



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

РЕШЕНИЕ по делу № 50

Резолютивная часть решения оглашена 18.08.2016
Решение в полном объеме изготовлено 25.08.2016

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе в составе:

<...> – заместитель руководителя управления, председатель Комиссии,

<...> – начальник отдела контроля за соблюдением законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренцией, член Комиссии,

<...> – заместитель начальника отдела контроля за соблюдением законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренцией, член Комиссии,

в присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства - АО «МегаЛабс» <...> (доверенность №16/63 от 13.07.2016), заинтересованного лица - ПАО «МегаФон» <...> (доверенность №2-205/16 от 17.06.2016), ООО «Ниагара» <...> (доверенность б/н от 12.08.2016),

в отсутствии заявителя –<...>,

рассматривая в рамках «Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее – «Правила»), утв. Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, дело № 50, возбужденное по признакам нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 08.03.2015) «О рекламе» (с изм. и доп., вступ. в силу с 25.05.2015) (далее – ФЗ «О рекламе») по факту распространения на абонентский номер <...> рекламы, согласия на получение которой она не давала,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 50 по признакам нарушения рекламного законодательства было возбуждено в отношении АО «МегаЛабс» Определением от 18.05.2016 на основании заявления <...>.

Определением от 18.05.2016 (исх.№5810 от 19.05.2016) рассмотрение дела было назначено на 21.06.2016 в 11-00.

Определением от 21.06.2016 (исх.№8165 от 11.07.2016) рассмотрение дела было отложено на 16.08.2016 в 14-00 в связи с необходимостью замены лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства — АО «МегаЛабс» на ООО «Девикон-Сервис» и ООО «Ниагара», а также получением дополнительной информации.

Определением от 16.08.2016 (исх.№10428 от 17.08.2016) рассмотрение дела было вновь отложено на 18.08.2016 в 16-30 в связи с необходимостью обратной замены лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства — ООО «Девикон-Сервис» и ООО «Ниагара» на АО «МегаЛабс».

При рассмотрении дела 18.08.2016 установлено следующее.

<...> указала в заявлении (вх.№01-3703 от 16.03.2016) на поступление в период с 27.08.2015 по 01.03.2016 на её абонентский номер <...> рекламных смс-сообщений от абонента NIAGARA, согласие на получение которых заявитель не давала.

Согласно скриншоту с экрана айфона, представленному заявителем, дата, время распространения, а также содержание рекламы следующие:

1) 27.08.2015 в 14:00 «Акция! - 30% БОТОКС до 30,09,15. Клиника «Ниагара» тел.: 253-19-32»;

2) 01.10.2015 в 17:56 «Акция! — 25% нитевой лифтинг Аптоз до 31.10.15 тел.: 253-19-32»;

3) 02.11.2015 в 14:01 «- 20% на коррекцию губ и носогубных складок до 30.11.15 тел.: 253-19-32»;

4) 10.12.15 в 14:55 «Акция!-20% на нитевой лифтинг Аптоз 15.12.15 – 15.01.16 тел.: 253-19-32»;

5) 01.02.2016 в 12:00 «Aquashine ВТХ-биорепарант+ботокс-25%. Ниагара тел.: 253-19-32»;

6) 01.03.2016 в 12:00 «- 30% на ботулотоксин до 31,03,16 клиника «Ниагара» тел.: 253-19-32».

В дополнение к ранее поданному заявлению <...> сообщила (вх.№01-12028 от 01.08.2016), что после того, как директор ООО «Ниагара» <...> узнала о её жалобе в Свердловское УФАС России, она неоднократно звонила <...> с извинениями и при этом предлагала бесплатно провести процедуру в клинике в обмен на то, чтобы <...> «задним числом» дала согласие на распространение смс-рекламы от ООО «Ниагара». <...> отказалась. Предложения о компенсации причиненного морального вреда не поступало.

<...> отмечает, что до обращения в Свердловское УФАС России она дважды звонила в клинику и просила, чтобы её номер из смс-рассылок был удалён. Заявителю обещали, что её номер телефона исключат из базы рассылок, но смс-реклама клиники продолжала поступать. 01.02.2016 <...> нашла в интернете сайт клиники «Ниагара», во вкладке «записаться на консультацию» ввела сообщение, в котором просила прекратить рассылку рекламы в её адрес, при этом 01.03.2016 она вновь получила смс-рекламу от клиники «Ниагара».

Данные действия клиники, по мнению <...>, не могут свидетельствовать о случайных действиях её сотрудников, а подтверждают намеренное распространение рекламы в надежде на то, что ни один получатель смс-рекламы не обратится с

соответствующей жалобой о нарушении своих прав и действующего законодательства о рекламе.

В письменных пояснениях ООО «**Ниагара**» (Клиника антивозрастной косметологии «Ниагара») (вх.№01-9144 от 17.06.2016), а также директор Общества <...> на заседании комиссии сообщили, что 05.05.2015 между ООО «Девикон-Сервис» (Исполнитель) и ООО «Ниагара» (Заказчик) был заключен договор оказания услуг №57/15, на основании которого Исполнитель оказывал Заказчику услуги по регистрации и отправке смс-сообщений абонентам.

Посредством указанных смс-сообщений ООО «Ниагара» (Клиника антивозрастной косметологии «Ниагара») осуществляло информирование своих постоянных клиентов об изменениях в составе предоставляемых услуг и проводимых Клиникой акциях - скидках на новые услуги.

С целью соблюдения требований законодательства о рекламе приказом директора ООО «Ниагара» №3 от 25.03.2015 утвержден Регламент работы по проведению мероприятий смс-информирования клиентов Клиники антивозрастной косметологии «Ниагара», согласно которому телефонная база абонентов для смс-рассылки формируется ответственным должностным лицом - администратором исключительно на основании договоров с клиентами, в которых отдельным условием подтверждается согласие собственника телефонного номера на получение смс-рассылки.

Как выяснилось в результате служебного расследования, <...> обратилась в Клинику для получения бесплатной консультации. При записи она сообщила свой номер телефона для того, чтобы у сотрудников Клиники была возможность накануне напомнить клиенту о дате и времени предстоящего визита, либо сообщить о возможных изменениях в расписании бесплатных консультаций.

