательное смс-сообщение (реклама) с номера ComrFix и содержало следующий текст:

«Срочная Компьютерная Помощь 962-69-04 по СМС скидка 30%».

Заявитель считает распространение данной рекламы нарушением Федерального закона о рекламе, поскольку не давал своего согласия на ее получение.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «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.

Кроме того, согласно части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Дело № 04-01/13-14 возбуждено 24.01.2014 г. по признакам нарушения части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в отношении ОАО «СМАРТС», поскольку согласно сведениям, предоставленным ОАО «ВымпелКом» - оператором подвижной радиотелефонной связи, абонентом которого является заявитель, рассматриваемое смс-сообщение поступило с номера, который согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи выделен ОАО «СМАРТС».

Правопреемником ОАО «СМАРТС» является АО «СМАРТС-Самара», созданное в результате реорганизации ОАО «СМАРТС» в форме выделения акционерных обществ.

Согласно письменных пояснений ОАО «СМАРТС» от 31.01.2014 № 1-358 ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, согласно технической документации номер <...> -902-370-83-95 закреплен за СМС-центром ЗАО «СМАРТС-Иваново».

ЗАО «СМАРТС-Иваново», привлеченное к участию в деле в качестве лица в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 04-01/13-14 от 21.02.2014 г., в письменных пояснениях от 17.03.2014 № 01-186 сообщило, что смс-сообщение 15.10.2013 в 12:10 на номер мобильного телефона <...> было отправлено ООО «Электроник Восток», с которым у ЗАО «СМАРТС-Иваново» заключен договор № 05-03-01-01-40/13 от 12.04.2013 г., в соответствии с которым ЗАО «СМАРТС-Иваново» - Исполнитель, ООО «Электроник Восток» - Заказчик.

Определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 04-01/13-14 от 18.03.2014 г. ООО «Электроник Восток» привлечено к участию в рассмотрении дела в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «Электроник Восток» в письменных пояснениях от 01.04.2014 № 37-14 сообщило, что не является рекламодателем, а предоставляет техническую платформу для формирования и отправки смс-сообщений третьим

лицам. Рассматриваемое смс-сообщение было сформировано и передано через платформу ООО «Электроник Восток» третьим лицом: ООО «Про-Технологии» на основании договора № ЭВ-264-11 от 01.08.2011. Согласно полученным ООО «Электроник Восток» данным от ООО «Про-Технологии», последнее также не является рекламодателем, а представляет свою платформу для использования третьим лицам. Конечным рекламодателем указывается ИП Мамедов Э.А.

Определением от 22.04.2014 г. производство по делу № 04-01/13-14 приостанавливалось до установления местонахождения лица, осуществившего распространение 15.10.2013 в 12:10 на номер мобильного телефона <...> смс-сообщения с номера ComrFix следующего содержания: «Срочная Компьютерная Помощь 962-69-04 по СМС скидка 30%».

Определением о возобновлении производства по делу № 04-01/13-14 от 01.09.2015 г. к участию в деле в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе привлечены ООО «ПРО-Технологии» и ИП Мамедов Э.А.

