



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

РЕШЕНИЕ
по делу № 60

Резолютивная часть оглашена 07.11.2016

В полном объеме изготовлено 21.11.2016

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушении рекламного законодательства (Приказ Свердловского УФАС России от 19.08.2016 № 285) 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, при участии:

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ПАО «ВымпелКом» (ИНН 7713076301, 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, 10, стр. 14), представитель <...> (дов. от 16.07.2015 № 42/15);

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства – ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (ИНН 7715829230, 109316, г. Москва, Остаповский проезд, д. 22, стр. 1), представитель не прибыл, уведомление от 11.10.2016;

- заявитель ООО «УК «Ветер Перемен» (ИНН 6670420403, 620078, г. Екатеринбург, пер. Отдельный, 5, оф.16), представитель не прибыл, уведомление от 13.10.2016,

рассмотрев в рамках Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (утв. Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, далее – Правила рассмотрения дел) дело № 60, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы по сетям подвижной радиотелефонной связи на абонентский номер ООО «УК «Ветер Перемен» без получения предварительного согласия абонента на получение рекламы, что нарушает ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 60 по признакам нарушения рекламного законодательства возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом» Определением от 07.06.2016 (исх. №6679 от 08.06.2016) и назначено к рассмотрению на 12.07.2016.

Определением от 12.07.2016 (исх. № 8407 от 15.07.2016) к участию в рассмотрении дела в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства, привлечено ООО «Тим». А рассмотрение дела отложено на 01.09.2016.

Определением от 01.09.2016 (исх.№12458 от 29.09.2016) лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства, ООО «Тим» заменено на ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», а рассмотрение дела отложено на 01.11.2016 с объявлением перерыва до 07.11.2016, когда и была оглашена резолютивная часть решения.

Основанием для возбуждения дела, в соответствии с п. 20 Правил рассмотрения дел, явилось обнаружение признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по результатам рассмотрения заявления <...> (вх. № 01-6790 от 05.05.2016).

При рассмотрении дела № 60 установлено:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области из ФАС России поступило заявление <...> (вх. № 01-6790 от 05.05.2016) о том, что 29.04.2016 в 12:45 на абонентский номер его телефона <...> с номера GloriaJeans (сервисный центр отправителя SMS+79037011111) поступило смс-сообщение рекламного характера: «30.04-1.05 праздничное открытие магазина GJ! Скидки, подарки! ТРЦ Академический, 2 этаж, ул. Краснолесья 133», согласие на получение которого он не давал.

Письмом (вх.№01-8852 от 14.06.2016) генеральный директор ООО «УК «Ветер перемен» <...> проинформировал Управление о том, что заявление подано от имени юридического лица ООО «УК «Ветер перемен». <...> является генеральным директором ООО «УК «Ветер перемен». Данный абонентский номер принадлежит ООО «УК «Ветер перемен» на основании договора на предоставление услуг связи №534189194 от 11.09.2014. Обращение в ПАО «ВымпелКом» с требованием прекратить рекламную рассылку подавались в устной форме. Никаких подтверждающих документов для данного факта не составлялось. Оператор технической поддержки ПАО «ВымпелКом» устно подтвердил, что данный абонентский номер удален из всех списков рассылок. Рекламные смс-сообщения продолжают поступать на абонентский номер. За последние 12 месяцев зафиксировано около 14 случаев получения рекламных смс различного содержания. ООО «УК «Ветер перемен» не имеет никаких деловых отношений с магазинами «GloriaJeans». <...>, как физическое лицо, также никогда не обращался в указанные магазины, не получал дисконтных карт и не подписывал никакие документы.

Заявитель указал, что является абонентом ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях (вх.№01-9916 от 30.06.2016) сообщило, что отправителем сообщения (рекламораспространителем) на абонентский номер <...> 29.04.2016 в 12:45 является ООО «Тим».