В обычном порядке, при первом посещении Клиники клиентом подписывается договор на оказание услуг, в котором отдельными пунктами подтверждается согласие на обработку персональных данных гражданина и его согласие на получение смс-сообщений информационно-рекламного характера от Клиники.

В связи с тем, что <...> участвовала в акции на получение бесплатной консультации, носящей информационно-ознакомительный характер, договор с ней не был подписан.

Согласно внутреннему регламенту в подобной ситуации администратор обязан удалить номер телефона гражданина, сохраняя только информацию о его визите. Кроме защиты наших потенциальных клиентов от нежелательного смс-информирования, это мероприятие необходимо для формирования статистического отчета и общего учета клиенто-посещений в клинике.

В данном случае обнаружилось грубейшее нарушение регламента: администратор не удалил номер телефона и не указал в пояснениях на отсутствие договора, таким образом номер телефона <...> попал в общую базу клиентов и автоматически был перенесен в базу для смс-рассылки. В результате <...> стала получать смс-сообщения о специальных предложениях и акциях, проводимых в Клинике.

После получения сообщения от <...> с требованием прекратить рассылку рекламы в ее адрес, администратор <...> в этот же день произвела соответствующие

изменения в телефонной базе абонентов, которая используется для проведения рассылки, о чем сообщила <...> 02.02.2016 с извинениями от имени Клиники.

Обращение <...> явилось поводом для проверки базы для смс-информирования клиентов, которая была тщательно перепроверена и сформирована новая.

25.02.2016 был поврежден жесткий диск на компьютере администратора <...>. Для Клиники это явилось форс-мажорным обстоятельством, так как вся рабочая информация хранилась на жестком диске именно этого компьютера. В срочном порядке была произведена замена жесткого диска. С целью возобновления работы Клиники специалистами было произведено извлечение не поврежденной части информации с поврежденного жесткого диска.

После проведения очередного мероприятия по смс-информированию выяснилось, что <...> вновь получила сообщение от Клиники о проведении очередной акции. Как было установлено впоследствии, это произошло потому, что при извлечении информации с поврежденного жесткого диска специалистами была восстановлена старая база для смс-рассылки, которая в нарушение действующего регламента была принята в работу без перепроверки.

Клиника антивозрастной косметологии «Ниагара» работает на косметологическом рынке г. Екатеринбурга с 2001 года. За время своего существования ее услугами воспользовались сотни жителей г. Екатеринбурга и Свердловской области. Уважение и внимание к клиентам как существующим, так и потенциальным всегда оценивалось как первейшая задача Клиники в целом и каждого ее сотрудника отдельно.

Данный случай, указывает ООО «Ниагара», первый (и, уверено Общество - последний) в практике Клиники. Руководство ООО «Ниагара» провело служебное расследование по фактам, изложенным в жалобе <...> и приняло меры для предотвращения подобного в дальнейшей работе: были установлены обстоятельства случившегося, были внесены необходимые корректировки в Регламент формирования базы клиентов для смс-информирования, была вновь перепроверена и сформирована новая клиентская база, виновные сотрудники были привлечены к дисциплинарной ответственности. Гражданке <...> были принесены извинения, а также были предложены варианты компенсации причиненного морального вреда.

Руководство ООО «Ниагара» признает, что в результате ненадлежащих действий его сотрудников было допущено нарушение требований ФЗ «О рекламе» - направление смс-сообщений рекламного характера в адрес абонента без получения его предварительного согласия.

Между тем, директор ООО «Ниагара» <...> в ходе заседания комиссии 21.06.2016 сообщила, что текст смс-сообщений формирует (составляет) она лично как главный врач клиники, в дальнейшем администратор ООО «Ниагара» передает сформированную базу в ООО «Девикон-Сервис». Также <...> сообщила, что ООО «Девикон-Сервис» не предоставляло ООО «Ниагара» личный кабинет, не предоставляло логин и пароль. Директор ООО «Ниагара» <...> не смогла пояснить, какое именно лицо - ООО «Девикон-Сервис» или ООО «Ниагара» осуществило рассылку сформированных рекламных смс-сообщений на номер заявителя, указав,

что всей необходимой информацией по данному вопросу владеет администратор <...>. Также ООО «Ниагара» не предоставило каких-либо доказательств того, что номер заявителя <...> исключен из базы рассылки.

В письменных пояснениях (вх.№01-12516 от 08.08.2016) ООО «Ниагара» сообщило, что все действия по смс-рассылке рекламного характера осуществляются ООО «Девикон-Сервис», что подтверждается прилагаемой распечаткой электронной переписки между представителями ООО «Ниагара» и ООО «Девикон-Сервис». Самостоятельного доступа к информационным и компьютерным программам, обеспечивающим подобную рассылку, у ООО «Ниагара» не имеется.

ООО «Девикон-Сервис» в письменных пояснениях (вх.№01-12479 от 08.08.2016), а также директор общества на заседании комиссии сообщили, что ООО «Девикон-Сервис» не является заказчиком данных смс-рассылок. ООО «Девикон-Сервис» является исполнителем. Заказчиком данных смс-рассылок является ООО «Ниагара». Об этом свидетельствует договор оказания услуг № 57/15 от 05.05.20015, заключенный между ООО «Девикон-Сервис» и ООО «Ниагара». На основании этого договора заказчику предоставляется сервис для смс-уведомлений своих клиентов.

Личный кабинет для ООО «Ниагара» был создан 15.10.2014, о чем свидетельствует заявка 5863 от 15.10.2014, заявка 5866 указывает на добавление в Личный кабинет клиента имя отправителя NIAGARA. После подписания договора оказания услуг № 57/15 от 05.05.20015 клиент мог осуществлять рассылки самостоятельно или с привлечением третьих лиц. Данные о доступе в Личный кабинет были переданы ООО «Ниагара» вместе с договором.