ООО «ПРО-Технологии» в письменных пояснениях № 3/07 от 25.07.2014 г. и № 1/09 от 17.09.2015 г. сообщило, что данное сообщение направлено абоненту <...> их клиентом ИП Мамедовым Э.А., с которым заключен договор № 15930-М/2013 от 16.07.2013. ИП Мамедов Э.А. вводил номер абонента и текст сообщения самостоятельно. ООО «ПРО-Технологии» представляет свой программный комплекс (далее «Система»), позволяющий формировать и отправлять смс-сообщения третьим лицам на защищенном веб-сайте. Пункт 4.2.2. Договора с ИП Мамедовым Э.А. устанавливает обязанность ИП Мамедова Э.А. на получение письменного или устного согласия абонента до отправки сообщения, а пункт 4.2.6. Договора устанавливает обязательность соответствия рассылаемых ИП Мамедовым Э.А. сообщений нормам действующего законодательства Российской Федерации, в том числе нормам закона о рекламе, а также ответственность ИП Мамедова Э.А. за рассылаемые сообщения. Формирование списка абонентов, формирование текста смс-сообщений и рассылка смс-сообщений осуществляются ИП Мамедовым Э.А. самостоятельно в личном кабинете на защищенной веб-странице и без согласования с ООО «ПРО-Технологии». В феврале 2014 года ООО «ПРО-Технологии» прекратило предоставление услуг по договору № 15930-М/2013 с ИП Мамедовым Э.А. С момента получения информации о жалобе абонента в июле 2014 г., смс-сообщения на абонентский номер <...> через систему не отправлялись, так же возможность отправки смс-сообщений на данный номер была заблокирована в Системе.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующему выводу.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» реклама - это информация, распространяемая 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.

Распространенная по сетям электросвязи 15.10.2013 в 12:10 на номер мобильного телефона <...> информация «Срочная Компьютерная Помощь 962-69-04 по СМС скидка 30%» отвечает вышеперечисленным требованиям рекламного законодательства, следовательно, является рекламой, объектом рекламирования в которой являются услуги по ремонту компьютерной техники.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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.

В материалы дела не предоставлено предварительного согласия заявителя на получение рекламы.

ОАО «ВымпелКом» предоставило сведения о том, что абонентом телефонного номера <...>, на который поступило рассматриваемое смс-сообщение, является заявитель, а также детализацию смс-сообщений, согласно которой 15.10.2013 в 12:07 поступило смс-сообщение на номер <...> с номера +79023708395.

Согласно скриншота, предоставленного заявителем, на номер его мобильного телефона 15.10.2013 в 12:10 поступило смс - сообщение «Срочная Компьютерная Помощь 962-69-04 по СМС скидка 30%» от ComrFix через SMS-центр ЗАО «СМАРТС-Иваново»: номер <...> .

Между ЗАО «СМАРТС-Иваново» (Исполнителем), оператором подвижной радиотелефонной связи, через смс-центр которого прошло рассматриваемое смс-сообщение, и ООО «Электроник Восток» (Заказчиком) заключен договор № 05-03-01-01-40/13 от 12.04.2013 г., согласно которому Исполнитель обязуется по заданию Заказчика предоставить услуги по созданию информационного канала, с использованием Комплекса Исполнителя (пункт 2.1 Договора), то есть совокупности аппаратно-программных средств, установленных и действующих на территории каждой из сторон и используемых для выполнения условий данного Договора, а Заказчик, обязан не использовать свой комплекс и комплекс исполнителя для передачи SMS-спама. Заказчик рассылает смс-сообщения адресатам, которые дали согласие на получение информационных смс-сообщений. (пункт 3.2.2 Договора).

В свою очередь между ООО «Электроник Восток» и ООО «ПРО-Технологии» заключен договор оказания услуг № ЭВ-264-11 от 01.08.2011 г., согласно которому ООО «Электроник Восток» (Исполнитель) оказывает ООО «ПРО-Технологии» (Заказчику) услуги по обеспечению доступа к Системе, обеспечивающей формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений в течение определенного периода в соответствии с Правилами предоставления услуг (приложение № 1 к настоящему договору). Пункт 3.2.1 данного договора устанавливает обязательство ООО «ПРО-Технологии» на получение согласия абонента до отправки сообщения.

Согласно Правил предоставления услуг, изложенных в приложении № 1 к договору № ЭВ-264-11 от 01.08.2011, при регистрации в Системе Исполнителя Заказчик получает персональные логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта Исполнителя. Исполнитель предоставляет оплаченные Заказчиком услуги доступа к Системе, обеспечивающей формирование и доставку смс-сообщений. Передача информации (текст смс-сообщения, телефон, и др. информация) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет, протокол SMPP 3.3., 3.4. (пункт 3 Правил). В соответствии с пунктом 11 Заказчик обязуется использовать Услугу в соответствии с нормами законодательства РФ о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим согласие на ее получение, которое в случае необходимости может быть предъявлено Оператору в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на ее получение.

