



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

РЕШЕНИЕ по делу № 106

Решение в полном объеме изготовлено 26.12.2017

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,

<...> – начальник отдела контроля органов власти, член Комиссии,

<...> – специалист 1 разряда отдела контроля органов власти, член Комиссии,
в отсутствие:

заявителя – физического лица (не явилось, нет сведений об извещении);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

- ООО «Лоджик Телеком» (не явилось, согласно почтовому уведомлению о вручении, почтовое отправление № 62007717073099 было вручено 04.12.2017),

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 № 106, возбужденное по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по факту распространения 25.10.2017 и 27.10.2017 рекламной информации посредством смс-рассылки без согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 106 по признакам нарушения рекламного законодательства было возбуждено в отношении ООО «Лоджик Телеком» Определением от 23.11.2017 по итогам рассмотрения заявлений <...> (вх. № 01-19271 от 26.11.2017, № 01-19443 от 30.10.2017), и назначено к рассмотрению на 21.12.2017 09 час. 30 мин.

В ходе рассмотрения дела установлено следующее.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступили заявления <...> (вх. № 01-19271 от 26.11.2017, № 01-19443 от 30.10.2017), с жалобой на поступление 25.10.2017 в 14:00 и 27.10.2017 в 16:00 на его абонентский номер +7912626... с короткого номера «Grinvich» через SMS-центр +79037011111 следующих рекламных смс-сообщений:

25.10.2017 в 14:00 «Не пропусти Ночь распродаж в Гринвиче 27 октября до 00:00. Sale от 20 %»;

27.10.2017 в 16:00 «Не опоздай! Ночь распродаж в Гринвиче сегодня до 00:00! Участвуют 200 магазинов!», согласие на получение которых заявитель не давал.

Как указал заявитель, он является абонентом ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» в письменных объяснениях (вх. № 01-20602 от 14.11.2017, № 01-20627 от 14.2017) на запрос Управления (исх. № 17021 от 01.11.2017, № 17098 от 02.11.2017) сообщило следующее.

Общество провело проверку по выявлению отправителей сообщений, по результатам которой установлено, что отправителем сообщений на абонентский номер 912626... 25.10.2017 г. в 14:00, 27.10.2017 г. в 16:00 от отправителя «Grinvich» (рекламораспространителем) является Общество с ограниченной ответственностью «Лоджик Телеком» (ОГРН 1097746715934, ИНН 7735564052, адрес: 124498, Москва, г. Зеленоград, Георгиевский проспект, д. 5).

Между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Лоджик Телеком» заключён Договор об оказании услуг связи Билайн № 557897490 от 01.05.2015, а также Дополнительное соглашение № 4 от 01.10.2017 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, 5.1) Абонент (ООО «Лоджик Телеком») осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили Абоненту и/или партнёрам Абонента своё согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путём 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 функцию приёма/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».

ООО «Лоджик Телеком» в письменных объяснениях (вх. № 01-22628 от 12.12.2017) сообщило следующее.

ООО «Лоджик Телеком» полагает, что согласно ст. 3 Закона о рекламе, «рекламораспространителем» является то лицо, которое «осуществляет распространение» (рекламы), то есть - выполняет некие активные и умышленные действия, результатом которых должно быть получение абонентом несогласованной с ним рекламы, и при этом «рекламораспространитель» предвидит такой результат и желает его наступления.

Также, согласно ст. 3 Закона о рекламе, 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.

Таким образом, рекламораспространителем фактически является лицо, непосредственно заинтересованное в привлечении внимания к объекту рекламирования, его продвижении на рынке, а также в формировании или поддержании интереса к объекту рекламирования, коим, по мнению ООО «Лоджик Телеком», оно не является и категорически не может являться.

В Постатейном комментарии к федеральному закону от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», размещенном на официальном сайте Федеральной антимонопольной службы, в комментариях к ст. 18 указано: «... При этом в комментируемой части закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи, не осуществляет непосредственно распространение рекламы и рекламодателем не является».

ООО «Лоджик Телеком» считает, что на основании договоров (контрактов) со своими контрагентами отнюдь не «осуществляет распространение» (как формулируется в п. 7 ст. 3 Закона о рекламе) рекламных сообщений по сетям электросвязи, а всего лишь «пассивно» предоставляет своим контрагентам доступ к своему программно-аппаратному комплексу для автоматической трансляции сообщений оператору связи, без оценки ООО «Лоджик Телеком» их смыслового содержания.

