



## УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

### РЕШЕНИЕ по делу № 107

Решение в полном объеме изготовлено 06.02.2018

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 «ДЭНИ КОЛЛ» (не явилось, согласно почтовому уведомлению о вручении, почтовое отправление № 62099817541790 было вручено 17.01.2018),

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 № 107, 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 28.10.2017 рекламной информации посредством смс-рассылки без согласия абонента,

### УСТАНОВИЛА:

Дело № 107 по признакам нарушения рекламного законодательства было возбуждено в отношении ООО «ДЭНИ КОЛЛ» Определением от 24.11.2017 по итогам рассмотрения заявления <...> (вх. № 01-19574 от 31.10.2017), перенаправленного из ФАС России, и назначено к рассмотрению на 26.12.2017 в 11 час. 00 мин. Определением от 26.12.2017 отложено на 01.02.2018 в 12 час. 00 мин.

В ходе рассмотрения дела установлено следующее.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило заявление <...> (вх. № 01-19574 от 31.10.2017), перенаправленное из ФАС России (ВХ029970), с жалобой на поступление 28.10.2017 в 10:04 на его абонентский номер +7-912-626-... с короткого номера «TOUS» через SMS-центр +7-903-701-11-11 рекламного смс-сообщения с текстом: «28/10 TOUS празднует свое открытие в Гринвич. Подарки и шампанское!», согласия на получение которых он не давал.

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

**ПАО «ВымпелКом»** в письменных пояснениях (вх. № 01-20847 от 17.11.2017) на запрос Управления (№ 17099 от 02.11.2017) сообщило следующее.

ПАО «ВымпелКом» оказывает услуги связи на основании имеющихся лицензий и в соответствии с установленными требованиями Федерального закона 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 912626.... 28.10.2017 в 10:04 от отправителя «TOUS» (рекламораспространителем) является Общество с ограниченной ответственностью «ДЭНИ КОЛЛ» (ИНН 4345404971, адрес: 610020, г. Киров, ул. Московская, д. 4).

Между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» заключен Договор об оказании услуг связи «Билайн» № 576974438 от 09.11.2015, а также Дополнительное соглашение № 1 от 09.11.2017 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., 5.2.) Абонент (ООО «ДЭНИ КОЛЛ») 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 Закона о рекламе, так как не является рекламораспространителем.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Обязанность получить предварительное согласие абонента возлагается на рекламораспространителя.

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 Закона о рекламе, в совокупности с ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи, рекламораспространителем, 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 по сети подвижной радиотелефонной связи, которую оператор связи обязан обеспечивать в соответствии с требованиями Закона о связи, Постановления Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342 «О порядке оказания услуг телефонной связи», а также лицензионными условиями.

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, по мнению ПАО «ВымпелКом», в действиях Общества отсутствует нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

**ООО «ДЭНИ КОЛЛ»** в письменных объяснениях (вх. № 01-22915 от 18.12.2017) на копию Определения о возбуждении дела № 107 (исх. № 19566 от 28.11.2017) сообщило следующее.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не является заказчиком и рекламодателем рассылки данного сообщения. Между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр» заключен Партнерский договор №102/SMS от 01.10.2016, в соответствии с которым ООО «ДЭНИ КОЛЛ» оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки SMS-сообщений.

Вместе с тем, в соответствии с разъяснениями ФАС России изложенными письме от 28.04.2011 №АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе», поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламодателем не является.

Согласно п. 3.1.2 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» приняла на себя обязательства самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получает от Абонента, на Абонентское устройство которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания Услуги.

В соответствии с п. 4.3 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» самостоятельно формирует SMS-сообщения, инициирует отправку SMS-сообщения и HLR-запросов, производит выбор конкретных настроек и опций оказания Услуги и совершает другие действия в рамках оказания ООО «ДЭНИ КОЛЛ» Услуги по Договору.

Согласно п. 6.3 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» несет полную ответственность за соблюдение законодательства Российской Федерации, в том числе: Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», Федерального закона от 29.12.2010 № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», Федерального закона от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» и Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».

В соответствии с п. 6.4 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» несет полную ответственность за содержание, достоверность, полноту, законность информации в SMS-сообщениях и присваиваемый Адрес отправителя, ООО «СМС-центр» обязуется самостоятельно решать все вопросы, связанные с происхождением и содержанием данной информации.