Согласно пункту 7 Правил предоставления услуг Приложения №1 к договору оказания услуг № 57/15 от 05.05.20015 Заказчик обязуется не отправлять через Систему Спам, нежелательные смс-сообщения, смс-сообщения рекламного характера, если от Абонента не было получено предварительное согласие на получение SMS-сообщений рекламного характера. Смс-сообщения, приводящие к нарушению работоспособности Системы, массовой передачи смс-сообщений оскорбительного или клеветнического характера или смс-сообщений, разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь, а также не использовать услуги для передачи или приема материалов в нарушение авторских и других прав или материалов, противоречащих действующему российскому или международному законодательству. Компания ООО «Девикон-Сервис» не формирует смс-рассылки и не осуществляет их отправку, предоставляя только доступ к Личному кабинету и регистрируя имя отправителя от компании Заказчика. После поступления 26.04.2016 запроса от Свердловского УФАС России с требованием предоставить согласие абонента на получение рекламных смс-сообщений от имени отправителя NIAGARA, все информация была передана ООО «Ниагара», а данный номер был исключен из дальнейших смс-рассылок. Таким образом, указывает ООО «Девикон-Сервис», общество не занималось распространением рекламы с признаками нарушения рекламного законодательства.

ООО «Девикон-Сервис» представило в материалы дела копию договора между ООО «Девикон-Сервис» и ООО «Ниагара», скриншоты заявок о регистрации Личного кабинета и заявки о добавлении имени отправителя, скриншот Личного

кабинета, из которого осуществлялись смс-рассылки от имени NIAGARA, а так же копии уставных документов ООО «Девикон- Сервис».

В ходе заседания комиссии 16.08.2016 ООО «Девикон- Сервис» сообщило, что не имеет договора на услуги по осуществлению рассылки с оператором связи, являясь лицом, эксплуатирующим информационную систему на основании договора с ЗАО «Контентум».

Заявитель <...> указала, что является абонентом ПАО «МегаФон».

ПАО «МегаФон» сообщило (вх.№01-6721 от 04.05.2016), что *отправка указанных смс-сообщений осуществлена АО «МегаЛабс»* (Партнером ПАО «МегаФон»), действующим как абонент ПАО «МегаФон» *в рамках:*

- *Дополнительного соглашения №42-4 (далее – ДС №42-4) от 10.10.2014 к Генеральному соглашению от 30.04.2010*, которым была утверждена Спецификация на оказание Партнеру услуги «Мобильное информирование», в соответствии с которой Оператор оказывал Партнеру услуги по рассылке SMS-сообщений и USSD-сообщений, содержащих рекламные и/или информационные материалы Партнера или третьего лица, от Партнера до оборудования связи Оператора;

- *Дополнительного соглашения №4 (далее - ДС №4) от 02.11.2015 к Генеральному соглашению от 02.11.2015* об оказании Партнеру услуги «Мобильное информирование», в соответствии с которой Оператор оказывал Партнеру услуги по рассылке SMS-сообщений и USSD- сообщений, содержащих рекламные и/или информационные материалы Партнера или третьего лица, от Партнера до оборудования связи Оператора;

- *Дополнительного соглашения №17 (далее - ДС №17) от 01.02.2016 к Генеральному соглашению №3 от 02.11.2015*, согласно которому Оператор оказывает Партнеру услуги по размещению посредством Каналов коммуникации рекламно-информационных материалов (далее - РИМ) Партнера (Клиента Партнера) среди Абонентов, а также по предоставлению доступа к Интерфейсу и поддержке функционирования Интерфейса. ДС №42-4 и ДС №4 прекратили свое действие.

АО «МегаЛабс» в письменных пояснениях (вх.№01-8895 от 14.06.2016) сообщило следующее.

Рассылки указанных сообщений осуществлялись ООО «Девино Телеком» и ООО «Раппорто» (далее также - Агрегаторы) на основании следующих договоров:

- рассылку 01.02.2016 в 12:00 с тестом «Aquashine ВТХ-биорепарант+ботокс-25%. Ниагара тел.: 253-19-32» осуществляло ООО «Девино Телеком» по заключенному с Обществом договору №МР-МИ-ДВНО-10.10.2014 от 10.10.2014, в редакции Дополнительного соглашения №1 от 17.12.2015 (далее - Договор с ООО «Девино Телеком»);

- рассылки: 27.08.2015 в 14:00 с текстом «Акция! - 30% БОТОКС до 30,09,15. Клиника «Ниагара» тел.: 253-19-32»; 01.10.2015 в 17:56 с текстом «Акция! — 25% нитевой лифтинг Аптоз до 31.10.15 тел.: 253-19-32»; 02.11.2015 в 14:01 с текстом «- 20% на коррекцию губ и носогубных складок до 30.11.15 тел.: 253-19-32»; 10.12.15 в 14:55 с текстом «Акция!-20% нитевой лифтинг Аптоз до 15.12.15 –

15.01.16 тел.: 253-19-32» осуществляло ООО «Рапporto» по заключенному с Обществом договору №МР-МИ-РППРТ-24.10.2014 от 24.10.2014;

- рассылку 01.03.2016 в 12:00 «- 20% на ботулотоксин до 31,03,16 клиника «Ниагара» тел.: 253-19-32» осуществляло ООО «Рапporto» по заключенному с Обществом договору №МР-МИ-РППРТ-24.10.2014 от 24.10.2014, в редакции Дополнительного соглашения №1 от 31.12.2015 (далее - Договор с ООО «Рапporto»).

Для целей осуществления рассылки СМС-сообщений между АО «МегаЛабс» и оператором связи ПАО «МегаФон» заключены следующие соглашения:

- Дополнительное соглашение №42/4 от 10.10.2014 к Генеральному соглашению б/н от 30.04.2010;

- Дополнительного соглашения №4 от 02.11.2015 к Генеральному соглашению №3 от 02.11.2015;

- Дополнительное соглашение №17 от 01.02.2016 к Генеральному соглашению №3 от 02.11.2015 (далее - Дополнительное соглашение №17).

Согласно условиям указанных соглашений ПАО «МегаФон» оказывает Обществу услуги по рассылке СМС-сообщений, сформированных Агрегаторами (Клиентами Агрегаторов).