В результате, сообщения, формируемые контрагентами, направляются ими через программно-аппаратный комплекс ООО «Лоджик Телеком» в сети других операторов, где они, в свою очередь, доставляют сообщения своим абонентам (адресатам).

Программный комплекс ООО «Лоджик Телеком» предназначен для обработки трафика смс-сообщений, которые различные физические и юридические лица, заключающие с ООО «Лоджик Телеком» контракт/договор о сотрудничестве, направляют абонентам. Данные абоненты являются клиентами, сотрудниками, партнерами или иным способом связанные с клиентами ООО «Лоджик Телеком» лицами.

Программный комплекс ООО «Лоджик Телеком» позволяет:

- загружать в систему базы данных абонентов;
- сортировать и дополнять такие базы;
- создавать тексты SMS сообщений;
- рассылать такие тексты по загруженным базам в онлайн режиме или с использованием планировщика рассылок (который позволяет делать отложенные рассылки) с использованием SMS шлюзов операторов.

Как следует из технической схемы взаимодействия «оператора связи» (в данном случае – ПАО «ВымпелКом»), «агрегатора» (в данном случае – ООО «Лоджик Телеком») и «рекламопроизводителя» – непосредственного формирователя-отправителя рекламного сообщения, - при реализации такого рекламодателя функции ООО «Лоджик Телеком» ограничиваются и исчерпываются обеспечением технической «проницаемости» для смс-сообщений на своём ограниченном участке из полного маршрута прохождения смс от его отправителя до получателя.

В соответствии с запросом Свердловского УФАС России, ООО «Лоджик Телеком» предоставлены записи (выкопировки), свидетельствующие о прохождении указанных смс-сообщений через систему, принадлежащую ООО «Лоджик Телеком».

```
1) CNR ID ID CREATED DATE SYS TARGET SENDER TEXT SMS COUNT
STATUS MCC MNC SMSFINALSTCTIME
```

```
36580 27.10.2017 14:00:10 7912626.... Grinvich Не опоздай! Ночь Распродаж в
Гринвиче сегодня до 00:00! Участвуют 200 магазинов! 2 DELIVERED
```

На основе предоставленных данных из системы, принадлежащей ООО «Лоджик Телеком», следует, что отправителем (рекламопроизводителем) смс-сообщения является контрагент под учетным номером 36580 - ООО «Фудтрейд» действующий на основании контракта.

Схематично «дерево» контрагентов выглядит так:

10000. Лоджик Телеком

36580. Фудтрейд

2) CNR ID ID CREATED DATE SYS TARGET SENDER TEXT SMS COUNT
STATUS MCC MNC SMSFINALSTCTIME

38182 25.10.2017 12:00:13 7912626.... Grinvich Не пропусти Ночь Распродаж в
Гринвиче 27 октября до 00:00.,Sale от 20%! 2 DELIVERED

На основе предоставленных данных из системы, принадлежащей ООО «Лоджик Телеком», следует, что отправителем (рекламопроизводителем) смс-сообщения является контрагент под учетным номером 38182 - ООО «Пассаж-Премьер» действующий на основании контракта.

Схематично «дерево» контрагентов выглядит так:

10001. Лоджик Телеком

38182. Пассаж-Премьер

На основании вышеизложенного, исходя из буквального толкования положений ст. 3 Закона о рекламе и фактических обстоятельств настоящего дела, рекламодателем, т.е. лицом, заинтересованным в привлечении внимания к объекту рекламирования, его продвижении на рынке, а также в формировании или поддержании интереса к объекту рекламирования, по мнению ООО «Лоджик Телеком», являются - ООО «Фудтрейд» и ООО «Пассаж-Премьер».

В соответствии с п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. ООО «Лоджик Телеком» считает, что осуществляя предпринимательскую деятельность ООО «Фудтрейд» и ООО «Пассаж-Премьер» должны были предполагать возможность наступления негативных последствий, вызванных отсутствием должного контроля за своей деятельностью, в том числе в части получения необходимых для распространения рекламы разрешений.

ООО «Лоджик Телеком» были представлены копии писем от ООО «Фудтрейд» и ООО «Пассаж Премьер».

