

омиссия Ямало-Ненецкого УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: «...». – руководитель управления;

лены комиссии:

...». – главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы;

...». – главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы,

УСТАНОВИЛА:

Управление Федеральной антимонопольной службы по Ямало-Ненецкому автономному округу поступило обращение гражданина <Б...а А.С.> (г. Тарко-Сале) по факту получения им нежелательной СМС-рекламы, из которого установлено:

5.01.2018 17:59 гражданин получил на мобильный телефон (номер +79129146644) нежелательное SMS-сообщение (рекламу). Данное сообщение было отправлено с номера Salomon и содержало следующий текст:

«26-28.01. Дни друзей! 40-50% почти на всё! <https://goo.gl/ajBHwf>»

Заявитель указывает оператора мобильной связи ПАО «МТС». В доказательство заявитель прикладывает скриншот указанного рекламного SMS-сообщения «...», ссылаясь на часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), указывает, что согласия на получение данной рекламы им дано не было.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона 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.

Пункт 2 статьи 3 Закона о рекламе определяет объект рекламирования как товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс,

еетиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

огласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе ненадлежащей рекламой является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

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

обращению приложено согласие Заявителя на обработку персональных данных, необходимых для рассмотрения и принятия мер по данному заявлению.

от ПАО «МТС» в материалы дела представлены документы, из которых установлено следующее.

казанное в запросе SMS-сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «СМС-центр» на основании договора № МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017 года (далее – Договор), заключенного между ним и ПАО «МТС» как оператором связи в соответствии с положениями ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – ФЗ «О связи»).

Согласно п. 2 ст. 44.1 ФЗ «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.

огласно пунктам 1.2 и 2.1 Договора оператор связи ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки ООО «СМС-центр» услугу по передаче коротких текстовых сообщений от заказчиков рассылки пользователям.

договор был заключен в целях предоставления Заказчиком рассылки пользователям, которые одновременно являются абонентами ПАО «МТС», правомерно-информационных услуг, о чем указано в преамбуле договора. Согласно пункту 1.3 Договора Пользователь – абонент, заключивший договор на услуги связи с ПАО «МТС» и получающий короткие текстовые сообщения от заказчиков рассылки.

огласно п. 3.3.3 Договора заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями смс-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах заказчика рассылки.

Согласно п. 3.3.16 Договора заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки принимает на себя обязательство обеспечить наличие согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»), при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуется оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством.

Таким образом, из Договора следует, что оператор связи ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки только услуги связи по осуществлению смс-рассылки, которые регламентируются законом «О связи», распространение рекламы не является предметом Договора.

В данном случае рассылка осуществлена по инициативе заказчика рассылки ООО «СМС-центр», ИНН 7724805644, адрес: 115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, дом 8), а ПАО «МТС» лишь осуществило технологические действия, предоставляя техническую возможность совершить рассылку смс-сообщений, не вникая в их содержание, что прямо вытекает из положений Конституции Российской Федерации (п. 2 ст. 23), Федерального закона «О связи», гарантирующих тайну связи.

ПАО «МТС» не состоит в каких-либо рекламных правоотношениях ни с ООО «СМС-центр», ни с лицом под буквенным идентификатором «Salomon» и не может квалифицироваться в качестве рекламораспространителя по смыслу положений Закона о рекламе, так как не обладает следующими обязательными признаками рекламораспространителя: не инициирует распространение рекламы, не определяет возможность начала и прекращения распространения рекламы, не определяет содержание рекламного сообщения и не формирует его текст, не отправляет рекламное сообщение, не определяет потребителей рекламы.

На основании вышеизложенного, в действиях ПАО «МТС» признаков нарушения рекламного законодательства не содержится, поскольку предметом данного договора является не оказание услуг по распространению какой-либо рекламы, а оказание услуг связи заказчику рассылки – ООО «СМС-центр» согласно заключенному с ним соответствующему договору, что соответствует требованиям статьи 44.1 Федерального закона «О связи».

Таким образом, распространителем рекламы в данном случае является ООО «СМС-центр», то есть лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые оператором ПАО «МТС».

4.05.2018 года от ООО «СМС-центр» (вх. № 2684 от 04.05.2018 г.) в Ямало-Ненецкое УФАС России представлены пояснения по делу № 03-01/18/9-2018 и документы, запрошенные в определении о возбуждении дела № 03-01/18/9-2018 от 12.04.2018 г.