Далее ООО «ПРО-Технологии» заключен дилерский договор № 15930-М/2013 предоставления услуг от 16.07.2013 г. с ИП Мамедовым Э.А. В соответствии с условиями настоящего договора ООО «ПРО-Технологии» (Компания) предоставляет за плату ИП Мамедову Э.А. (Дилеру) услуги по передаче различного рода информации путем рассылки смс-сообщений с использованием ресурсов сервера Компании (пункт 2.1. Договора). В соответствии с пунктом 2.2. Договора отправка смс-сообщений осуществляется Дилером через его «Личный кабинет» расположенный на сайте Компании в следующем порядке: дилер производит оплату услуг в соответствии с условиями договора, для идентификации Дилера в Системе Компании Дилеру присваивается индивидуальные логин и пароль, Дилер заходит на сайт Компании, вносит в записную книжку свою базу номеров Адресатов, которым следует отправлять смс-сообщения, текст смс-сообщения, которое необходимо отправить. В личном кабинете Дилер может получить информацию о доставке смс-сообщений, об остатке денежных средств на его виртуальном счете. В соответствии с пунктом 2.3 Договора для пользования «Личным кабинетом» Дилер должен иметь персональный компьютер с выходом в Интернет, собственную базу данных номеров, на которые будет производиться рассылка. Согласно пункту 2.4 Договора в связи с тем, что текст передаваемых сообщений формируется Дилером самостоятельно и не контролируется Компанией, дилер несет полную ответственность за содержание передаваемых сообщений, их соответствие законодательству РФ, и обязуется возместить причиненные невыполнением данной обязанности убытки Компании, в том числе понесенные по решениям уполномоченных государственных органов, при условии предоставления Компанией Дилеру соответствующих документов, свидетельствующих о причинении Компании указанного ущерба. В соответствии с пунктом 3.1. Дилер может предоставить своим Клиентам возможность отправки смс-сообщений их Адресатам путем использования «Личного кабинета», при этом согласно пункту 3.9. Дилер несет ответственность за действия его Клиентов, которым он дал доступ в «Личный кабинет», за соблюдением ими требований действующего законодательства, содержание передаваемых сообщений, их соответствие законодательству РФ и обязуется возместить причиненные невыполнением данной обязанности убытки Компании, в том числе понесенные по решениям уполномоченных государственных органов. В соответствии с пунктом 4.2.2. Договора Дилер обязан в обязательном порядке получить от Адресата (непосредственно или через Клиента Дилера), на телефон которого планируется отправка смс-сообщений с информацией Дилера, письменное или устное

согласие на получение таких сообщений. Дилер обязуется использовать Услугу в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим письменное согласие или устное согласие на ее получение (пункт 4.2.5. Договора).

Таким образом, распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи через SMS-центр оператора связи ЗАО «СМАРТС-Иваново», обладающего соответствующей лицензией на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи, стало возможным благодаря осуществлению последовательных действий лиц, участвующих в рассылке данной рекламы по сетям электросвязи на основе заключенных договоров, а именно, ООО «Электроник Восток» осуществило распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи, используя технические средства оператора подвижной радиотелефонной связи ЗАО «СМАРТС-Иваново», ООО «Про-Технологии» осуществило распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи через сеть Интернет на технические средства ООО «Электроник Восток», ИП Мамедов Э.А. осуществил распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи через сеть Интернет на технические средства ООО «Про-Технологии».