ООО «Фудтрейд» (ИНН 6679020551, юр. адрес: 620085, Свердловская область, г. Екатеринбург, ул. Дорожная, 15, помещение 9) в письме от 05.12.2017, адресованном ООО «Лоджик Телеком» сообщило следующее:

ООО «Фудтрейд» сообщает, что по номеру телефона (7912626....) зарегистрирован владелец Гринкарты - <...> (далее - Абонент). Вся информация, касающаяся регистрации указанного Абонента на сайте passage-cinema.ru, а также получения его согласия на обработку персональных данных (далее - Согласие), направлялась ООО «Лоджик Телеком» официальным сообщением от 22.11.2017.

Согласно п. 3.3.2. политики защиты и обработки персональных данных, размещенной на сайте passage-cinema.ru в цели операторов по обработке персональных данных, помимо прочего, входит связь с пользователем посредством СМС сообщений, в том числе направление рекламной информации и уведомлений.

Давая согласие на обработку персональных данных всем пользователям сайта предоставлен для ознакомления документ «Согласие посетителя сайта на обработку персональных данных» в п. 2 которого пользователь дает согласие оператору обрабатывать свои персональные данные бессрочно, помимо прочего, в целях связи с пользователем посредством СМС сообщений, в том числе направление рекламной информации и уведомлений.

По настоящее время Абонентом Согласие отозвано не было. Порядок отзыва Согласия указан в тексте документа Согласия на обработку персональных данных, представленного на сайте passage-cinema.ru для ознакомления пользователями при заполнении формы с указанием своих персональных данных.

В связи с этим все рассылки, которые осуществляет ООО «ФУДТРЕЙД», в т.ч. рассылка от 25.10.2017, направляются всем абонентам, предоставившим Согласие и не отозвавшим его, в их числе указанный Абонент.

ООО «Пассаж-Премьер» в письменных объяснениях от 27.11.2017, адресованных ООО «Лоджик Телеком», сообщило следующее:

«Сообщаем, что по указанному номеру телефона (7912626....) зарегистрирован владелец Гринкарты – <...>.

Иван самостоятельно произвел регистрацию карты на сайте Пассаж Синема passage-cinema.ru.

В том числе пользователем было заполнено поле с указанием номера телефона для отправки смс-уведомлений и дано согласие на обработку персональных данных.

Обращение от владельца Гринкарты с просьбой удалить его из рассылки уведомлений в наш адрес не поступало.

ООО «Пассаж-Премьер» предоставило ООО «Лоджик Телеком» выписку с сервера базы данных держателей Гринкарты, скрин с раздела сайта Пассаж-Синема с внесением данных номера сотового телефона держателя, а также скрин раздела сайта с политикой обработки персональных данных».

Согласно копии выписки с сервера базы данных держателей Гринкарты, предоставленной ООО «Лоджик-телеком» (вх. № 22628 от 12.12.2017) номер телефона +7(912)626-...-... имеется в списке держателей Гринкарты со следующими данными: <...>.

ООО «Пассаж-Премьер» (ИНН 6679076145, юр. адрес: 620144, Свердловская область, г. Екатеринбург, ул. 8 Марта, д. 188) в письме 07.12.2017, адресованном ООО «Лоджик Телеком» сообщило, что по номеру телефона (7912626....) зарегистрирован владелец Гринкарты - <...> (далее - Абонент). Вся информация, касающаяся регистрации указанного Абонента на сайте passage-cinema.ru, а также получения его согласия на обработку персональных данных (далее - Согласие), направлялась ООО «Лоджик Телеком» официальным сообщением от 27.11.2017.

Согласно п. 3.3.2. политики защиты и обработки персональных данных, размещенной на сайте passage-cinema.ru в цели операторов по обработке персональных данных, помимо прочего, входит связь с пользователем посредством СМС сообщений, в том числе направление рекламной информации и уведомлений.

Давая согласие на обработку персональных данных всем пользователям сайта предоставлен для ознакомления документ «Согласие посетителя сайта на обработку персональных данных» в п. 2 которого пользователь дает согласие оператору обрабатывать свои персональные данные бессрочно, помимо прочего, в целях связи с пользователем посредством СМС сообщений, в том числе направление рекламной информации и уведомлений.

