



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

РЕШЕНИЕ по делу № 46

Резолютивная часть оглашена 10.08.2017

В полном объеме изготовлено 24.08.2017

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе (Приказ Свердловского УФАС России № 225 от 04 июля 2017 г.) в составе:

председатель Комиссии:

- <...> - заместитель руководителя управления;

члены Комиссии:

- <...> – заместитель начальника отдела контроля за соблюдением законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренцией;

- <...> – специалист - эксперт отдела контроля за соблюдением законодательства о рекламе и недобросовестной конкуренцией;

при участии: заявителя - <...>, не явился, сведения о надлежащем извещении отсутствуют;

- лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства: ООО «Скартел» (ИНН 7701725181, ОГРН 5077746847690, 107140 г. Москва, ул. Русаковская, д.13) <...> (доверенность №17-151/16 от 27.06.2016); АО «МегаЛабс» (ИНН 7713556058, ОГРН 1057747083767, 127006, г. Москва, Оружейный переулок, 41) <...> по доверенности,

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 № 46, возбужденное по признакам нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») по факту распространения смс-сообщения без предварительного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 46 по признакам нарушения рекламного законодательства возбуждено в отношении ООО «Аурум» Определением от 10.04.2017 (исх. № 5262 от 12.04.2017) и назначено к рассмотрению на 12.05.2017.

Определением от 12.05.2017 (исх. № 7101 от 16.05.2017) рассмотрение дела отложено на 15.06.2017 в связи с заменой лица, в действиях которого содержатся признаками нарушения рекламного законодательства: с ООО «Аурум» на ООО «Скартел».

Определением от 15.06.2017 (исх. № 9450 от 23.06.2017) рассмотрение дела отложено на 06.07.2017 в связи с привлечением к участию в деле в качестве лица, в

действиях которого содержатся признаками нарушения рекламного законодательства АО «МегаЛабс» и необходимостью получения дополнительной информации.

Определением от 06.07.2017 (исх. № 10944 от 13.07.2017) рассмотрение дела отложено на 10.08.2017 в связи с необходимостью получения дополнительной информации.

Основанием для возбуждения дела, согласно п. 3.25 Правил рассмотрения дел, явилось выявление антимонопольным органом признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при рассмотрении заявления физического лица о распространении рекламы в смс-сообщении без согласия абонента.

При рассмотрении дела 10.08.2017 установлено:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило заявление <...> (вх. № 01-4593 от 21.03.2017), перенаправленное ФАС России (ВХ027519), с жалобой о поступлении на его абонентский номер +7 <...> рекламного смс-сообщения 01.03.2017 в 19-31 от «Sushkof» с текстом: «Александр, мы очень скучаем по Вам и дарим скидку 30% на все меню по промокоду RT0525. Воспользуйтесь до 06.03. Сайт www.eda1.ru тел.333-000.Отписаться от смс: [www.eda1.ru /otpiska](http://www.eda1.ru/otpiska)», согласия на получение которого заявитель не давал.

В качестве возможного рекламораспространителя было привлечено ООО «Аурум». ООО «Аурум» в письменном пояснении (вх. № 01-7851 от 05.05.2017) и на заседании Комиссии 15.06.2017 пояснило, что осуществляет деятельность в одном из ресторанов японской кухни «Сушкоф», который расположен по адресу: г. Екатеринбург, ул. Аптекарская, 42, пом. 1- 24.

Заявитель не являлся гостем ресторана, не оформлял заказ, данные о том, в каком филиале сети ресторанов «Сушкоф» или службы доставки готовой продукции данным гостем был совершен заказ, Обществу неизвестны. Также договоров на смс - рассылку и оповещение гостей от имени ООО «Аурум» не оформлялось.

На основании заключенного договора коммерческой концессии № 555 от 01.01.2015 правообладатель ИП <...> предоставляет франшизу - право использования комплекса исключительных прав, включая товарные знаки СУШКОФ® и DELPESTO®, Тетушки Бунси® для создания и эксплуатации ресторанов, а также организации доставки готовых блюд.