В соответствии с п. 3.4 Дополнительного соглашения №17 все действия Доверенного лица, совершенные с использованием Учетных данных, признаются действиями Партнера (АО «МегаЛабс»). Аналогичное положение содержится в указанных выше договорах с Агрегаторами, т.е. все действия, совершенные Доверенным лицом Агрегатора, совершенные с использованием Учетных данных, признаются действиями Агрегатора. Сформированные Агрегатором СМС-сообщения в рассматриваемом случае не направлялись в адрес ПАО «МегаФон», такие сообщения направлялись абоненту из базы абонентов Агрегатора непосредственно Агрегатором (Клиентом Агрегатора).

АО «МегаЛабс» указало, что не имеет доступа к сети электросвязи и не участвует в процессе формирования и направления рекламных сообщений, в связи с чем, не может быть признано рекламораспространителем по сетям электросвязи по смыслу ст. 18 ФЗ «О рекламе». В связи с тем, что Общество не является субъектом указанной нормы, оно не обязано получать согласие абонента, при этом как в указанных выше договорах с Агрегаторами такая обязанность установлена именно в отношении ООО «Девино Телеком» и ООО «Рапporto», как лиц, непосредственно либо с привлечением третьих лиц, формирующих текст рекламного сообщения. Общество не осуществляет премодерацию (в том числе предварительное получение согласий абонентов) направляемых Агрегаторами сообщений, поскольку текст сообщения и выбор адресата производится самостоятельно на стороне Агрегатора (п. 7.12 указанных выше договоров с Агрегаторами). В связи с этим обязанность по получению согласия абонента возлагается на ООО «Девино Телеком» и ООО «Рапporto».

Таким образом, *по мнению АО «МегаЛабс», в рамках описанной договорной схемы рекламораспространителем по сетям электросвязи могут быть ООО*

«Девино Телеком» и ООО «Раппорто», чьи действия повлекли направление СМС-сообщений и их получение абонентом.

В рамках претензионной работы у ООО «Девино Телеком» и ООО «Раппорто» было запрошено согласие абонента, однако до настоящего времени согласие не было представлено.

Идентификатор «NIAGARA» не является абонентским номером, а является именем отправителя, которое Клиенты ООО «Девино Телеком» и ООО «Раппорто» самостоятельно указывают при формировании текста сообщения.

На основании вышеизложенного, АО «МегаЛабс» полагает, что нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе содержится в действиях не АО «МегаЛабс», которое не формировало рассматриваемую смс-рассылку самостоятельно, а в действиях его субабонентов - ООО «Девино Телеком» и ООО «Раппорто», которые воспользовались интерфейсом АО «МегаЛабс» для доведения рекламы до абонента <...>.

Относительно квалификации Дополнительного соглашения №42/4 от 10.10.2014 к Генеральному соглашению б/н от 30.04.2010, а также Дополнительных соглашений №4 от 02.11.2015 и №17 от 01.02.2016 к Генеральному соглашению №3 от 02.11.2015, заключенных между оператором подвижной радиотелефонной связи ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс», в качестве договора на оказание услуг по осуществлению рассылки, по которому АО «МегаЛабс» является заказчиком рассылки, АО «МегаЛабс» указало, что согласно с тем, что первые два дополнительных соглашения являются по своей природе договорами на рассылку, но третий таковым не является, т.к. предмет соглашения изменился, в п.3.3. уточняется, кто осуществляет рассылку – АО «МегаЛабс» или клиент АО «МегаЛабс».

АО «МегаЛабс» считает, что для определения заказчика смс-рассылки нужно рассматривать в совокупности все имеющиеся договоры, связанные с осуществлением рассылки, что в данном конкретном случае приведет к тому, что заказчиком рассылки будет являться ООО «Ниагара», сформировавшее текст смс-рекламы. Косвенным подтверждением того, что при определении заказчика рассылки нужно исходить из анализа не одного договора (договора между оператором связи и заказчиком рассылки), а всех имеющихся между субъектами-участниками рассылки договоров (договорных отношений), АО «МегаЛабс» ссылается на множественное число, использованное в тексте письма ФАС России от 28.06.2016 №АД/43839/16 «О применении статьи 18 Закона о рекламе при «сокрытии номеров»: «При определении рекламораспространителя СМС-сообщения рекламного характера необходимо принимать во внимание все обстоятельства распространения такой рекламы, в том числе содержание заключенных договоров на распространение рекламы, права и обязанности сторон данных договоров».

В ходе заседания комиссии представитель АО «МегаЛабс» подтвердила, что рассматриваемая смс-реклама является рассылкой.

Рассмотрев имеющиеся в деле материалы, Комиссия приходит к следующим выводам.

Целями Федерального закона «О рекламе» являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

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 (п. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе»).

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ (ред. от 06.07.2016) «О связи» (далее - ФЗ «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.

Согласно Письму Минкомсвязи России от 29.09.2014 №ДА-П12-17623 понятие *«рассылка»* следует рассматривать с точки зрения его лексического толкования, в соответствии с которым рассылкой является отправка разным адресатам сообщения одинакового содержания (реклама, газета, приглашение). Принимая это во внимание, рассылкой по сети подвижной радиотелефонной связи является *массовая отправка одинаковых коротких текстовых сообщений (SMS)* с целью распространения какой-либо информации (адресная электронная рассылка по целевой аудитории с целью доведения определенной информации).

Материалами дела установлено, что в период с 27.08.2015 по 01.03.2016 на выделенный <...> ПАО «МегаФон» абонентский номер <...> сети подвижной радиотелефонной связи поступили текстовые сообщения с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации (NIAGARA), согласие на получение которых заявитель не давала.

Содержание поступивших смс-сообщений следующее:

- 1) 27.08.2015 в 14:00 *«Акция! - 30% БОТОКС до 30.09.15. Клиника «Ниагара» тел.: 253-19-32»;*
- 2) 01.10.2015 в 17:56 *«Акция! — 25% нитевой лифтинг Аптоз до 31.10.15 тел.: 253-19-32»;*
- 3) 02.11.2015 в 14:01 *«- 20% на коррекцию губ и носогубных складок до 30.11.15 тел.: 253-19-32»;*
- 4) 10.12.15 в 14:55 *«Акция!-20% на нитевой лифтинг Аптоз 15.12.15 – 15.01.16 тел.: 253-19-32»;*
- 5) 01.02.2016 в 12:00 *«Aquashine ВТХ-биорепарант+ботокс-25%. Ниагара тел.: 253-19-32»;*

6) 01.03.2016 в 12:00 «- 30% на ботулотоксин до 31,03,16 клиника «Ниагара» тел.: 253-19-32».