Между тем, в письменных пояснениях от 01.09.2016, а также представителем общества в ходе заседания комиссии было сообщено, что ранее ошибочно было указано, что отправителем сообщения (рекламораспространителем) на абонентский номер <...> 29.04.2016 в 12:45 является ООО «Тим» (ИНН 7730702414, адрес: 121170, г. Москва, Кутузовский проспект, 43). По результатам дополнительной проверки, проведенной ПАО «ВымпелКом», выявлено, что отправителем (рекламораспространителем) сообщения на абонентский номер <...> 29.04.2016 в 12:45 является ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (ИНН 7715829230, адрес: 109316, г. Москва, Остаповский проезд, д. 22, стр. 1, e-mail: mjschenkogpdevinotele.com).

Между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» заключен Договор об оказании услуг связи «Билайн» № 558085257 от 01.05.2015, а также Дополнительное соглашение № 1 от 01.05.2015 на оказание услуги по доступу к программно - аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц.

В соответствии с условиями дополнительного соглашения (п.4.2., 5.2.) Абонент (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили Абоненту и/или партнерам Абонента свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

ПАО «ВымпелКом» 02.09.2016 направило в адрес ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (по адресу электронной почты <...>) запрос о предоставлении копии согласия абонента на получение смс-сообщения, а также о блокировке смс-сообщений рекламного характера, направляемых от отправителя «GloriaJeans» абоненту номера <...>.

В ответ на указанный запрос ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» направило письмо от 02.09.2016 о блокировке рассылки от компании ОАО «Глория Джинс» абоненту <...>, а также письмо от ОАО «Глория Джинс» от 05.09.2016 о прекращении рассылки от имени отправителя GloriaJeans абоненту <...> (копии писем представлены в материалы дела).

Также представитель ПАО «ВымпелКом» сообщила, что общество запросило у ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» согласие абонента на получение смс-рекламы, которое предоставлено не было, однако, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» сообщило, что располагает сведениями о выдаче дисконтной карты на физическое лицо женского пола, указавшее в анкете (не подписанной покупателем) в качестве контакта абонентский номер <...>.

ПАО «ВымпелКом», также пояснило, что в качестве отправителя SMS-сообщения у Абонента-получателя может отображаться номер SMS-центра Билайн. Данный номер является технологическим шлюзом, который отвечает за работу службы коротких сообщений сети мобильной связи и выполняет функции приема/отправки входящих/исходящих сообщений между абонентами ПАО «ВымпелКом» и абонентами других операторов мобильной связи.

Основной функцией SMS-центра в этом случае является маршрутизация сообщений и управление процессом доставки от отправителя сообщения до получателя по сети подвижной радиотелефонной связи ПАО «ВымпелКом».

В рамках указанного договора оператор связи лишь обеспечивает заказчику рассылки возможность приема, обработки, хранения, передачи и доставки SMS-сообщений по сети подвижной радиотелефонной связи, которую оператор связи обязан обеспечивать в соответствии с требованиями Закона о связи, Постановления Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342 «О порядке оказания услуг телефонной связи», а также лицензионными условиями.

Заявитель ни письменно, ни устно не обращался в ПАО «ВымпелКом» с требованием прекратить распространение указанной рекламы.

Основываясь на вышеизложенном, ПАО «ВымпелКом» считает, что в его действиях отсутствует нарушение ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» в письменных объяснениях (вх. № 01-17316 от 28.10.2016) сообщило, что не считает себя рекламораспространителем по факту отправки 29.04.2016 на номер <...> SMS-сообщения: «30.04.-1.05 праздничное открытие магазина GJ! Скидки, подарки! ТРЦ Академический, 2 этаж, ул. Красносельская 133».

По мнению ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» рекламораспространителем указанного SMS-сообщения является ООО «Глория Джинс», зарегистрированное по адресу 344090, Ростовская обл., г. Ростов-на-Дону, пр-кт Стачки, дом №184 (ОГРН 1026104024737).

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет ООО «Глория Джинс» техническую возможность отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании Договора от 01.01.2016 № ДТ-К/025215 (копия представлена в материалы дела).

Процесс отправки SMS-сообщений через программу ЭВМ «DEVINO Platform», следующий:

- Заказчику предоставляется Личный кабинет в программе для ЭВМ «DEVINO Platform». Заказчик авторизуется в Личном кабинете путем ввода логина и пароля.