ООО «Аурум» утверждает, что не знакомо с информацией, составляющей коммерческую тайну Правообладателя, включая рецепты, формулы и процедуры приготовления пищи, а также методы, формы и политику ведения бизнеса, коммерческую тайну, знания, технологии и правила. В связи с чем, ООО «Аурум» просило привлечь к ответственности надлежащее лицо и прекратить производство по признакам нарушения законодательства о рекламе в отношении ООО «Аурум».

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. Согласно информации, размещенной на официальном сайте ФГУП ЦНИИС, абонентский номер +79049800963, на который поступило указанное рекламное смс - сообщение, относится к номерной емкости оператора связи ООО «Скартел» (ИНН 7701725181, ОГРН 5077746847690, 107140 г. Москва, ул. Русаковская, д.13).

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).

ООО «Скартел» является оператором подвижной радиотелефонной связи, абонентом которого получена указанная рассылка.

ООО «Скартел» на заседании Комиссии и в письменном пояснении (вх. № 01-10385 от 14.06.2017) сообщило следующее:

Между ООО «Скартел» (Оператор) и АО «МегаЛабс» (Партнер) заключен договор от 20.10.2014 №14-6900, в соответствии с которым Оператор обязуется по заявкам Партнера оказывать Партнеру услуги по предоставлению доступа к Интерфейсу (программное средство, взаимодействующее с платформой Оператора и используемое Партнером для направления Мобильной рекламы и/или Информационных материалов) для целей размещения Мобильной рекламы и/или Информационных материалов по Базе Клиента среди абонентов с помощью Каналов коммуникации.

Дополнительно установлено, что отправка указанного в запросе смс-сообщения осуществлена ООО «ОСК», действующего как конечный заказчик оператора ООО «Скартел».

Указанная рассылка осуществлялась ООО «ОСК» на сеть ООО «Скартел» на основании договора от 01.07.2016 № ДМИ-ОСК-01072016, заключенного с АО «МегаЛабс», как сообщает ООО «Скартел».

В связи с тем, что указанное смс-сообщение направлено по инициативе Клиента Партнера, именно Клиент Партнера, по мнению ООО «Скартел», должен располагать предварительным согласием абонента на получение рассылки.

Оказывая услугу по передаче коротких текстовых сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, ООО «Скартел» сообщает, что осуществляет только передачу получателю информации, сформированной Партнером (клиентом Партнера), имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи.

Как сообщает ООО «Скартел», распространителем рекламы в данном случае является ООО «ОСК», то есть лицо, определяющее объект рекламирования и использующее для распространения рекламы услуги связи, оказываемые ООО «Скартел».

Поскольку ООО «Скартел» оказывает именно услуги связи на основании публичных договоров, то оператором не может быть отказано в передаче сообщений по сети подвижной связи. При этом оператор связи не может являться распространителем рекламы, в связи с чем, в действиях ООО «Скартел» отсутствует нарушение законодательства о рекламе.

ООО «Скартел» пояснило, что Обществом были приняты все зависящие от него меры по соблюдению требований законодательства, так в договоре с Партнером предусмотрены вышеуказанные обязательства Партнера и меры ответственности за их неисполнение.

ООО «Скартел» не может предвидеть, что Партнером будут нарушаться положения договора, а также законодательства в сфере рекламы и связи, и исходит из презумпции добросовестности участников гражданского оборота.

Таким образом, как утверждает ООО «Скартел», Обществом не допущено нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе.

Дополнительно ООО «Скартел» информирует, что в связи с поступлением запроса по обращению <...>, Партнером заблокирована возможность направления данному абоненту сообщений от отправителя «SUSHKOF» Клиентами Партнера.

ООО «Скартел» сообщило, что в соответствии с заявлением о перенесении абонентского номера +7 <...> <...> выразил волеизъявление на осуществление переноса указанного абонентского номера в сеть Оператора ООО «Скартел» (SIM-карта 0206511515) из сети Оператора ПАО «МегаФон».

Договор оказания услуг связи между абонентом-физическим лицом и ООО «Скартел» заключается путем подписания Клиентом электронного документа (текста Условий оказания услуг связи ООО «Скартел») с использованием электронной подписи. В договоре оказания услуг связи с ООО «Скартел» от 12.01.2017 указан временный (рандомный) номер, выделяемый абоненту на период перенесения номера в сеть оператора - реципиента (+7<...>), при этом ICCID SIM карты соответствует указанному в заявлении на перенос номера (0206511515).

