



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

РЕШЕНИЕ по делу № 76

Резолютивная часть решения объявлена 17.08.2017

Решение в полном объеме изготовлено 31.08.2017

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,

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

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля за соблюдением законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренцией, член Комиссии,

при участии: заявителя <...>, не явился, сведения об извещении отсутствуют,

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства: ООО «СМС-центр», не явилось, уведомлено, что подтверждается уведомлением о вручении обществу 01.08.2017 корреспонденции Свердловского УФАС России (исх.№11346 от 20.07.2017), а также поступившими в Управление объяснениями ООО «СМС-центр» (вх.№01-14374 от 08.08.2017),

- заинтересованного лица: ПАО «ВымпелКом» - <...> (доверенность №42/15 от 16.07.2015),

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 № 76 по признакам нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») выразившегося в распространении по сети подвижной радиотелефонной связи рекламы, согласия на получение которой абонент <...> не давал,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 76 возбуждено Определением от 03.07.2017 (исх.№11346 от 20.07.2017) по итогам рассмотрения заявления <...>, и назначено к рассмотрению на 10.08.2017.

10.08.2017 в рассмотрении дела объявлен перерыв до 17.08.2017 в связи с необходимостью получения дополнительной информации.

При рассмотрении дела установлено следующее.

Заявитель <...> - абонент оператора связи ПАО «ВымпелКом» (абонентский номер 8-965-<...>) указал в заявлении (вх.№01-11074 от 22.06.2017), перенаправленном из ФАС России (вх.№ВХ028551 от 22.06.2017) о поступлении 10.06.2017 в 09:01, а также в заявлении (вх.№01-11361 от 26.06.2017), перенаправленном из ФАС России (вх.№ВХ028589 от 26.06.2017) о поступлении 23.06.2017 19:10 на его абонентский номер с номера «2BEREGA» рекламных смс-сообщений *«Кальцоне с ветчиной и сыром+ кола в подарок! Пароль:2Б.60040012b.ru»*, *«Только Вам пицца с двойной начинкой в подарок! Скидки! 6004001 2b.ru»*, согласия на получение которых, как указал заявитель, он не давал.

ПАО «ВымпелКом», являющееся оператором подвижной радиотелефонной связи заявителя, в письменных пояснениях (вх.№01-11486 от 27.06.2017, вх.№01-11817 от 03.07.2017) сообщило, что Общество оказывает услуги связи на основании имеющихся лицензий и в соответствии с установленными требованиями Федерального закона Российской Федерации от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), а также нормами гражданского законодательства.

Согласно ст. 44 Закона о связи услуги связи оказываются операторами связи абонентам на основании договора об оказании услуг связи (абонентский договор), заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи. Правила оказания услуг связи утверждаются Правительством Российской Федерации.

Услуги по оказанию подвижной радиотелефонной связи, в том числе услуги по передаче SMS- сообщений, оказываются ПАО «ВымпелКом» на основании лицензии № 152538 от 21.05.2017, выданной Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций, с использованием необходимого оборудования, сертифицированного в установленном действующим законодательством РФ порядке.

ПАО «ВымпелКом» провело проверку по выявлению отправителей сообщений, в ходе которой установлено, что отправителем сообщения на абонентский номер 89655466066 10.06.2017 и 23.06.2017 от адресата «2BEREGA» (рекламораспространителем) является Общество с ограниченной ответственностью «СМС-центр» (ОГРН 1117746756489, ИНН 7724805644, адрес: 115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8). Между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СМС-центр» заключен Договор об оказании услуг связи «Билайн» № 572561248 от 22.09.2015, а также Дополнительное соглашение № 1 от 22.09.2015 к указанному договору на оказание услуг 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 «СМС-центр») 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.

В качестве отправителя SMS-сообщения у Абонента-получателя может отображаться номер SMS- центра Билайн (+79037011111). 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».