По настоящее время Абонентом Согласие отозвано не было. Порядок отзыва Согласия указан в тексте документа Согласия на обработку персональных данных, представленного на сайте passage-cinema.ru для ознакомления пользователями при заполнении формы с указанием своих персональных данных.

В связи с этим все рассылки, которые осуществляет ООО «Пассаж-Премьер», в т.ч. рассылка от 17.10.2017, направляются всем абонентам, предоставившим Согласие и не отозвавшим его, в их числе указанный Абонент.

Дополнительно ООО «Лоджик Телеком» сообщило, что самостоятельно (по собственной инициативе) никогда не формировало, не осуществляло и не осуществляет рассылку смс-сообщений в настоящее время. По требованию Свердловского УФАС России номер +7-912-626-..... внесен в черный список.

По мнению ООО «Лоджик Телеком», Общество не является в данном случае «рекламораспространителем», и не может нести административную ответственность за нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, и, соответственно, является «ненадлежащим» лицом, в отношении которого может быть возбуждено дело об административном правонарушении.

ООО «Лоджик Телеком» на рассмотрение дела не явилось, при этом представило следующее ходатайство (вх. № 22628 от 12.12.2017):

«ООО «Лоджик Телеком» заявило следующие ходатайства:

1. Привлечь в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «Фудтрейд» (ИНН 6679020551, зарегистрированное по адресу: 620085, г. Екатеринбург, ул. Дорожная, д. 15, помещение 9) и ООО «Пассаж-Премьер», (ИНН 6679076145, зарегистрированное по адресу: 620144, г. Екатеринбург, ул. 8 марта, д. 188), которое было оставлено без удовлетворения.

2. В соответствии со ст. 32 и 24 Правил - признать ООО «Лоджик Телеком» «ненадлежащим» лицом, в отношении которого возбуждено № 106 и вывести ООО «Лоджик Телеком» из состава лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, которое было оставлено без удовлетворения.

3. В соответствии со статьей 33 Правил - рассмотреть дело № 106 21 декабря 2017 года в отсутствие представителя ООО «Лоджик Телеком», на основании имеющихся материалов дела, и направить ООО «Лоджик Телеком» постановленные по делам решения в установленном порядке».

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

Целями 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 Закона о рекламе). Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются (п. 1. ст. 3 Закона о рекламе).

Ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (п. 4 ст. 3 Закона о рекламе).

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 и ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – рассылка) – 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.

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 (ч. 1 ст. 44.1).

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 (ч. 2 ст. 44.1).

Рассылка, осуществляемая с нарушением требований Закона 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 (ч. 3 ст. 44.1).

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).

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

Указанные смс-сообщения были распространены ООО «Лоджик Телеком» с номера «Grinvich», то есть с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации.

Рассматриваемые рекламные смс-сообщения подпадают под понятие «рассылка», поскольку соответствуют определению «рассылка», изложенному в п.22.1 ст. 2 Закона о связи – является передачей абоненту короткого текстового сообщения с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации – смс-сообщения были переданы заявителю <...> с короткого номера – Grinvich.

Факт поступления рассматриваемых рекламных смс-сообщений абоненту <...> на его абонентский номер +7 912-626-... с короткого номера «Grinvich» 25.10.2017 в 14:00, а также 27.10.2017 в 16:00 подтверждается детализациями состоявшихся соединений за 25.10.2017 и 27.10.2017, 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 Закона о рекламе, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Закона о 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.

Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе).

Рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п. 7 ст. 3 Закона о рекламе).

При этом, согласно ч. 1 ст. 18 Закона 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 Закона 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.

В силу ч. 1 ст. 46 Закона о связи, оператор связи обязан прекратить оказание услуг по пропуску по своей сети трафика, содержащего осуществляемую с нарушением требований Закона о связи рассылку.

П. 34 ст. 2 Закона 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 зонového завершения вызова на сеть оператора связи, представляющая собой деятельность, направленную на обеспечение пропуски трафика от точки присоединения к сети оператора связи к пользовательскому (оконечному) оборудованию, подключенному к сети связи того же оператора подвижной радиотелефонной связи.

Следовательно, 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).

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 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 Закона о связи).

Рассылка, осуществляемая с нарушением требований Закона о связи, является незаконной (ч. 3 ст. 44.1 Закона 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 28.06.2014 договор № 518065895 об оказании услуг связи «Билайн».