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования - услугам клиники «Ниагара», формирование или поддержание интереса к ним и их продвижение на рынке.

Рассматриваемые рекламные смс-сообщения подпадают под понятие «рассылка», поскольку соответствуют определению «рассылка», изложенному в п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи» - являются автоматической передачей абоненту коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации – смс-сообщения были переданы абоненту Ерёменко Н. Р. с короткого номера – NIAGARA.

Доказательством того, что передача была автоматической, является список рассылки, представленный в материалы дела ООО «Девикон-Сервис» (вх.№01-12479 от 08.08.2016), согласно которому:

- 10.12.2015 была осуществлена пакетная рассылка с текстом «Акция!-20% на нитевой лифтинг Аптоз 15.12.15 – 15.01.16 тел.: 253-19-32» (90 символов), старт 14:00:00, окончание 15:50:00, отправлено 533 сообщения, 270 сообщений в час;

- 01.02.2016 была осуществлена массовая рассылка с текстом «Aquashine ВТХ-биорепамент+ботокс-25%. Ниагара тел.: 253-19-32» (63 символа), старт 12:00:00, отправлено 2221 сообщение;

- 01.03.2016 была осуществлена массовая рассылка с текстом «- 30% на ботулотоксин до 31,03,16 клиника «Ниагара» тел.: 253-19-32» (66 символов), старт 12:00:00, отправлено 2221 сообщение.

Факт поступления рассматриваемых рекламных смс-сообщений абоненту <...> на номер <...> с короткого номера NIAGARA 27.08.2015 в 14:00, 01.10.2015 в 17:56, 02.11.2015 в 14:01, 10.12.15 в 14:55, 01.02.2016 в 12:00, 01.03.2016 в 12:00 подтверждается детализациями состоявшихся соединений за период с 04.08.2015 00:00:00 по 01.09.2015 23:59:59, с 01.10.2015 00:00:00 по 31.10.2015 23:59:59, с 01.11.2015 00:00:00 по 11.11.2015 08:54:17, с 01.12.2015 00:00:00 по 31.12.2015 23:59:59, с 01.01.2016 00:00:00 по 04.03.2016 11:25:47, с 01.01.2016 00:00:00 по 04.03.2016 11:25:47, представленными в материалы дела заявителем <...>.

Также оператор связи <...> ПАО «МегаФон» указало (вх.№01-6721 от 04.05.2016), что в рассматриваемый период оборудованием Оператора зафиксировано отправление на номер <...> смс-сообщений от отправителя, имеющего буквенное обозначение «NIAGARA», выделенное АО «МегаЛабс».

Таким образом, полученные абонентом сети подвижной радиотелефонной связи короткие текстовые сообщения посредством рассылки являются рекламой.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно ч.1 ст.44.1 ФЗ «О связи» (введена ФЗ от 21.07.2014 №272-ФЗ) 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.

Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель (ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе»).

Рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, согласно п. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

При этом согласно ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» 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.

Согласно ч.1 ст.44.1 ФЗ «О связи» рассылка также 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.

Таким образом, применительно к распространению рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи посредством передачи абонентам коротких текстовых сообщений рекламодателем является инициатор рассылки - заказчик рассылки либо оператор 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 (ч.2 ст.44.1 ФЗ «О связи»).

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, осуществляемая с нарушением требований настоящего Федерального закона, является незаконной (ч.3 ст.44.1 ФЗ «О связи»).

В силу ч.1 ст.46 ФЗ «О связи» оператор связи обязан прекратить оказание услуг по пропуску по своей сети трафика, содержащего осуществляемую с нарушением требований настоящего Федерального закона рассылку.

Пункт 34 ст. 2 ФЗ «О связи» определяет услугу по пропуску трафика как деятельность, направленную на удовлетворение потребности операторов связи в пропуске трафика между взаимодействующими сетями электросвязи.

К оказываемым оператором сети подвижной радиотелефонной связи услугам по пропуску трафика согласно пп. «а» п.2 Приложения № 2 к Правилам присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия (утв. Постановлением Правительства РФ от 28.03.2005 № 161) относится услуга зонального завершения вызова на сеть оператора связи, представляющая собой деятельность, направленную на обеспечение пропуску трафика от точки присоединения к сети оператора связи к пользовательскому (оконечному) оборудованию, подключенному к сети связи того же оператора подвижной радиотелефонной связи.

Таким образом, в случае осуществления оператором связи рассылки, включающей в себя рекламные сообщения не на основании договора об оказании услуг по осуществлению рассылки с заказчиком рассылки он заведомо допускает незаконную рассылку и бездействует относительно возложенной на него законом безусловной обязанности прекратить оказание услуг по пропуску по своей сети трафика, содержащего незаконную рассылку (в том числе рекламу).

ПАО «МегаФон» сообщило в письме (вх.№01-6721 от 04.05.2016), что передача рассматриваемых рекламных смс-сообщений была осуществлена оператором связи ПАО «МегаФон» по заказу АО «МегаЛабс» в рамках услуги «Мобильное информирование» по Дополнительному соглашению №42-4 от 10.10.2014 к Генеральному соглашению от 30.04.2010, Дополнительному соглашению №4 от 02.11.2015 к Генеральному соглашению от 02.11.2015 и при размещении РИМ по Базе Абонентов Партнера по Дополнительному соглашению №17 от 01.02.2016 к Генеральному соглашению №3 от 02.11.2015.