Из представленной ООО «СМС-центр» информации следует, что указанное смс-сообщение: «26-28.01. Дни друзей! 40-50% почти на всё! <https://goo.gl/ajBHwf>» а номер <...> было отправлено ООО «Айлав» через клиентский доступ,

предоставленный по договору № 412229 от 01.09.2015 года.

соответствии с договором оказания услуг от 01.09.2015 г. № 412229 (далее – договор) ООО «СМС-центр» прямо запрещает Заказчику (ООО «Айлав») отправку любых сообщений, нарушающих требования законодательства, в том числе без предварительного согласия абонента. В частности, в соответствии с п. 3.2.1 Договора Заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении Договора в отношении использования услуг; согласно п. 3.2.5 Договора Заказчик обязан не использовать подключение к Сервису SMSC.RU для рассылки СПАМА.

соответствии с п. 6.5 Договора ответственность за содержание Сообщений присвоенное имя отправителя несет Заказчик. Общество обеспечивает доступ к Сервису SMSC.RU и обязано передавать сообщения в их неизменном содержании и объеме, в связи с этим ответственность за включение в сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика (ООО «Айлав»).

ООО «Айлав» самостоятельно осуществил отправку указанного смс-сообщения (в том числе набор текста и ввод номера абонента, определение места и времени отправки) через выделенный доступ к технической платформе сервиса. Таким образом, отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ООО «Айлав».

согласно [статье 3](#) Федерального закона «О рекламе» под рекламодателем понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Следовательно, в действиях ООО «Айлав» (ИНН 7706715564, ОГРН 1097746051545, адрес: 119991 г. Москва, Ленинский проспект, дом 6, стр. 20) усматриваются признаки нарушения [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе в соответствии со [статьей 38](#) Закона о рекламе несет рекламодатель, то есть лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Комиссия Ямало-Ненецкого УФАС России, рассмотрев материалы дела, пришла к выводу о необходимости получения дополнительных доказательств.

Срок рассмотрения дела № 03-01/18/9-2018 истекает 12 мая 2018 года, в этой связи Комиссия считает необходимым продлить срок рассмотрения дела на два месяца до 12 июля 2018 года, дело назначено к рассмотрению на 30 мая 2018 года.

От ООО «Айлав» (вх. № 3084 от 23.05.2018 г.) в Ямало-Ненецкое УФАС России представлены пояснения по делу № 03-01/18/9-2018, из которых следует.

ОО «Айлав» является рекламным агентством, целью деятельности которого является оказание клиентам рекламных, креативных и иных услуг, при этом непосредственно ООО «Айлав» не является ни рекламодателем, ни рекламодателем.

услуги по отправке рекламного сообщения «26-28.01. Дни друзей! 40-50% почти а всё! <https://goo.gl/ajBHwf>» на номер <...> оказывались по заданию ЗАО «Амер Спортс» в соответствии с договором № 76/17/А от 14 июля 2017 года (далее – договор) и приложением № 2 от 27 сентября 2017 г. к Договору (далее – Приложение), заключенными между ООО «Айлав» (далее – Исполнитель) и ЗАО «Амер Спортс» (далее – Заказчик).

в целях исполнения своих обязательств по Договору Исполнителем были получены от Заказчика посредством электронной почты контактные данные абонентов, которым по заданию Заказчика проводилась рассылка рекламных СМС-сообщений, исходный текст рекламных СМС-сообщений, а также критерии, по которым определялись потребители рекламы из перечня абонентов, предоставленного Заказчиком. В частности, в электронном письме от 24 января 2018 г., отправленном в 17:14 (время московское) с адреса электронной почты alexey.kolesnov@amersports.com, Заказчик направляет Исполнителю текст вышеуказанного рекламного СМС-сообщения, название отправителя Salomon, дату и время рассылки этого рекламного СМС-сообщения, а также критерии, по которым определялись потребители такого рекламного СМС-сообщения из перечня абонентов, предоставленного Заказчиком.

Заказчик самостоятельно инициировал распространение рекламных СМС-сообщений, определял возможность начала и прекращения распространения рекламных СМС-сообщений, определял содержание рекламного СМС-сообщения и формировал его текст, а также определял потребителей рекламы из перечня абонентов, предоставленных Заказчиком. Согласно договоренностям между Заказчиком и Исполнителем, Исполнитель был обязан передавать абонентам из перечня, предоставленного Заказчиком, рекламные СМС-сообщения в неизменном содержании и объеме.