Вместе с тем, ООО «ДЭНИ КОЛЛ» приложил Анкету, предоставленную ООО «СМС-центр», в которой, по мнению ООО «ДЭНИ КОЛЛ» содержится согласие <...> на рассылку рекламных сообщений посредством e-mail и sms-рассылок.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» на рассмотрение дела 01.02.2018 не явилось, при этом представило ходатайство (вх. № 01-278 от 10.01.2018) о рассмотрении дела № 107 в отсутствие представителя ООО «ДЭНИ КОЛЛ».

**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).

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 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 Закона 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 Закона о 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, 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 Закона о 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).

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.

Материалами дела установлено, что 28.10.2017 в 10:04 на выделенный <...> ПАО «ВымпелКом» абонентский номер 8-912-626-... сети подвижной радиотелефонной связи поступило текстовое сообщение с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации («TOUS»), согласие на получение которых заявитель не давал.

Содержание поступившего sms-сообщения следующее: «28/10 TOUS празднует свое открытие в Гринвич. Подарки и шампанское!».

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования – лицу, осуществляющему деятельность под коммерческим обозначением «TOUS», контактная информация о проводимом им мероприятии (открытие с выдачей подарков и шампанского), информация о котором приведена в тексте sms-сообщения, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемое рекламное sms-сообщение подпадает 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 – sms-сообщение было передано заявителю <...> с короткого номера «TOUS».

Факт поступления рассматриваемого рекламного sms-сообщения абоненту ПАО «ВымпелКом» <...> на его абонентский номер +7 912-626-... с короткого номера «TOUS» 28.10.2017 в 10:04 подтверждается детализацией услуг связи по номеру 912626.... за период 28.10.2017 00:00 - 28.10.2017 23:59, представленной в материалы дела ПАО «ВымпелКом».

Таким образом, полученное абонентом сети подвижной радиотелефонной связи короткое текстовое сообщения посредством рассылки, является 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 зонного 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.

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».

ПАО «ВымпелКом» в письменных объяснениях на Запрос Управления (исх. № 17099 от 02.11.2017) сообщило следующее.

Указанная смс-реклама была распространена в рамках Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 576974438 от 09.11.2015, а также Дополнительного соглашения от 09.11.2015 № 1 на оказание услуги по доступу к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц, к указанному договору, заключенных между ПАО «ВымпелКом» (Оператор) и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (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 «ДЭНИ КОЛЛ») 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, услуги связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации в сети подвижной связи, дополнительные услуги, оказываемые Оператором Абоненту в соответствии с Правилами оказания соответствующего вида Услуг и условиями выданных Оператору лицензий.

Согласно п. 1.1. Дополнительного соглашения № 1 от 09.11.2015 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» № 576974438 от 09.11.2015 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 09.11.2015).

Согласно п. 1.5 Дополнительного соглашения № 1 от 09.11.2015, 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 «ДЭНИ КОЛЛ», инициировавшее рассылку коротких текстовых сообщений рекламного характера абонентам ПАО «ВымпелКом» посредством заключения договора на оказание услуг по осуществлению рассылки с оператором связи.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в письменных объяснениях (вх. № 01-22915 от 18.12.2017) сообщило, что Общество не является заказчиком и рекламодателем рассылки данного сообщения. Между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр» заключен Партнерский договор №102/SMS от 01.10.2016, в соответствии с которым ООО «ДЭНИ КОЛЛ» оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки SMS-сообщений.

Довод ООО «ДЭНИ КОЛЛ» о том, что Общество не является заказчиком и рекламодателем рассылки данного сообщения, Комиссией отклоняется, так как, 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.

При этом, у оператора связи ПАО «ВымпелКом» отсутствует договор на оказание услуг по осуществлению рассылки ООО «СМС-центр», а также оператор связи ПАО «ВымпелКом» не является стороной по Договору №102/SMS от 01.10.2016.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в письменных пояснениях (вх. № 01-22915 от 18.12.2017) указывает следующее: «Между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр» заключен Партнерский договор №102/SMS от 01.10.2016, в соответствии с которым ООО «ДЭНИ

КОЛЛ» оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки SMS-сообщений.

Согласно п. 3.1.2 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» приняла на себя обязательства самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получает от Абонента, на Абонентское устройство которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания Услуги.