Общество не может нести ответственность за нарушение ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», так как не является рекламодателем.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента на получение рекламы. Реклама признается распространенной без такого согласия, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Обязанность получить предварительное согласие абонента возлагается на рекламодателя.

Особенности распространения рекламы в виде SMS-рассылок по сетям электросвязи регламентированы статьей 44.1 Закона о связи.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента. Рассылка признается осуществленной без такого согласия, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора связи не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, по смыслу ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» в совокупности с ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи рекламодателем, который обязан получить предварительное согласие абонента на получение рекламы в виде SMS-рассылки, является лицо, по инициативе которого осуществляется SMS-рассылка.

В соответствии с ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Данный договор является подтверждением инициативы осуществления рассылки заказчиком рассылки. Предметом договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

В рамках указанного договора оператор связи лишь обеспечивает заказчику рассылки возможность приема, обработки, хранения, передачи и доставки SMS-сообщений подсети 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.

При осуществлении SMS-рассылки по инициативе заказчика рассылки оператор связи не определяет содержание SMS-сообщений и их получателей.

Общество как оператор связи не вправе знакомиться с текстом сообщений, отправляемых третьими лицами, включая заказчиков рассылки, разграничивать поступившие на его сеть связи SMS-сообщения в зависимости от их содержания, модерировать их и др., так как такая деятельность являлась бы прямым нарушением тайны связи (ст. 23 Конституции РФ; ст. 63 Закона о связи). Нарушение тайны связи влечет за собой уголовную ответственность (ст. 138 Уголовного кодекса РФ).

С учетом вышесказанного, если рекламная SMS-рассылка осуществляется по сети связи оператора по инициативе заказчика рассылки на основании договора между заказчиком рассылки и оператором связи, рекламораспространителем, ответственным за получение предварительного согласия абонента, является заказчик рассылки.

Таким образом, в действиях ПАО «ВымпелКом» отсутствует нарушение ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

ООО «СМС-центр» в письменных пояснениях (вх.№01-14374 от 08.08.2017) указало следующее:

Общество с ограниченной ответственностью «СМС-центр» (далее - Общество) оказывает услуги на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 150145 от 26 января 2017 г., выданной Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (далее - Лицензия). Общество предоставляет юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям технический канал в сервисе SMSC.RU для передачи сообщений операторам связи с помощью различных протоколов передачи данных (SMPP, SMPT, HTTP, SOAP - протоколы).

«Сервис SMSC.RU» - совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих Обществу и позволяющих осуществлять передачу сообщений от инициатора рассылки до операторов связи.

При этом ООО «СМС-центр» не определяет ни содержание сообщений, ни круг лиц - получателей сообщений, ни место и время распространения сообщений, не доводит сообщение до потребителей информации, не преследует цель привлечения внимания к объекту рекламирования. Общество предоставляет технический канал для передачи сообщения от Заказчика рассылки только к Оператору связи. У ООО «СМС-центр» отсутствует техническая возможность передачи сообщения напрямую потребителю информации (абоненту). Набор текста сообщения и ввод телефонного номера абонента осуществляется заказчиком рассылки.

Смс-сообщение на номер 8965<...> с текстом: **«Только Вам пицца с двойной начинкой в подарок! Скидки! 6004001 2b.ru»** было отправлено ООО «ДиСиАй Проджектс» 10.06.2017 года через клиентский доступ, предоставленный по договору оказания услуг № 304793 от 01 июля 2015 г.; смс-сообщение **«Кальцоне с ветчиной и сыром + кола в подарок! Пароль: 2Б. 6004001 2b.ru»** было отправлено ООО «ДиСиАй Проджектс» (далее - Заказчик) 23.06.2017 года через клиентский доступ, предоставленный по договору оказания услуг № 304793 от 01 июля 2015 г.