- В Личном кабинете Заказчик загружает в адресную книгу список телефонов для последующей отправки SMS-сообщений.

- В Личном кабинете Заказчик формирует текст SMS-сообщения.

- В Личном кабинете Заказчик формирует отправку SMS-сообщений по заданным абонентам.

На основании п. 3.3.2. Договора Заказчик (ООО «Глория Джинс») обязан получить от Абонента письменное согласие на получение SMS-сообщений. ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» направило запрос в ООО «Глория Джинс» о наличии такого согласия, ответ ООО «Глория Джинс» представлен в материалы дела.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» считает, что ответственность за содержание SMS-сообщений, за присваиваемый адрес отправителя, используемые номера Абонентов для отправки SMS-сообщений несет Заказчик, такое условие предусмотрено п. 3.3.3 и п. 3.3.4 Договора от 01.01.2016 № ДТ-К/025215.

По мнению ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» Дополнительное соглашение от 18.03.2015 № 1 к Договору оказания услуг от 18.03.2015 № 552140073 между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» является неотъемлемой частью договора, где «прописаны» все существенные условия.

В рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» Оператор (ОАО «ВымпелКом») предоставляет Абоненту (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») услуги доступа к программно-аппаратному комплексу оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами абонента и/или абонентом. Услуги оказываются с соблюдением гарантированных параметров качества, предусмотренных настоящим Дополнительным соглашением, при осуществлении рассылок на абонентские телефонные номера сети связи Оператора.

Таким образом, данное дополнительное соглашение является основанием для подключения ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» к сети ПАО «ВымпелКом» в рамках которого ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» имеет возможность отправки сообщений на сеть данного оператора.

Тем не менее, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» считает, что заказчиком рассылки, в том числе в рассматриваемом случае, является не контрагент оператора связи, а лицо, инициирующее отправку сообщения, то есть лицо, сформировавшее текст отправляемого сообщения и базу абонентов-получателей, а также запустившее процесс отправки. В рассматриваемом случае, по мнению ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», таким заказчиком является ООО «Глория Джинс».

Рассмотрев представленные материалы, комиссия приходит к следующим выводам.

Целями ФЗ «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, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной 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 ФЗ «О рекламе»).

В соответствии с ч. 1 ст. 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. Рекламодатель обязан немедленно

прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Аналогичные требования о получении согласия абонента на получение смс-сообщений при осуществлении рассылки по сетям связи содержатся в Федеральном законе от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – ФЗ «О связи»), в п. 1 ст. 2 которого под абонентом понимается пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Под оператором связи понимается юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии п. 12 ст. 2 ФЗ «О связи».

Согласно п. 22.1 ФЗ «О связи» под рассылкой по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – рассылка) 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.

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.

Рассылка 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.

Рассылка должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Рассылка, осуществляемая с нарушением требований ФЗ «О связи», является незаконной, за исключением рассылки сообщений в целях

информирования абонента в связи с перенесением абонентского номера, иных сообщений, которую оператор связи обязан осуществлять в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также рассылки сообщений по инициативе федеральных органов исполнительной власти, Государственной корпорации по космической деятельности «Роскосмос», органов государственных внебюджетных фондов, исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, местных администраций и других органов местного самоуправления, осуществляющих исполнительно-распорядительные полномочия в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Материалами дела установлено, что 29.04.2016 в 12:01:03 и в 12:01:05 на выделенный ООО «УК «Ветер перемен» ПАО «ВымпелКом» абонентский номер <...> сети подвижной радиотелефонной связи поступили текстовые сообщения рекламного характера: *«30.04-1.05 праздничное открытие магазина GJ! Скидки, подарки! ТРЦ Академический, 2 этаж, ул. Краснолесья 133»* с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации (GloriaJeans), согласие на получение которого заявитель не давал.

Факт поступления рассматриваемых рекламных смс-сообщений абоненту ООО «УК «Ветер перемен» на номер <...> с короткого номера GloriaJeans 29.04.2016 в 12:01:03 и в 12:01:05 подтверждается детализацией входящих смс-сообщений, представленной в материалы дела ПАО «ВымпелКом».