В соответствии с п. 4.3 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» самостоятельно формирует SMS-сообщения, инициирует отправку SMS-сообщения и HLR-запросов, производит выбор конкретных настроек и опций оказания Услуг и совершает другие действия в рамках оказания ООО «ДЭНИ КОЛЛ» Услуг по Договору.

Согласно п. 6.3 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» несет полную ответственность за соблюдение законодательства Российской Федерации, в том числе: Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», Федерального закона от 29.12.2010 № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», Федерального закона от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» и Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».

В соответствии с п. 6.4 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» несет полную ответственность за содержание, достоверность, полноту, законность информации в SMS-сообщениях и присваиваемый Адрес отправителя, ООО «СМС-центр» обязуется самостоятельно решать все вопросы, связанные с происхождением и содержанием данной информации».

Согласно п.1 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 (п. 2 ст. 307 ГК РФ).

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 Партнерского договора № 102/SMS от 01.10.2016, заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ», позволяет сделать вывод о том, что ООО «ДЭНИ КОЛЛ» 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 (Закон о связи, Закон о рекламе) и не может быть передана им по договору третьему лицу.

Комиссия отмечает, что наличие п. 3.1.2 в договоре № 102/SMS от 01.10.2016, заключенном между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (Исполнитель) и ООО «СМС-центр» (Заказчик), согласно которому Заказчик обязан самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от Абонента, на Абонентское устройство которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания Услуги (Услуги – действия Исполнителя по предоставлению Заказчику технической возможности отправки на оборудование Оператора и далее на Абонентское устройство Абонентка SMS-сообщений и HLR-запросов), не освобождает ООО «ДЭНИ КОЛЛ» от ответственности за рекламную рассылку при отсутствии согласия абонента.

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что заказчиком рассылки, направившим рассматриваемые рекламные смс-сообщения на абонентский номер заявителя, является именно ООО «ДЭНИ КОЛЛ», 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 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 «ДЭНИ КОЛЛ» не представило согласия абонента на получение рекламы посредством совершения последним именно активных действий, в том числе, письменное согласие.

Представленная в материалы дела анкета клиента ООО «ТитанСофт», заполненная 25.03.2017 якобы <...> (<...>; ...@gmail.com, +7912626....; подпись, дата 25.03.2017; отмечено «да» под словами «Я даю свое согласие на обработку персональных данных, содержащихся в анкете посредством e-mail и sms-рассылок»), в которой в качестве контактного номера указан номер 8-912-626-...-, не является допустимым доказательством выражения <...> согласия на получение смс-рекламы на его абонентский номер, поскольку имеет признаки фальсификации документа.

При этом, данная анкета, выражает согласие на обработку персональных данных, содержащихся в анкете посредством e-mail и sms-рассылок не ООО «ДЭНИ КОЛЛ», а ООО «ТитанСофт».

<...> в письменных пояснениях (вх. № 01-1703 от 01.02.2018) на запрос Управления о предоставлении сведений о том, заполнял ли он Анкету, сообщил, что такую Анкету не заполнял, почерк и подпись в ней ему не принадлежат.

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 +7-912-626-...- <...>, на рассылку ему рекламного смс-сообщения, в Управлении отсутствуют.

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что заказчиком рассылки, направившим рассматриваемое рекламное смс-сообщение на абонентский номер заявителя, является именно ООО «ДЭНИ КОЛЛ», 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.

Материалами дела установлено, что в данный момент рассматриваемая реклама не распространяется, в Управлении отсутствуют сведения о продолжении распространения рекламы, поэтому 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 «28/10 TOUS празднует свое открытие в Гринвич. Подарки и шампанское!», распространенную 28.10.2017 в 10:04 на абонентский номер +7 912-626-... с короткого номера «TOUS», 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 «ДЭНИ КОЛЛ»** (ОГРН 1144345040883, ИНН 4345404971, юр. адрес: 350015, г. Краснодар, ул. Новокузнецкая, д. 67, офис 32/2) надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **«14» марта 2018 г. в 10 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 «ДЭНИ КОЛЛ»** <...> надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **«14» марта 2018 г. в 10 час. 30 мин.** для составления протокола об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность и служебное положение 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 «ДЭНИ КОЛЛ»** <...> в срок до 07 марта 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 «ДЭНИ КОЛЛ» 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

<...>

<...>