Также ООО «Скартел» сообщило следующую информацию: в дополнение к письменным пояснениям (исх. № 5/17-LAG-Нсх-00041/17 от 13.06.2017) Общество сообщает, что рассылка смс-сообщения абоненту <...> была произведена ООО «Весёлые энтузиасты». В связи с Определением об отложении рассмотрения дела № 46 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе представлены пояснения ООО «Весёлые энтузиасты» об ошибочном направлении в адрес абонента <...> (8<...>) сообщения, указанного в Определении. ООО «Весёлые Энтузиасты» допущена ошибка в номере 8<...> (опечатка в цифре). Соответственно, сообщение данному абоненту направлено ошибочно.

АО «МегаЛабс» в письменном объяснении (вх. № 01-14409 от 08.08.2017) сообщило следующее:

Рассылка указанного в Определении сообщения осуществлялась ООО «ОСК» в рамках Договора от 01.07.2016 № ДМИ-ОСК-01072016 (далее - Договор), по которому Общество оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов (далее - РИМ) Клиентов ООО «ОСК».

Согласно условиям Договора, ООО «ОСК» обязуется получить согласие абонентов, среди которых предполагается осуществить распространение РИМ и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов, у которых такое согласие было получено (п.4.8. Договора).

В рамках Договора Клиент ООО «ОСК» самостоятельно определяет желаемое имя отправителя, текст предполагаемого к отправке сообщения и осуществляет выбор абонента-получателя в электронной форме с помощью имеющегося у него программного интерфейса.

Общество не осуществляет непосредственного направления абоненту короткого текстового сообщения, а лишь предоставляет доступ к интерфейсу направления рекламно-информационных материалов. Данные действия осуществляет Клиент ООО «ОСК» с использованием сети связи ООО «Скартел».

В рамках заключенного Договора от 20.10.2014 № 14-6900 ООО «Скартел» оказывает Обществу услуги по рассылке СМС-сообщений, сформированных Клиентом ООО «ОСК», указанным Клиентом ООО «ОСК» в интерфейсе абонентам ООО «Скартел». Общество не является оператором подвижной радиотелефонной связи и не владеет оборудованием, позволяющим в рамках действующего законодательства направлять короткие текстовые сообщения абонентам.

Технологически направление сообщения происходит с использованием аппаратно-программного комплекса ООО «ОСК», подключенного к специальной платформе ООО «Скартел», которая в свою очередь соединена с СМС-Центром ООО

«Скартел», с которого абонент получил указанное в Определении сообщение. Никакого отдельного дополнительного оборудования Общества в данном процессе не задействовано. То есть технически Общество не имеет доступа к сети электросвязи и не участвует в процессе формирования и направления рекламных сообщений и не оказывает в рамках данных отношений услуг связи.

АО «МегаЛабс» утверждает, что Общество не может быть признано рекламодателем по сетям электросвязи в смысле ст.18 ФЗ «О рекламе» в связи с тем, что Общество не является субъектом указанной нормы, оно не обязано получать согласие абонента, при этом в договоре с ООО «ОСК» такая обязанность установлена именно в отношении ООО «ОСК» как лица, непосредственно либо с привлечением третьих лиц формирующего текст рекламного сообщения.

Далее АО «МегаЛабс» поясняет, что согласно условиям Договора Общество предоставляет доступ к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов и не имеет технологической возможности осуществлять премодерацию (в том числе предварительное получение согласий абонентов) от своих контрагентов, поскольку текст сообщения и выбор адресата производится самостоятельно на стороне партнера (п. 7.11 Договора). В связи с этим обязанность по получению согласия абонента возлагается по договору на ООО «ОСК».

Ст. 18 ФЗ «О рекламе» установлены требования по отношению к рекламодателю, осуществляющему распространение рекламы посредством сетей электросвязи, то есть для целей рассылки СМС-сообщений рекламного характера по сетям подвижной электросвязи, такой рекламодатель должен обладать технологическим доступом к сети электросвязи. Рассылка, указанная в Определении, была инициирована ООО «ОСК», сформировавшим текст СМС-сообщения и выбравшим в качестве получателя указанного в Определении абонента, то есть осуществившим волевые действия по рассылке сообщения по сетям электросвязи. Общество лишь предоставило ООО «ОСК» доступ к интерфейсу для направления сформированного Клиентом ООО «ОСК» текста ООО «Скартел», не являясь при этом ни инициатором отправки сообщения, ни конечным отправителем.