В соответствии с договором оказания услуг № 304793 (далее - Договор) от 01 июля 2015 г. ООО «СМС-центр» прямо запрещает Заказчику (ООО «ДиСиАй Проджектс») отправку любых сообщений, нарушающих требования законодательства, в том числе без предварительного согласия абонента, поэтому общество не преследует цель и не допускает возможности распространения ненадлежащей рекламы, т.е. не имеет и не может иметь умысла на совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.3 КоАП РФ.

В частности, в соответствии с Договором Заказчик обязан:

3.2.1. Использовать Услугу в соответствии с нормами законодательства РФ (в том числе: в соответствии с ФЗ «О рекламе»);

3.2.3. В обязательном порядке получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений...;

3.2.5. Не использовать подключение к Сервису SMSC.RU: для организации СПАМА.

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

ООО «ДиСиАй Проджектс» самостоятельно осуществило отправку указанных смс-сообщений (в том числе набор текста и ввод номера абонента, определение места и времени отправки) через выделенный доступ к технической платформе сервиса.

ООО «СМС-центр» получает команду от Заказчика только на маршрутизацию сообщения конкретному оператору связи, однако не имеет юридического права и технической возможности контролировать содержание каждого сообщения и наличие согласия абонентов на их получение.

В соответствии с Лицензией Общество обязано предоставить доступ абоненту и (или) пользователю к сети связи лицензиата, а также прием и передачу электронных сообщений. Т.е. общество в соответствии с имеющимися техническими возможностями обязано принимать и передавать поступающие в его сеть сообщения в случае, если они явно не нарушают требования законодательства. При этом явные нарушения законодательства, допущенные пользователями при отправке сообщений, могут быть устранены только с помощью автоматических средств фильтрации (блокирования запрещенных слов, словосочетаний и т.д.).

Действующее законодательство запрещает лицу, обеспечивающему техническую возможность передачи смс-сообщений от отправителя оператору связи, знакомиться с содержанием сообщений, анализировать их и требовать передачи персональных данных абонентов, которым предназначены сообщения.

Статьей 23 Конституции Российской Федерации установлен режим тайны переписки и иных сообщений, согласно которым переписка, телефонные переговоры, почтовые отправления, телеграфные и иные сообщения, передаваемые по сетям электросвязи и сетям почтовой связи, составляют личную тайну,

защищаемую Конституцией Российской Федерации. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения.

Так как ООО «СМС-центр» не определяет конкретных лиц-получателей сообщений (абонентов), не взаимодействует с ними в рамках договорных и иных отношений, не формирует текст и самостоятельно не осуществляет отправку смс-сообщений, то в соответствии с требованиями Закона РФ «О персональных данных» от 27.07.2006 № 152-ФЗ не имеет права требовать от Заказчика персональные данные каждого конкретного абонента, которому отправляются смс-сообщения.

Кроме того, учитывая большое количество сообщений (3-5 млн. сообщений ежедневно), ООО «СМС-центр» не имеет и технической возможности осуществлять контроль за наличием согласия каждого получателя.

Таким образом, в действиях ООО «СМС-центр» отсутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе, поскольку Общество не имеет и не может иметь вины в распространении ненадлежащей рекламы, не предпринимало противоправных действий по распространению сообщения, содержащего ненадлежащую рекламу. Предоставление доступа Заказчику к технической платформе для связи с оператором не является противоправным действием и не может считаться действием, направленным на распространение конкретного смс-сообщения, содержащего ненадлежащую рекламу. В связи с этим ООО «СМС-центр» в рассматриваемом случае не может являться ни рекламодателем, ни рекламораспространителем, ни рекламопроизводителем.

На момент отправки смс-сообщения абоненту +7965<...>, ООО «ДиСиАй Проджектс» предоставило ООО «СМС-центр» согласие на совершение информационных смс-рассылок от гр. <...> (анкета прилагается).

В связи с поступившей жалобой номер 8965<...> внесен ООО «СМС-центр» в стоп-лист.

Рассмотрев имеющиеся в деле материалы, заслушав участвующих в деле лиц, 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»).

Объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама (п.2 ст.3 ФЗ «О рекламе»).

Товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (п.3 ст.3 ФЗ «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).

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 смс-сообщений широкому кругу лиц.

Материалами дела установлено, что 10.06.2017 в 09:01, а также 23.06.2017 19:10 на выделенный <...> ПАО «ВымпелКом» абонентский номер 8-965-<...> сети подвижной радиотелефонной связи поступили текстовые сообщения с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации («2BEREGA»), согласие на получение которых заявитель не давал.

Содержание поступивших смс-сообщений следующее: *«Кальцоне с ветчиной и сыром+ кола в подарок! Пароль:2Б.60040012b.ru»*, *«Только Вам пицца с двойной начинкой в подарок! Скидки! 6004001 2b.ru»*.

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования – лицу, осуществляющему деятельность под коммерческим обозначением «2BEREGA», контактная информация которого (номер телефона, наименование сайта в сети Интернет приведена в тексте смс-сообщений, а также проводимому им мероприятию (акции с выдачей подарков), 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 <...> с короткого номера – «2BEREGA».

Факт поступления рассматриваемых рекламных смс-сообщений абоненту <...> на его абонентский номер 8-965-<...> с короткого номера «2BEREGA» 10.06.2017 в 18:01, а также 23.06.2017 в 19:10 подтверждается детализациями состоявшихся соединений за 10.06.2017 и 23.06.2017, представленными в материалы дела ПАО «ВымпелКом».

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»).

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, оператор 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).

Оператором связи <...> является ПАО «ВымпелКом», с которым заявитель заключил 26.06.2013 договор №466066 об оказании услуг связи «Билайн».

Оператор связи ПАО «ВымпелКом» сообщил, что указанная смс-реклама была распространена в рамках Договора об оказании услуг связи «Билайн» №572561248 от 22.09.2015, а также Дополнительного соглашения №1 от 22.09.2015 к указанному договору, заключенных между ПАО «ВымпелКом» (Оператор) и ООО «СМС-центр» (Абонент).

Анализ вышеуказанного договора в совокупности с дополнительным соглашением к нему позволяет сделать вывод о том, что он ***по своей природе является договором на оказание оператором подвижной радиотелефонной связи (ПАО «ВымпелКом») услуг заказчику рассылки (ООО «СМС-центр») по осуществлению рассылки*** абонентам оператора связи.

Согласно терминам и определениям вышеуказанного договора под понятием «услуги» подразумевается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Под Услугами в рамках договора понимаются услуги подвижной радиотелефонной связи (доступ к сети связи оператора; соединения по сети связи Оператора, а том числе создаваемой с использованием радиоэлектронных средств стандарта LTE и последующих модификаций; соединения с абонентами и (или) пользователями сетей фиксированной телефонной связи сети связи общего пользования, возможности пользования услугами подвижной радиотелефонной связи при нахождении за пределами территории, указанной в лицензии; доступ к телематическим услугам связи и услугам связи по передаче данных); телематические услуги связи (доступ к сети связи лицензиата; доступ к информационным системам информационно- телекоммуникационных сетей, в том числе к сети Интернет; прием и передача телематических электронных сообщений), услуги связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации (доступ к сети связи лицензиата; соединения по сети передачи данных, в том числе создаваемой с использованием радиоэлектронных средств стандарта LTE и последующих модификаций; доступа к услугам передачи данных, оказываемым другими операторами связи, сети передачи данных которых взаимодействуют с сетью связи лицензиата), услуги связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации (доступ к сети связи лицензиата; соединения по сети передачи данных, в том числе создаваемой с использованием радиоэлектронных средств стандарта LTE и последующих модификаций; доступа к услугам передачи данных, оказываемым другими операторами связи, сети передачи данных которых взаимодействуют с сетью связи лицензиата) в сети подвижной связи, дополнительные услуги, оказываемые Оператором Абоненту в соответствии с Правилами оказания соответствующего вида Услуг и условиями выданных

Оператору лицензий (перечень территорий, на которых оказываются Услуги с использованием радиоэлектронных средств стандарта LTE и последующих модификаций указывается на Сайте Оператора).