Оператор связи ПАО «ВымпелКом» сообщил, что указанная смс-реклама была распространена в рамках Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 557897490 от 01.05.2015, а также Дополнительного соглашения № 4 от 01.10.2017 к указанному договору, заключенных между ПАО «ВымпелКом» (Оператор) и ООО «Лоджик Телеком» (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 «Лоджик Телеком») 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 и дополнительные услуги, оказываемые в

сети подвижной связи, телематические услуги связи, услуги в сети передачи данных, оказываемые Оператором Абоненту в соответствии с Правилами оказания соответствующего вида Услуг и условиями выданных лицензий.

Согласно п. 1.1. Дополнительного соглашения № 4 от 01.10.2017 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» № 557897490 от 01.05.2015 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 № 4 от 01.10.2017).

Согласно п. 1.5 Дополнительного соглашения № 4 от 01.10.2017, 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 «Лоджик Телеком», инициировавшее рассылку коротких текстовых сообщений рекламного характера абонентам ПАО «ВымпелКом» посредством заключения договора на оказание услуг по осуществлению рассылки с оператором связи.

ООО «Лоджик телеком» в письменных объяснениях (вх. № 01-22628 от 12.12.2017) сообщил, что отправителями (рекламопроизводителями) вышеуказанных смс-сообщений являются контрагенты по учетными номерами 36580 – ООО

«Фудтрейд», а также 38182 – ООО «Пассаж-Премьер», действующие на основании контрактов. Не смотря на то, что ООО «Лоджик телеком» указывает, что ООО «Фудтрейд» и ООО «Пассаж-Премьер» действуют на основании контрактов (договоров), в Управлении отсутствуют такие контракты (договоры).

Довод ООО «Лоджик телеком» о том, что исходя из буквального толкования положений ст. 3 Закона о рекламе и фактических обстоятельств дела, *рекламораспространителем*, т.е. лицом, заинтересованным в привлечении внимания к объекту рекламирования, его продвижения на рынке, а также в формировании или поддержании интереса к объекту рекламирования являются ООО «Фудтрейд» и ООО «Пассаж-Премьер», Комиссией отклоняется, поскольку противоречит требованиям ч.2 ст. 44.1 Закона 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.

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

Для признания надлежащим факта получения рекламораспространителем 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 «Лоджик Телеком» представлены копия объяснений ООО «Фудтрейд» и ООО «Пассаж-Премьер», в которых Общества сообщили, что по номеру телефона 8-912-626-...-... в системе зарегистрирован владелец Гринкарты – <...>, который самостоятельно произвел регистрацию карты на сайте Пассаж-кино – www.passage-cinema.ru и им, в том числе, было заполнено поле с указанием номера телефона для отправки смс-уведомлений и дано согласие на обработку персональных данных.

В соответствии с п. 2.1 Согласия посетителя сайта на обработку персональных данных, размещенного на сайте www.passage-cinema.ru, «Оператор может обрабатывать мои персональные данные бессрочно в следующих целях: для связи со мной посредством телефонной связи, СМС рассылки, e-mail сообщений, для оформления и распечатки билетов для посещения киносеанса, для оформления документов, дающих право на участие в акциях, для оформления Гринкарты, в связи с заполнением формы обратной связи на сайте, в том числе направление рекламной информации, уведомлений, запросов и информации, касающихся использования сайтов passage-cinema.ru, grinvich-cinema.com, grinvich-cinema.ru, tcekb.ru, интернет-ресурса, обработки, согласования заказов и их доставки, исполнения соглашений и договоров».

Помимо прочего, в соответствии с п. 1 Согласия посетителя сайта на обработку персональных данных, размещенного на сайте www.passage-cinema.ru, владелец Гринкарты выражает согласие ООО «ВиДи-Киноплекс (ИНН 6679069194, юр. адрес: г. Екатеринбург, ул. Белинского, д. 258-19) и ООО «Пассаж-Премьер» (ИНН 6679076145, юр. адрес: г. Екатеринбург, ул.8 Марта, 188) (далее совместно именуемые - Общество) и их представителям, свое согласие на автоматизированную и неавтоматизированную обработку моих персональных данных, включая сбор, систематизацию, накопление,