Таким образом, по мнению Общества, рекламодателем по сетям электросвязи в рамках данной схемы правоотношений является Клиент ООО «ОСК», чьи целенаправленные действия повлекли направление СМС-сообщения и его получение абонентом. Клиентская база получателей СМС-сообщений формируется на стороне Клиента ООО «ОСК».

АО «МегаЛабс» сообщает, что в рамках претензионной работы ООО «ОСК» предоставило пояснительное письмо от ООО «Веселые энтузиасты» (ИНН 6678044750). Идентификатор «Sushkof» не является абонентским номером, а является именем отправителя, которое Клиент ООО «ОСК» самостоятельно указывает при формировании текста сообщения.

На основании изложенного нарушений ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» в действиях АО «МегаЛабс», по мнению Общества, не имеется.

Предоставить сведения о периоде распространения рекламы в адрес заявителя возможно, ввиду отсутствия у Общества указанной информации. Указанные сведения могут быть запрошены у рекламодателя (ООО «ОСК»).

На заседании Комиссии 10.08.2017 представитель АО «МегаЛабс» сообщил, что Общество не признает себя рекламодателем, рассылку абоненту производило непосредственно ООО «Веселые энтузиасты».

Комиссия, рассмотрев материалы дела и заслушав мнения сторон, пришла 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).

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 01.03.2017 в 19-31 на выделенный <...> ООО «Скартел» абонентский номер +7<...> сети подвижной радиотелефонной связи поступило текстовое сообщение с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации («Sushkof»), согласие на получение которого заявитель не давал.

Содержание поступившего смс-сообщения следующее: *«Александр, мы очень скучаем по Вам и дарим скидку 30% на все меню по промокоду RT0525. Воспользуйтесь до 06.03. Сайт www.eda1.ru тел.333-000.Отписаться от смс: www.eda1.ru/otpiska».*

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования – лицу, осуществляющему деятельность по продаже продуктов питания, контактная информация которого (номер телефона и сайт в сети Интернет), приведены в тексте смс-сообщения, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемое рекламное смс-сообщение подпадает под понятие «рассылка», поскольку соответствует определению «рассылка», изложенному в п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи» - является автоматической передачей абоненту короткого текстового сообщения (сообщения, состоящего из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации – смс-сообщение было передано абоненту <...> с короткого номера – «Sushkof».

Факт поступления рассматриваемого рекламного смс-сообщения абоненту <...> на номер +7<...> с короткого номера «Sushkof» 01.03.2017 в 17-31 по московскому времени подтверждается детализацией состоявшихся соединений за 01.03.2017, представленной в материалы дела ООО «Скартел».

Таким образом, полученное абонентом сети подвижной радиотелефонной связи короткое текстовое сообщение посредством рассылки является 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 зонowego 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).

Оператором связи <...> является ООО «Скартел», с которым заявитель заключил 12.01.2017 договор на оказание услуг связи.

Довод ООО «Скартел» о том, что Обществом было получено согласие на распространение заявителю рекламной информации, поскольку договор на оказание услуг связи содержит п.5.5, Комиссия отклоняет.

Согласно п.5.5. договора на оказание услуг связи, заключенного между <...> и ООО «Скартел», подписывая договор, клиент соглашается на весь срок его действия ***на получение рассылок и рекламы*** товаров, работ, услуг ***оператора и третьих лиц*** при использовании услуг, на использование сведений о клиенте с целью продвижения товаров и услуг оператора и третьих лиц, в т.ч. путем прямых контактов с клиентом с помощью средств связи, а также на получение рекламы и рассылок на абонентские номера и электронную почту, указанные клиентом при заключении (исполнении) договора. Клиент может отказаться от вышеуказанных действий путем подачи оператору письменного уведомления в ТПиО.

ООО «Скартел» с клиентами, в том числе, с физическими лицами заключает договор об оказании услуг связи. Указанный договор является публичным, все условия данного договора одинаковы для всех клиентов, ставших абонентами ООО «Скартел».

Неотъемлемой частью договора на предоставление услуг сотовой радиотелефонной связи в сети оператора является пункт 5.5. данного Договора.