Согласно п.1.1. Дополнительного соглашения №1 от 22.09.2015 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» №572561248 от 22.09.2015 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 Дополнительного соглашения №1 от 22.09.2015).

Согласно п.1.5 Дополнительного соглашения №1 от 22.09.2015 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 о секунду для дальнейшей рассылки Пользователям (далее - «Пропускная способность»).

Таким образом, заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламодателем является ООО «СМС-центр», инициировавшее рассылку коротких текстовых сообщений рекламного характера абонентам ПАО «ВымпелКом» посредством заключения договора на оказание услуг по осуществлению рассылки с оператором связи.

Довод ООО «СМС-центр» о том, что для определения заказчика рассылки необходимо принимать во внимание наличие всех имеющихся договоров между

хозяйствующими субъектами, принимавшими участие в формировании рассылки, в том числе Договор оказания услуг № 304793 от 01 июля 2015 г., заключенный ООО «СМС-центр» с ООО «ДиСиАй Проджектс», 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.

Довод ООО «СМС-центр» о том, что заказчиком рассылки является ООО «ДиСиАй Проджектс», осуществившее рассылку на основании вышеуказанного договора, признан Комиссией несостоятельным, поскольку у оператора связи ПАО «ВымпелКом» отсутствует договор на оказание услуг по осуществлению рассылки с ООО «ДиСиАй Проджектс», при этом оператор связи ПАО «ВымпелКом» не является стороной по Договору оказания услуг № 304793 от 01 июля 2015 г.

Согласно п.1 и п.2 ст.307 Гражданского кодекса Российской Федерации (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](#)) (п.1 ст.307.1 ГК РФ).

В соответствии с п.п.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 п.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 п.п. 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 Договора оказания услуг № 304793 от 01 июля 2015 г., заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «ДиСиАй Проджектс», позволяет сделать вывод о том, что ООО «СМС-центр» 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») и не может быть передана им по договору третьему лицу.

Комиссия отмечает, что наличие п.3.2.3 в Договоре оказания услуг № 304793 от 01 июля 2015 г., заключенном между ООО «СМС-центр» (Исполнитель) и ООО «ДиСиАй Проджектс» (Заказчик), согласно которому Заказчик обязан в обязательном порядке получить от Абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженного посредством совершения мим действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление по получению сообщений в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия, не освобождает ООО «СМС-центр» от ответственности за рекламную рассылку при отсутствии согласия абонента.

В связи с тем, что ООО «СМС-центр» не располагало согласием абонента на получение смс-рекламы из-за нарушения аналогичных обязательств ООО «ДиСиАй Проджектс», Общество имеет право взыскать с партнера убытки в регрессном порядке в рамках гражданско-правовых споров.

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что заказчиком рассылки, направившим рассматриваемые рекламные смс-сообщения на абонентский номер заявителя, является именно ООО «СМС-центр», которое заключило с оператором связи абонента <...> ПАО «ВымпелКом» договор и дополнительное соглашение к нему, являющийся по своей правовой природе договором на оказание услуг по осуществлению рассылки.

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 Постановления 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 «СМС-центр» не представило согласия абонента на получение рекламы посредством совершения последним именно активных действий, в том числе, письменное согласие.

Представленная в материалы дела анкета, заполненная 23.03.2017 якобы <...> при выдаче ему дисконтной карты ИП <...> (197374, г. Санкт-Петербург, ул.<...>), в которой в качестве контактного номера указан номер 8-965-<...>, не является

допустимым доказательством выражения <...> согласия на получение смс-рекламы на его абонентский номер, поскольку имеет признаки фальсификации документа: в написании фамилии допущена ошибка – заявителем является <...> (через «Ь»), в анкете – <...> (через «И»), кроме того имеется расхождение в подписях: подпись <...>, проставленная им в согласии от 19.02.2016 на получение антимонопольным органом информации о детализации состоявшихся соединений от ПАО «ВымпелКом», приложенном к заявлениям, а также подпись, проставленная им в договоре об оказании услуг связи «Билайн» от 26.06.2013, заключенным с ПАО «ВымпелКом», заведомо отличаются от подписи, проставленной якобы <...> в анкете ИП <...>.