Пункт 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определяет рекламораспространителя как лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии частью 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» ООО «Электроник Восток», ООО «Про-Технологии» и ИП Мамедов Э.А. являются рекламораспространителями рассматриваемой рекламы, поскольку на основании заключенных договоров, используя каждый соответствующие технические средства, осуществили распространение рекламы «Срочная Компьютерная Помощь 962-69-04 по СМС скидка 30%», поступившей 15.10.2013 в 12:10 на номер мобильного телефона <...>.

В материалы дела не предоставлено предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи, несмотря на то, что ООО «Электроник Восток», ООО «Про-Технологии» и ИП Мамедов Э.А. в соответствии с заключенными договорами обязались в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение сообщения.

Отсутствие предварительного согласия абонента на получение рекламы, распространенной посредством использования сетей электросвязи, как подвижной радиотелефонной связи, так и сети Интернет, является нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Кроме того, по мнению Комиссии, при распространении рассматриваемой рекламы допущено нарушение части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускающей использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки), поскольку рассылка рекламы, поступившей на технические средства ООО «Электроник Восток» и ООО «Про-Технологии», осуществлялась ими автоматически.

В части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» содержится запрет на

автоматическую рассылку рекламы по сетям электросвязи.

По сути, данная норма запрещает так называемый спам (массовую рассылку рекламы и иной коммерческой информации лицам, не выразившим желания их получать).

Согласно пункту 2 Постановления Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 № 575 «Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи» под спамом понимается телематическое электронное сообщение, переданное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту и (или) пользователю без их предварительного согласия и не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя.

Под запрет, установленный в части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям Законодательства Российской Федерации является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламораспространитель.

Комиссией установлено, что рассматриваемое смс-сообщение поступило в сеть ОАО «ВымпелКом» - оператора подвижной радиотелефонной связи заявителя с номера ЗАО «СМАРТС-Иваново», таким образом ОАО «СМАРТС» не причастно к распространению рассматриваемой рекламы, в связи с чем дело в отношении ОАО «СМАРТС» подлежит прекращению.

В действиях ЗАО «СМАРТС-Иваново» Комиссией также не установлено нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе». ЗАО «СМАРТС-Иваново» в рамках заключенного с ООО «Электроник Восток» Договора является оператором подвижной радиотелефонной связи, обязавшимся оказать услуги по созданию информационного канала, обеспечивающего отправку заказчиком смс-сообщений. Оператор подвижной радиотелефонной связи в силу оказания лицензионных услуг не может являться рекламораспространителем. В связи с чем, дело в отношении ЗАО «СМАРТС-Иваново» подлежит прекращению.

Таким образом, ООО «Электроник Восток», ООО «ПРО-Технологии» и ИП Мамедовым Э.А. при распространении рассматриваемой рекламы допущено нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку распространение рекламы по сетям электросвязи осуществлялось без предварительного согласия абонента на получение рекламы, а также части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку рассылка осуществлялась автоматически.

Комиссией принято решение не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе в связи с тем, что ООО «ПРО-Технологии» сообщило,

что предоставление услуг по договору с ИП Мамедовым Э.А., на основании которого осуществлялось распространение вышеуказанной рекламы, прекращено с февраля 2014 года, а возможность отправки смс-сообщений на абонентский номер <...> была заблокирована в июле 2014 года

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с подпунктом а) пункта 36, пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

#### РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу «Срочная Компьютерная Помощь 962-69-04 по СМС скидка 30%», поступившую 15.10.2013 в 12:10 на номер мобильного телефона <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Не выдать ООО «Электроник Восток», ООО «ПРО-Технологии» и ИП Мамедову Э.А. предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ярославского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.
4. Дело № 04-01/13-14 в отношении ОАО «СМАРТС» и ЗАО «СМАРТС-Иваново» прекратить в связи с не подтверждением в ходе рассмотрения дела в их действиях наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Решение изготовлено в полном объеме «14» октября 2015 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии М.Ф. Завьялов

Члены Комиссии Л.Ю. Бай-Бородина