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования – магазину «GJ» (ООО «Глория Джинс»), формирование или поддержание интереса к нему и его 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 передачей абоненту коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации – смс-сообщение было передано абоненту ООО «УК «Ветер перемен» с короткого номера – GloriaJeans.

В разъяснениях ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» указано, что «короткий номер», предназначен для одновременной массовой отправки sms-сообщений широкому кругу лиц.

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 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 зонового завершения вызова на сеть оператора связи, представляющая собой деятельность, направленную на обеспечение пропуска 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).

Материалами дела установлено, что передача рассматриваемых рекламных смс-сообщений была осуществлена оператором связи ПАО «ВымпелКом» по заказу ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» по Дополнительному соглашению №1 от 01.05.2015 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» №558085257 от 01.05.2015 (далее – Дополнительное соглашение).

Анализ представленного ПАО «ВымпелКом» в материалы дела Дополнительного соглашения, заключенного между ОАО «Вымпел-Коммуникации» (ПАО «ВымпелКом») (Оператор) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Абонент), позволяет сделать вывод о том, что данное соглашение является по своей природе договором на оказание оператором подвижной радиотелефонной связи (ПАО «ВымпелКом») услуг по осуществлению рассылки заказчику рассылки (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») абонентам оператора связи.

Согласно п.1.1. ч. 1 Дополнительного соглашения в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» *Оператор предоставляет Абоненту услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений* определенному кругу лиц партнерами Абонента (далее - «Партнеры») и/или Абонентом (далее - «Услуги»). Услуги оказываются с соблюдением гарантированных параметров качества, предусмотренных настоящим Дополнительным соглашением, при осуществлении рассылок на абонентские телефонные номера сети связи Оператора.

При пользовании Услугами *Абонент самостоятельно* без участия Оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и *осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений* на абонентские телефонные номера своих клиентов, являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Оператора и/или других операторов подвижной радиотелефонной связи (далее - «Пользователи») в интересах Абонента/Партнеров (п.1.3. ч.1 Дополнительного соглашения).

В соответствии с п.1.5. ч.1 Дополнительного соглашения услуги включают в себя выделение Абоненту в пользование уникального кода идентификации из технологического ресурса нумерации Оператора для отправки коротких текстовых сообщений Пользователям (далее - «Уникальный код идентификации»); предоставление Абоненту возможности использования уникального имени отправителя в целях идентификации Пользователями отправителя коротких текстовых сообщений (далее - «Имя отправителя»); доступ к технологическому интерфейсу программно-аппаратного комплекса Оператора -

SMS-платформе (далее - «Интерфейс Услуги»); выделение и поддержание авторизационных данных (логин/пароль) для подключения к Интерфейсу Услуги; техническую возможность формирования и рассылки коротких текстовых сообщений Пользователям, определенных Абонентом, с использованием Интерфейса Услуги; гарантированную полосу пропускания данных, от оборудования Абонента к программно- аппаратному комплексу Оператора, измеряемую в количестве коротких текстовых сообщений в секунду для дальнейшей рассылки Пользователям (далее - «Пропускная способность»).

Согласно ч.4.2 Дополнительного соглашения Абонент осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также обязуется сообщать Оператору актуальные даты получения вышеуказанных согласий Абонентом/Партнерами до даты осуществления рассылок на номера соответствующих Пользователей.

Абонент по требованию Оператора в течение срока указанного в требовании, но не более 10 (десяти) рабочих дней с даты получения соответствующего запроса, предоставляет Оператору данные и документы, подтверждающие наличие согласия Пользователей на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также информацию о Партнерах, являющихся инициаторами рассылки коротких текстовых сообщений, включая копию договора с Партнером. При этом Абонент обязуется обеспечить наличие согласия Партнера на предоставления данной информации Оператору и третьим лицам.

Согласие может быть выражено в любое форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления Пользователей на получение коротких текстовых сообщений от Абонента и/или Партнеров.