В соответствии с п.1 ст.426 ГК РФ, публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к

ней обратиться (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.).

Коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами.

Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей (п.2 ст.426 ГК РФ).

Согласно ч.1 ст.45 ФЗ «О связи», договор об оказании услуг связи, заключаемый с гражданами, является публичным договором. Условия такого договора должны соответствовать правилам оказания услуг связи.

При не совершении абонентом действий (предусмотрены также пунктом 5.5. Договора), направленных на отказ от получения рекламы, согласие абонента на получение рекламной информации ООО «Скартел» автоматически презюмируется на основании п.5.5. вышеуказанного Договора.

Таким образом, при подписании абонентом договора на предоставление услуг сотовой радиотелефонной связи ООО «Скартел» фактически подменяет право абонента на получение рекламы (и свою обязанность получения согласия абонента) на обязанность получения абонентом рекламы (и свое право на распространение рекламы), что не может служить надлежащим получением согласия абонента на получение рекламы.

В соответствии с п. 1 ст. 428 ГК РФ договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Таким образом, Договор на предоставление услуг связи является договором присоединения, которым оператором связи определены условия (в том числе, п. 5.5. Договора Оператором, в том числе, определено, что, подписывая договор, клиент соглашается на весь срок его действия **на получение рассылок и рекламы** товаров, работ, услуг **оператора и третьих лиц** при использовании услуг, на использование сведений о клиенте с целью продвижения товаров и услуг оператора и третьих лиц, в т.ч. путем прямых контактов с клиентом с помощью средств связи, а также на получение рекламы и рассылок на абонентские номера и электронную почту, указанные клиентом при заключении (исполнении) договора.), вместе с тем в указанном Договоре отсутствует волеизъявление абонента на получение такой информации.

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

Таким образом, предоставление рекламы в указанном случае является формой навязывания информации, на получение которой абонент не согласен.

Таким образом, Комиссия полагает, что наличие пункта 5.5. в договоре на оказание услуг связи не только не предоставляет права иным (третьим) лицам помимо оператора связи, с которым заключается договор, направлять абоненту на его абонентский номер рекламу, о чем указало в своих пояснениях ООО «Скартел», трактуя п.5.5 договора в искаженном виде, но и не предоставляет такого права самому оператору, который, включая в текст договора на оказание услуг связи п.5.5. подменяет право абонента на получение рекламы на его обязанность по ее получению, лишая абонента возможности отдельно выразить свое согласие либо несогласие на получение рекламы непосредственно при подписании договора. Между тем, согласие на получение абонентом рекламы должно быть явно выраженным и свидетельствовать о действительной воле абонента на осуществление оператором тех или иных действий. О действительном волеизъявлении может свидетельствовать ответ абонента на вопрос «Согласны ли вы на получение рекламы посредством телефонной связи?» путем проставления отметки в нужной графе. Фактически же абонент свое согласие на получение рекламы не выразил, поскольку договор на оказание услуг связи содержал заранее внесенный пункт о том, что подписание договора означает выражение такого согласия. Данная позиция Комиссии основана на судебной практике и нашла свое отражение, в том числе, в Решении Арбитражного суда Свердловской области от 23.12.2013 по делу №А60-39442/2013.

Оператор связи ООО «Скартел» сообщило (вх.№01-10385 от 14.06.2017), что указанная смс-реклама была распространена в рамках Договора №14-6900 от 20.10.2014, заключенного между ООО «Скартел» (Оператор) и ЗАО «МегаЛабс» (Партнер).

Анализ вышеуказанного договора позволяет сделать вывод о том, что он **по своей природе** является договором на оказание оператором подвижной радиотелефонной связи (ООО «Скартел») услуг по осуществлению рассылки заказчику рассылки (АО «МегаЛабс») абонентам оператора связи.

Согласно п.2 «Предмет договоренностей» вышеуказанного договора Оператор обязуется по заявкам Партнера оказывать Партнеру ***услуги по предоставлению доступа к Интерфейсу для целей размещения мобильной рекламы*** и/или информационных материалов по базе клиента среди абонентов с помощью каналов коммуникации.

Мобильная реклама - информация, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, распространяемая в сети связи Оператора посредством отправки сообщений Абонентам, USSD/SMS-аттачей или иным способом, согласованном Сторонами (п.1 «Термины и определения» вышеуказанного договора).