Анализ представленных в материалы дела ПАО «МегаФон» (вх.№01-6721 от 04.05.2016) Дополнительного соглашения №42-4 от 10.10.2014 к Генеральному соглашению от 30.04.2010, Дополнительного соглашения №4 от 02.11.2015 к Генеральному соглашению от 02.11.2015, Дополнительного соглашения №17 от 01.02.2016 к Генеральному соглашению №3 от 02.11.2015, заключенных между АО «МегаЛабс» (Партнер) и ПАО «МегаФон» (Оператор), позволяют сделать вывод о том, что данные соглашения ***являются по своей природе договором на оказание оператором подвижной радиотелефонной связи (ПАО «МегаФон») услуг по осуществлению рассылки заказчику рассылки (АО «МегаЛабс») абонентам оператора связи.***

Согласно п.1 Спецификации на оказание услуги мобильное информирование (Приложение №1 к Дополнительному соглашению №42-4 Приложение №6 к Разделу XX Генерального соглашения от 30.04.2010) (далее – Спецификация):

- под «рекламными материалами» (РМ) понимается информация, направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставленная Партнером, предназначенная для размещения посредством SMS-сообщений или USSD-сообщений;

- ***под услугой «Мобильное информирование» (Услуга) понимается деятельность Оператора по рассылке смс-сообщений, содержащих рекламные материалы Партнера (или третьего лица), от Партнера до оборудования связи Оператора;***

- под «Пользователем Услуги» понимается сотрудник или работник ПАРТНЕРА или иное лицо, которому ПАРТНЕР предоставил возможность пользоваться Услугой.

В соответствии с п.1.2. ч.1 Спецификации при подключении услуги Партнеру выделяется абонентский номер, используемый исключительно в целях оказания Услуги.

Согласно п.п.2.1- 2.4. указанной Спецификации Услуга предоставляется ПАРТНЕРУ с момента подключения ПАРТНЕРОМ Услуги и до момента отказа ПАРТНЕРА от предоставления Услуги способами, приведенными в разделе 3 настоящей Спецификации, или до момента прекращения оказания Услуги

ОПЕРАТОРОМ в порядке, определенном п. 6.2. настоящей Спецификации. *Услуга оказывается ПАРТНЁРУ при условии получения ПАРТНЁРОМ предварительного согласия Конечного получателя, являющегося абонентом (пользователем) ОПЕРАТОРА, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого Конечного получателя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки SMS-сообщений.* ПАРТНЕР предоставляет ОПЕРАТОРУ Заявку на размещение ИМ и/или РМ, соответствующих по содержанию требованиям действующего Законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, в срок не позднее, чем за 3 (три) рабочих дня до планируемой даты размещения. Образец Заявки приведён в Приложении №1 к настоящей Спецификации. ОПЕРАТОР согласовывает предоставленные ПАРТНЁРОМ ИМ и/или РМ в течение -2-(двух) рабочих дней после даты предоставления их ПАРТНЁРОМ.

В соответствии с п.п.2.8, 2.9 Спецификации использование Услуги ПАРТНЁРОМ для отправки РМ и/или ИМ посредством SMS-сообщений означает наличие у ПАРТНЕРА согласия Конечного получателя, предусмотренного п.п. 2.2, и 2.12. настоящей Спецификации.

ПАРТНЕР обязуется использовать Интерфейсы для передачи РМ и/или ИМ Конечным получателям только после получения от Конечного получателя согласия на получение рассылки. В случае не подтверждения либо отзыва согласия Конечного получателя на получение РМ и/или ИМ посредством SMS-сообщений (рассылки) от ПАРТНЕРА, *ПАРТНЕР обязуется прекратить направление РМ и/или ИМ посредством SMS-сообщений такому Конечному получателю*, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия ПАРТНЕРА от ОПЕРАТОРА.

Услуга подключается на абонентский номер, выделяемый ПАРТНЁРУ в соответствии с п. 1.2. настоящей Спецификации. Подключение Услуги на действующие абонентские номера ПАРТНЕРА не осуществляется (п.5.1. Спецификации).

Согласно п. 2.8 Дополнительного соглашения №4 и Спецификации к Дополнительному соглашению №42-4 использование Услуги Партнером для отправки РМ и/или ИМ через SMS-сообщения означает наличие у Партнера согласия Конечного получателя.

В случае направления Партнером Конечным получателям SMS/MMS – сообщений, содержащих рекламу, он обязуется выполнять следующие требования, установленные в пунктах 5.4-5.6 Дополнительного соглашения №4 и Спецификации к Дополнительному соглашению №42-4:

- если рекламируемый вид деятельности подлежит лицензированию и/или рекламируемые товары и услуги подлежат обязательной сертификации, либо подлежат государственной регистрации, Партнер обязан по соответствующему требованию предоставить Оператору соответствующие лицензии, сертификаты соответствия или их заверенные копии, а также свидетельства о государственной регистрации.

- Партнер гарантирует соответствие размещаемых РМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям

законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации.

- в случае если РИМ, распространяемые в рамках настоящих Условий подлежат маркировке в соответствии с требованиями действующего законодательства (в том числе Федеральному закону от 29.12.2010 г. № 436-ФЗ «О защите детей от информации, наносящей вред их здоровью и развитию») Партнер обязан обеспечить маркировку указанной рекламы в соответствии с требованиями действующего законодательства.

Согласно п. 3.6 Дополнительного соглашения №17 в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ).

В соответствии с п. 4.10 Дополнительного соглашения №17 в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Партнером получено предварительное согласие Абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия Абонента на получение РИМ от Партнера Партнер обязуется прекратить направление РИМ посредством SMS/MMS/USSD-сообщений такому Абоненту, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от Оператора.

Согласно п. 4.7 Дополнительного соглашения №17 Партнер при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы.

В соответствии с п. 4.6 Дополнительного соглашения №17 Партнер гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии п.1.1 Дополнительного соглашения №17 от 01.02.2016 к Генеральному соглашению №3 от 02.11.2015:

- «РИМ – Рекламно-информационные материалы» - сообщения, направленные на информирование об оказываемых (оказанных) услугах Партнера (Клиента Партнера), или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые Партнером (Клиентом Партнера), предназначенные для размещения с помощью каналов коммуникации;

- «Услуга» - услуга по размещению посредством Каналов коммуникации РИМ Партнера (Клиента Партнера) среди Абонентов, а также по предоставлению доступа к Интерфейсу и поддержке функционирования Интерфейса. В рамках оказания Услуги Оператор обязуется предоставить Партнеру доступ к

Интерфейсу для размещения РИМ Партнера среди Абонентов (п.3.1. Дополнительного соглашения №17 от 01.02.2016).