Таким образом, имеет место распространение смс-рекламы на номер телефона 8-965-<...> с нарушением ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» - при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Комиссия отмечает, что позиция Свердловского УФАС России о том, что заказчиком рассылки является контрагент по договору на оказание услуг по осуществлению рассылки, заключаемого с оператором связи, поддержана Арбитражным судом Свердловской области и нашла свое отражение в Решении по делу №А60-52306/2016 от 09.02.2017.

Поскольку ООО «СМС-центр» сообщило (вх.№01-14374 от 08.08.2017) о внесении абонентского номера 8-965-<...> в стоп-лист, а заявителем доказательства обратного не представлены, постольку необходимость в выдаче предписания о прекращении распространения ненадлежащей рекламы отсутствует.

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.

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.

Учитывая установленные п. 1.2, п.п. 3.40 -3.45 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (утв. Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12), ч. 1 ст. 37 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» особенности порядков принятия (только коллегиально) решения, являющегося результатом проведенной в ходе осуществления государственного контроля (надзора) проверки (примечание к ст. 28.1 КоАП РФ), и его обжалования (только судебный), у должностных лиц того же самого органа, единолично осуществляющих производство по делу об административном правонарушении, заведомо отсутствуют законные основания как переоценивать изложенные в не оспоренном в установленном порядке решении достаточные данные, указывающие на наличие события административного правонарушения, так и отражать результаты такой переоценки как в протоколе об административном

правонарушении, так и в правонарушении, так и в соответствующем постановлении (п. 10.2 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 №30).

Согласно п. 43 Правил рассмотрения дел, дата изготовления решения в полном объеме считается датой принятия решения.

Согласно ч. 1 ст. 25.15 КоАП РФ лица, участвующие в производстве по делу об административном правонарушении, а также свидетели, эксперты, специалисты и переводчики извещаются или вызываются в суд, орган или к должностному лицу, в производстве которых находится дело, заказным письмом с уведомлением о вручении, повесткой с уведомлением о вручении, телефонограммой или телеграммой, по факсимильной связи либо с использованием иных средств связи и доставки, обеспечивающих фиксирование извещения или вызова и его вручение адресату.

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 дел, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу *«Кальцоне с ветчиной и сыром + кола в подарок! Пароль: 2Б.60040012b.ru»*, *«Только Вам пицца с двойной начинкой в подарок! Скидки! 6004001 2b.ru»*, распространенную 10.06.2017 в 18:01, а также 23.06.2017 в 19:10 на абонентский номер 8-965-*<...>* с короткого номера «2BEREGA», ненадлежащей, нарушающей 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 **ООО «СМС-центр»** (КПП 772501001, ИНН 7724805644, юр. адрес: 115419, г. Москва, проезд Рошинский 2-й, д.8, дата присвоения ОГРН – 26.09.2011) (*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) **«09» октября 2017 г. в 11 час. 00 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 **ООО «СМС-центр» <...>** (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) **«09» октября 2017 г. в 11 час. 30 мин.** для составления протокола об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность и служебное положение.

б. Генеральному директору ООО «СМС-центр» <...> в срок **до 06 октября 2017 г.** представить в Управление копию паспорта, а также письменные пояснения (с приложением подтверждающих документов: копий должностных инструкций, приказов о приёме на работу, иного) относительно того, является ли генеральный директор либо иное должностное лицо ООО «СМС-центр» субъектом выявленного административного правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ.

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

Председатель комиссии <...>

Члены комиссии <...>

<...>