Таким образом, заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламораспространителем является АО «МегаЛабс», инициировавшее рассылку коротких текстовых сообщений рекламного характера абонентам ООО «Скартел» 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.

Довод оператора связи ООО «Скартел» о том, что его конечным заказчиком является ООО «ОСК», заключившее договор с его партнером АО «МегаЛабс» №ДМИ-ОСК-01072016 от 01.07.2016, предметом которого являются услуги по размещению посредством каналов коммуникации РИМ заказчика среди абонентов по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса, а также довод АО «МегаЛабс» о том, что заказчиком рассылки является ООО «ОСК», осуществившее рассылку на основании вышеуказанного договора, признан Комиссией несостоятельным, поскольку у оператора связи ООО «Скартел» отсутствует договор на оказание услуг по осуществлению рассылки с ООО «ОСК», при этом оператор связи ООО «Скартел» не является стороной по договору №ДМИ-ОСК-01072016 от 01.07.2016.

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 Договора №ДМИ-ОСК -01072016 от 01.07.2016, заключенного между АО «МегаЛабс» и ООО «ОСК», 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.

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что заказчиком рассылки, направившим рассматриваемые рекламные смс-сообщения на абонентский номер заявителя, является именно АО «МегаЛабс», которое заключило с оператором связи абонента <...> ООО «Скартел» договор, являющийся по своей правовой природе договором на оказание услуг по осуществлению рассылки. При этом, АО «МегаЛабс» не представило каких-либо доказательств того, что располагает согласием абонента <...> (абонент ООО «Скартел» с 12.01.2017) на получение указанной рекламы на его абонентский номер. В представленном ООО «Скартел» (вх.№01-10385 от 14.06.2017) в материалы дела письме ООО «Весёлые энтузиасты» (исх.№35 от 14.06.2017) в адрес ООО «Лоджик Телеком» указано, что в номере 8<...> была допущена опечатка в цифре, общество не хотело отправлять данному абоненту сообщение, приносит свои извинения и впредь обязуется более тщательно проверять данные перед см-рассылкой.

Комиссия отмечает, что наличие п.3.9. в Договоре №ДМИ-ОСК -01072016 от 01.07.2016, заключенном между ООО «ОСК» (Заказчик) и АО «МегаЛабс» (Исполнитель), согласно которому Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, является поводом для подачи регрессного иска к партнеру, не выполнившему условия договора, не освобождая при этом АО «МегаЛабс» от ответственности за рекламную рассылку при отсутствии согласия абонента.

АО «МегаЛабс», не получив предварительного согласия абонента <...> на распространение смс-рекламы на принадлежащий ему номер телефона +7<...>, распространило, таким образом, рекламные смс-сообщения с нарушением ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» - при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

АО «МегаЛабс» представило в материалы дела доказательства блокировки абонента ««Sushkof»» для направления сообщений на абонентский номер <...> +7<...>, в связи с чем, отсутствует 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 *«Александр, мы очень скучаем по Вам и дарим скидку 30% на все меню по промокоду RT0525. Воспользуйтесь до 06.03. Сайт www.eda1.ru тел.333-000.Отписаться от смс: [www.eda1.ru /otpiska](http://www.eda1.ru/otpiska)»*, распространенную 01.03.2017 в 19-31 на абонентский номер +7<...>, ненадлежащей, нарушающей требование ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», что выразилось в рассылке смс-сообщения рекламного характера без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Предписание о прекращении распространения ненадлежащей рекламы не выдавать.

3. Законному представителю АО «МегаЛабс» (ИНН 7713556058, КПП 770701001, юр. адрес: 127006, г. Москва, переулок Оружейный, дом 41, офис 157, 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) **«03» октября 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.

4. 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) **«03» 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.

5. Генеральному директору АО «МегаЛабс» <...> в срок до **26 сентября 2017 г.** представить в Управление следующие сведения и документы:

- копию паспорта;
- копию документа о назначении на должность;
- копию документа, подтверждающего, что <...> являлся на момент распространения ненадлежащей рекламы 01.03.2107 генеральным директором АО «МегаЛабс».

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

Председатель комиссии <...>

Члены комиссии <...>

<...>