хранение, уточнение (обновление, изменение), использование, распространение (в том числе передачу), обезличивание, блокирование, уничтожение следующих моих персональных данных, переданных мною лично на сайтах passage-cinema.ru, grinvich-cinema.com, grinvich-cinema.ru, tcekb.ru (далее именуемые – Сайт, Интернет-ресурс), в т.ч. с использованием интернет-сервисов Google analytics, Яндекс.Метрика». Таким образом, путем регистрации Гринкарты на сайте www.passage-cinema.ru владелец карты выражает свое согласие на обработку персональных данных только ООО «Пассаж-Премьер», при этом не выражая согласия ООО «Фудтрейд». В материалы дела представлен скрин раздела сайта с политикой обработки персональных данных, где владелец Гринкарты при ее регистрации выражает свое согласие на обработку персональных данных ООО «Пассаж-Премьер» и ООО «ВиДи-Киноплекс».

Вместе с тем, ООО «Лоджик Телеком» не представило согласие <...> на получение рекламы посредством совершения последним именно активных действий, в том числе, письменное согласие.

Представленная в материалы дела выписка с сервера базы данных держателей Гринкарты со следующими данными: <...>, сформированная в результате заполнения анкеты для регистрации Гринкарты (с внесением данных номера карты, номера сотового телефона держателя Гринкарты, e-mail, под которыми владелец карты дает свое *согласие на обработку персональных данных*) не является допустимым доказательством выражения <...> согласия на получение смс-рекламы на его абонентский номер, поскольку владелец карты дает свое *согласие на обработку персональных данных*, а не на получение смс-рекламы.

Согласие на обработку персональных данных не может означать явно выраженное желание абонента на получение именно *смс-рекламы*.

Таким образом, имеет место распространение смс-рекламы на номер телефона +7(912) 626-... с нарушением ч.1 ст.18 Закона 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.

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 номера +7912626...., на рассылку ему рекламного смс-сообщения, в Управлении отсутствуют.

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что заказчиком рассылки, направившим рассматриваемые рекламные смс-сообщения на абонентский номер заявителя, является именно ООО «Лоджик Телеком», 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.

Поскольку ООО «Лоджик Телеком» сообщило (вх. №01-22628 от 12.12.2017) о внесении абонентского номера 8-912-626-... в черный список, 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 Закона 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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – 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. 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.

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 п. 1 ст. 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 ч. 2 п. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с п. п. 37 - 43 Правил рассмотрения дел, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу «*Не пропусти Ночь распродаж в Гринвиче 27 октября до 00:00. Sale от 20 %*», распространенную 25.10.2017 в 14:00 и рекламу «*Не опоздай! Ночь распродаж в Гринвиче сегодня до 00:00! Участвуют 200 магазинов!*», распространенную 27.10.2017 в 16:00 на абонентский номер +7 912-626-... с короткого номера «Grinvich», ненадлежащей, нарушающей требование ч. 1 ст. 18 Закона 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 «Лоджик Телеком»** (ОГРН 1097746715934, ИНН 7735564052, юр. адрес: 124498, Москва, г. Зеленоград, Георгиевский проспект, д. 5) надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **«30» января 2018 г. в 11 час. 00 мин.** для составления протокола об административном правонарушении, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность и служебное положение и **в течение трех дней** с момента получения настоящего Решения предоставить в Свердловское УФАС России следующие документы и сведения:

- письменные объяснения по административному правонарушению, предусмотренному ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ;
- копию паспорта;
- документы, подтверждающие служебное положение;
- иные документы и сведения, имеющие значение для рассмотрения дела об административном правонарушении.

4. **Генеральному директору ООО «Лоджик Телеком»** <...> надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **«30» января 2018 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 и **в течение трех дней** с момента получения настоящего Решения предоставить в Свердловское УФАС России следующие документы и сведения:

- письменные объяснения по административному правонарушению, предусмотренному ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ;
- копию паспорта;
- документы, подтверждающие служебное положение;
- иные документы и сведения, имеющие значение для рассмотрения дела об административном правонарушении.

5. **Генеральному директору ООО «Лоджик Телеком»** <...> в срок до 25 января 2018 г. представить в Управление копию паспорта, а также письменные пояснения (с приложением подтверждающих документов: копий должностных инструкций, приказов о приеме на работу, иного) относительно того, является ли генеральный директор либо иное должностное лицо ООО «Лоджик Телеком» субъектом выявленного административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

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

Председатель комиссии

<...>

Члены комиссии

<...>

<...>