В случае нарушения Абонентом оговоренных обязательств, в том числе, при непредставлении подтверждения согласия Пользователей на получение коротких текстовых сообщений от Абонента и/или Партнеров, а также непредставление в срок всей необходимой информации о Партнере, включая копию договора с Партнером Оператор вправе взыскать с Абонента штраф в размере не превышающем 500 000 (пятисот тысяч) рублей за каждое короткое текстовое сообщение, отправленное без согласия Пользователя; ***Абонент признается рекламодателем или заказчиком рассылки*** и несет ответственность за свои действия в соответствии с законодательством РФ.

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 представленного Дополнительного соглашения, заключенного между ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и оператором связи ПАО «ВымпелКом», позволяет сделать вывод о том, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» 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.

В силу требований ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель (заказчик рассылки) обязан получить предварительное согласие абонента на получение рекламы.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставило в материалы дела скриншот страницы некой электронной базы владельцев дисконтных карт ООО «Глория Джинс», в которой в качестве владельца телефонного номера <...> указана <...>. В окне «информировать» выбрано «СМС+e-mail», в окне «использ. информ» выбрано «Согласен».

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя (абз.4 п.15 Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Для признания надлежащим факта получения рекламодателем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть явно выраженное желание абонента либо адресата на ее получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» не представило согласие владельца абонентского номера <...>, которым является ООО «УК «Ветер Перемен» на основании договора на предоставление услуг связи №534189194 от 11.09.2014.

Вышеуказанный скриншот страницы электронной базы не только не является доказательством получения согласия истинного владельца абонентского номера <...>, но и не является доказательством надлежащего получения согласия абонента на получение смс-рекламы, поскольку из представленной формы получения согласия - скриншот страницы электронной базы – невозможно однозначно установить волеизъявление гражданина на получение рекламы посредством совершения последним именно активных действий, в том числе, путем предоставления письменного согласия (подпись гражданина и дата предоставления согласия отсутствуют).

Таким образом, направление рекламы в указанном случае является формой навязывания информации, на получение которой абонент согласия не давал.

Как сообщил заявитель в своем обращении, он не давал согласия на распространение ему рассматриваемой рекламы. Материалы, подтверждающие дачу согласия абонентом – владельцем указанного в данном Решении номера, на рассылку ему рекламных смс-сообщений, в Управлении отсутствуют.

Таким образом, материалами дела установлено, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» не получило предварительного согласия абонента ООО «УК «Ветер Перемен» на распространение смс-рекламы на принадлежащий ему 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.

ООО «УК «Ветер Перемен» в письме от 14.06.2016 (вх.№01-8852) сообщило, что рекламные смс-сообщения продолжают поступать на абонентский номер.

Между тем, ПАО «ВымпелКом» представило в материалы дела копию письма ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» от 02.09.2016, в котором Общество информирует оператора связи о том, что рассылки от компании ООО «Глория Джинс» на абонента <...> заблокированы.

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 нарушениям законодательства Российской Федерации о рекламе», утв. Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу *«30.04-1.05 праздничное открытие магазина GJ! Скидки, подарки! ТРЦ Академический, 2 этаж, ул. Краснолесья 133»*, распространенную 29.04.2016 в 12:01:03 и в 12:01:05 на абонентский номер <...> с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации (GloriaJeans), 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. Делопроизводство в отношении ПАО «ВымпелКом» прекратить.

4. Законному представителю **ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»** (ИНН 7715829230, адрес: 109316, г. Москва, Остаповский проезд, д. 22, стр. 1, дата

регистрации –21.09.2010) (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) **«18» января 2017 г. в 10 час. 00 мин.** для составления протокола об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность.

5. Генеральному директору ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» <...> (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) **«18» января 2017 г. в 10 час. 30 мин.** для составления протокола об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность и служебное положение.

6. Генеральному директору ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» <...> в срок до **16 января 2017 г.** представить в Управление следующие сведения и документы:

- копию страницы паспорта с регистрацией места жительства;
- копию документа, подтверждающего, что <...> являлся на момент распространения ненадлежащей рекламы генеральным директором ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»;
- копию документа, подтверждающего, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» 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 <...>

<...>