Между Заказчиком и Исполнителем было заключено Дополнительное соглашение № 2 от 18 декабря 2017 года к Приложению к Договору (далее – дополнительное соглашение). Согласно Дополнительному соглашению Заказчик обязался предоставить Исполнителю телефонные номера только тех абонентов, которым будет производиться рассылка рекламных СМС-сообщений, от которых Заказчик получил согласие на получение рекламных СМС-сообщений. Исходя из условий Дополнительного соглашения обязательство получить согласие от заявителя гражданина <Б...а А.С.> было возложено на Заказчика, а не на Исполнителя.

Таким образом, распространителем указанного рекламного СМС-сообщения является ЗАО «Амер Спортс», то есть лицо, определяющее объект

рекламирования и осуществляющее распространение рекламных СМС-сообщений соответствующим абонентам, в том числе абонентам ПАО «МТС».

ПАО «Амер Спортс» (далее – Компания) в материалы дела № 03-01/18/9-2018 предоставило письменные объяснения, из которых следует.

Данные Заявителя обрабатывались компанией в связи с наличием анкеты участника программы лояльности (далее – Анкета), которую Заявитель заполнил во время посещения розничного магазина Компании в 2015 году, указав номер телефона +79129146644 и адрес электронной почты bas37@ya.ru.

В соответствии с Анкетой, актуальной на 2015 год, Заявитель вправе:

получать приглашения на закрытые VIP-мероприятия;

изучать и тестировать коллекции следующего сезона;

получать ценную информацию о распродажах и акциях;

посещать спортивные мероприятия Salomon;

получать последнюю информацию о новинках и технологиях Salomon.

Рекламное сообщение, направленное Заявителю, по своему характеру соответствовало информации о распродажах и акциях, на получение которой Заявитель выразил свое согласие путем заполнения Анкеты.

Упределение о возбуждении дела № 03-01/18/9-2018 было получено Компанией от ООО «Айлав» 07.05.2018 года по электронной почте. В тот же день Компания поручила ООО «Айлав» исключить Заявителя из любых рассылок, а также прекратила обработку данных Заявителя путем удаления сведений о Заявителе (номер телефона и адрес электронной почты) из базы данных Компании.

Таким образом, с 07.05.2018 года все данные Заявителя были исключены из рассылки. Также была прекращена обработка данных Заявителя в базе данных Компании, путем удаления данных Заявителя.

В соответствии с [частью 1 статьи 18](#) Федерального 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.

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 рекламораспространителя.

[пункт 21.1 статьи 2](#) Федерального закона «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 Федеральный [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.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые 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 (то есть, например, с использованием "коротких" или "буквенных" номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи, и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

[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](#) Федерального закона «О связи».

Согласно [части 1 статьи 44.1](#) Федерального 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.

В соответствии с данной [нормой](#) согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента.

Таким образом, указанный клиент с номером +79129146644 выразил свое

оголасие на участие в программе лояльности путем заполнения Анкеты во время посещения розничного магазина Компании в 2015 году, и не сообщил организатору программы о своем отказе от получения рекламной рассылки, из чего следует, что распространение рассматриваемой рекламы осуществлено абонентский номер +79129146644 с предварительного согласия.

с учетом изложенного оснований полагать, что рассматриваемая реклама размещена в нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, у оmissии не имеется.

соответствии с пунктом 3.56 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного приказом ФАС России от 3.11.2012 года № 711/12, Комиссия принимает решение о прекращении рассмотрения дела, если в процессе рассмотрения дела будет установлен факт отсутствия нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

на основании изложенного, руководствуясь подпунктом «а» пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 7.08.2006 года № 508, пунктами 3.56, 3.57 Регламента, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 03-01/18/9-2018 в отношении ООО «СМС-центр» (ИНН 724805644, ОГРН 1117746756489 адрес: 115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, дом 8), ООО «Айлав» (ИНН 7706715564, ОГРН 1097746051545, адрес: 119991 г. Москва, Ленинский проспект, дом 6, стр. 20) , ЗАО «Амер Спортс» (ИНН 003052687, ОГРН 1045000925375, адрес: 115432, г. Москва, пр-т Андропова, дом 8, корпус 7, этаж 9) прекратить в связи с отсутствием нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

дата изготовления решения в полном объеме считается датой принятия решения.

Председатель комиссии

«...»

Члены комиссии:

«...»

«...»