В рамках оказания Услуги для работы с Интерфейсом Партнеру (Клиенту Партнера) присваиваются индивидуальные Учетные данные, идентифицирующие Партнера (Клиента Партнёра), пользующегося Услугой. При этом размещение РИМ Партнером среди Абонентов может осуществляться исключительно с использованием Подписи (п.3.2. Дополнительного соглашения №17 от 01.02.2016).

Партнер (Клиент Партнера) в случае возникновения необходимости осуществления рассылки РИМ *формирует SMS/MMS/USSD-сообщение с помощью Интерфейса. Действия Доверенного лица по формированию SMS/MMS/USSD-сообщения посредством Интерфейса считаются направлением Оператору оферты* в соответствии с действующим законодательством РФ (п.3.3 Дополнительного соглашения №17 от 01.02.2016).

Все действия Доверенного лица, совершенные с использованием Учетных данных, признаются действиями Партнера (п.3.4 Дополнительного соглашения №17 от 01.02.2016).

Пункт 7.3 Дополнительного соглашения №17 от 01.02.2016 гласит: «В случае предъявления Партнеру претензий третьими лицами, в том числе компетентными государственными или муниципальными органами относительно содержания РИМ, *которые были распространены Оператором в соответствии с указаниями Партнера* (в том числе в случае несоответствия их действующему законодательству РФ или в том случае, когда распространение РИМ нарушает права третьих лиц), а также в случае непредоставления (несвоевременного предоставления) Партнером согласия Абонента на получение РИМ при размещении РИМ среди Абонентов из имеющейся у Партнера Базы Абонентов, Партнер обязан урегулировать все вопросы, связанные с выплатой правообладателям результатов интеллектуальной деятельности и/или средств индивидуализации, использованных в рекламных или информационных материалах, вознаграждений, а также возместить Оператору все убытки, возникшие в связи с претензиями и исками третьих лиц и, с уплатой Оператором любых штрафных санкций, наложенных и взысканных государственными органами в связи с размещением РИМ, предоставленных Партнером».

Таким образом, заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламораспространителем является АО «МегаЛабс», инициировавшее рассылку коротких текстовых сообщений рекламного характера абонентам ПАО «МегаФон» посредством заключения договора на оказание услуг по осуществлению рассылки с оператором связи.

Довод АО «МегаЛабс» о том, что для определения заказчика рассылки необходимо принимать во внимание наличие всех имеющихся договоров между хозяйствующими субъектами, принимавшими участие в формировании рассылки, Комиссией отклоняется, поскольку противоречит требованиям ч.2 ст.44.1 ФЗ «О связи», согласно которому рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется не иначе как *на основании договора, заключенного с оператором* подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Согласно договорам №МР-МИ-ДВНО-10.10.2014 от 10.10.2014, в редакции Дополнительного соглашения №1 от 17.12.2015, №МР-МИ-РППРТ-24.10.2014 от 24.10.2014, №МР-МИ-РППРТ-24.10.2014 от 24.10.2014, в редакции Дополнительного соглашения №1 от 31.12.2015 АО «МегаЛабс» оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов клиентов Агрегаторов (далее - Клиентов). Согласно условиям указанных выше договоров Агрегатор обязуются получать согласие абонентов, среди которых предполагается осуществить распространение рекламно-информационных материалов и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов, у которых такое согласие было получено (п. 4.8. указанных выше договоров). В рамках указанных выше договоров Агрегатор (Клиент Агрегатора) самостоятельно в электронной форме (в интерфейсе) определяет желаемое имя отправителя, текст сообщения и указывает абонентский номер, на который им направляется СМС-сообщение.

Согласно п.3 ст.2 Федерального закона от 27.07.2006 №149-ФЗ (ред. от 06.07.2016) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации») информационная система - совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств.

Информационно-телекоммуникационная сеть - технологическая система, предназначенная для передачи по линиям связи информации, доступ к которой осуществляется с использованием средств вычислительной техники (п.4 ст.2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Оператор информационной системы - гражданин или юридическое лицо, осуществляющие деятельность по эксплуатации информационной системы, в том числе по обработке информации, содержащейся в ее базах данных (п.12 ст.2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Если иное не установлено федеральными законами, оператором информационной системы является собственник используемых для обработки содержащейся в базах данных информации технических средств, который правомерно пользуется такими базами данных, или лицо, с которым этот собственник заключил договор об эксплуатации информационной системы. В случаях и в порядке, установленных федеральными законами, оператор информационной системы должен обеспечить возможность размещения информации в сети "Интернет" в форме открытых данных (ч.2 ст.13 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Порядок создания и эксплуатации информационных систем, не являющихся государственными информационными системами или муниципальными информационными системами, определяется операторами таких информационных систем в соответствии с требованиями, установленными настоящим Федеральным законом или другими федеральными законами (ч.6 ст.13 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Сайт в сети "Интернет" - совокупность программ для электронных вычислительных машин и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается посредством информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" (далее - сеть "Интернет") по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети "Интернет" (п.13 ст.2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Владелец сайта в сети "Интернет" - лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети "Интернет", в том числе порядок размещения информации на таком сайте (п.17 ст.2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Организатором распространения информации в сети "Интернет" является лицо, осуществляющее деятельность по обеспечению функционирования информационных систем и (или) программ для электронных вычислительных машин, которые предназначены и (или) используются для приема, передачи, доставки и (или) обработки электронных сообщений пользователей сети "Интернет" (ч.1 ст.10.1 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Согласно ч.1 и ч.2 ст.307 «Гражданского кодекса Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.07.2016) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2016) (далее - ГК РФ) в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Обязательства возникают из договоров и других сделок, вследствие причинения вреда, вследствие неосновательного обогащения, а также из иных оснований, указанных в настоящем Кодексе.

К обязательствам, возникшим из договора (договорным обязательствам), общие положения об обязательствах (настоящий подраздел) применяются, если иное не предусмотрено правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в настоящем Кодексе и иных законах, а при отсутствии таких специальных правил - общими положениями о договоре (подраздел 2 раздела III) (ч.1 ст.307.1 ГК РФ).

В соответствии с ч.ч.1-3 ст.308 ГК РФ в обязательстве в качестве каждой из его сторон - кредитора или должника - могут участвовать одно или одновременно несколько лиц.

Если каждая из сторон по договору несет обязанность в пользу другой стороны, она считается должником другой стороны в том, что обязана сделать в ее пользу, и одновременно ее кредитором в том, что имеет право от нее требовать.

Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц).

Согласно ч.1 ст.382 ГК РФ право (требование), принадлежащее на основании обязательства кредитору, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или может перейти к другому лицу на основании закона.

В соответствии с ч.ч. 1, 2 ст.391 ГК РФ перевод долга с должника на другое лицо может быть произведен по соглашению между первоначальным должником и новым должником. Перевод должником своего долга на другое лицо допускается с согласия кредитора и при отсутствии такого согласия является ничтожным.

Таким образом, анализ представленных соглашений, заключенных между АО «МегаЛабс» и Агрегаторами, позволяет сделать вывод о том, что АО «МегаЛабс» осуществляет сбор заказов от своих клиентов на рассылку, оставаясь при этом заказчиком рассылки в силу того, что только оно является стороной по договору на оказание услуг по осуществлению рассылки, заключенным с оператором связи, абонентам которого предназначена рассылка.

При этом не возникает как множественности лиц на стороне заказчика рассылки, в том числе путем замены стороны в части обязательств по договору с оператором связи.

Обязанность по получению предварительного согласия абонентов на получение смс-рекламы возникает у заказчика рассылки в силу Закона (ФЗ «О связи», ФЗ «О рекламе»), а не в силу договора с клиентами.

Между тем, как установлено материалами дела и не оспаривается АО «МегаЛабс», Общество не получило предварительного согласия абонента <...> на распространение смс-рекламы на принадлежащий ей номер телефона <...>, распространив, таким образом, рекламные смс-сообщения с нарушением ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» - при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Материалы, подтверждающие продолжение распространения рекламы на абонентский номер заявителя, в Управлении отсутствуют, в связи с чем отсутствует и необходимость в выдаче предписания о прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

В соответствии с п. 7 ч. 2 ст. 33 ФЗ «О рекламе» Антимонопольный орган вправе применять меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

За нарушение рекламного законодательства ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность.

Согласно п. 43 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (утвержденных Постановлением Правительства РФ № 508 от 17.08.2006) дата изготовления решения в полном объеме считается датой принятия решения.

В резолютивной части решения Комиссия указывает на необходимость передачи дела должностному лицу Управления для рассмотрения дела об административном правонарушении по ст. 14.3 КоАП РФ.

Согласно п. 1 ч. 1 ст. 28.1.КоАП РФ поводом к возбуждению дела об административном правонарушении является, в том числе, непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого возбуждено производство по делу об административных правонарушениях, вправе

знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства, отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с КоАП РФ.

На основании изложенного, руководствуясь ст. ст. 33 - 36 ФЗ «О рекламе», в соответствии с п. 37 – 43 «Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе», утв. Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу *«Акция! - 30% БОТОКС до 30.09.15. Клиника «Ниагара» тел.: 253-19-32»; «Акция! — 25% нитевой лифтинг Аптоз до 31.10.15 тел.: 253-19-32», «- 20% на коррекцию губ и носогубных складок до 30.11.15 тел.: 253-19-32», «Акция!-20% на нитевой лифтинг Аптоз 15.12.15 – 15.01.16 тел.: 253-19-32», «Aquashine ВТХ-биорепарант+ботокс-25%. Ниагара тел.: 253-19-32», «- 30% на ботулотоксин до 31.03.16 клиника «Ниагара» тел.: 253-19-32»,* распространенную 27.08.2015 в 14:00, 01.10.2015 в 17:56, 02.11.2015 в 14:01, 10.12.15 в 14:55, 01.02.2016 в 12:00, 01.03.2016 в 12:00 на абонентский номер <...>, ненадлежащей, поскольку в ней нарушено требование ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», что выразилось в рассылке смс-сообщений рекламного характера без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Предписание о прекращении распространения ненадлежащей рекламы не выдавать.

3. Законному представителю АО «МегаЛабс» (119180, г. Москва, пер. Казачий 2-й, 11, стр.1, ИНН 7713556058, дата регистрации – 25.05.2005) (ст. 25.4 КоАП РФ – законными представителями юридического лица в соответствии с настоящим Кодексом являются его руководитель, а также иное лицо, признанное в соответствии с законом или учредительными документами органом юридического лица. Полномочия законного представителя юридического лица подтверждаются документами, удостоверяющими его служебное положение) надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 318) **«26» сентября 2016 г. в 14 час. 00 мин.** для составления протокола об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность.

5. Генеральному директору АО «МегаЛабс» <...> (его защитнику) (ч.ч.1, 2, ст.25.5 КоАП РФ - для оказания юридической помощи лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении. в производстве по делу об административном правонарушении может участвовать защитник, а для оказания юридической помощи потерпевшему - представитель. В качестве защитника или представителя к участию в производстве по делу об административном правонарушении допускается адвокат или иное лицо) надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 318) **«26» сентября 2016 г. в 14 час. 30 мин.** для составления протокола об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность и служебное положение.

5. Генеральному директору АО «МегаЛабс» <...> в срок до **20 сентября 2016** г. представить в Управление следующие сведения и документы:

- копию паспорта;
- копию документа, подтверждающего, что <...> являлся на момент распространения ненадлежащей рекламы генеральным директором АО «МегаЛабс»;
- копию документа, подтверждающего, что АО «МегаЛабс» относится к лицам, являющимся субъектами малого или среднего предпринимательства (при наличии).

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

Председатель комиссии <...>

Члены комиссии <...>

<...>