



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

РЕШЕНИЕ
по делу № 50

Резолютивная часть оглашена 05.02.2019
В полном объеме изготовлено 18.02.2019

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,

<...> – специалист-эксперт отдела контроля органов власти, член Комиссии,

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

- заявителя – <...> – не явился, сведения о надлежащем извещении отсутствуют,

- лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

рекламораспространителя – АО «МегаЛабс» (ОГРН 1057747083767, ИНН 7713556058, юр. адрес: 127006, г. Москва, переулок Оружейный, д. 41, офис 157) – <...> (доверенность № 79/18 от 03.10.2018),

рекламодателей:

- ООО «Т2 Мобайл» (ОГРН 1137746610088, ИНН 7743895280, юр. адрес: 108811, поселение Московский, г. Москва, километр Киевское шоссе 22-й, домовладение 6, стр. 1, эт. 5 ком. 33) – <...> (доверенность от 14.05.2018),

- ООО «Оптимальный вариант» (ОГРН 1169658061231, ИНН 6682010948, юр. адрес: 624194, Свердловская область, г. Невьянск, ул. Матвеева, д. 22/2, кв. 13) – не явилось, нет сведений об извещении (извещалось, в том числе по электронной почте);

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) и 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, далее – Административный регламент), дело № 50, возбужденное по признакам нарушения ч. 1 ст. 18, чч. 1, 3 ст. 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 50 возбуждено в отношении АО «МегаЛабс» определением от 15.11.2018 на основании сведений, содержащихся в заявлении <...> (вх. № 01-20307 от 21.09.2018), перенаправленном из ФАС России, с жалобой на поступление 20.09.2018 в 12:30 на его

абонентский номер +7(953)383-88-78 рекламного смс-сообщения от адресата: «money13%» следующего содержания: «Вам доступен кредит до 500 т.р. от 12,9% Тел:8-(343)-237-27-95», согласие на получение которого, как указал заявитель, он не давал, с признаками нарушения ч. 1 ст. 18, чч. 1, 3 ст. 28 Закона о рекламе.

Рассмотрение дела определением от 15.11.2018 назначено на 10.12.2018 в 12 час. 00 мин. Определением от 10.12.2018 рассмотрение дела отложено на 17.01.2019 в связи с необходимостью привлечения к участию в деле в качестве рекламодателя ООО «Т2 Мобайл». Определением от 17.01.2019 рассмотрение дела отложено на 31.01.2019 в связи с необходимостью привлечения к участию в деле в качестве рекламодателя ООО «Оптимальный вариант» с объявлением перерыва до 05.02.2019.

При рассмотрении дела установлено следующее.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило заявление <...>, перенаправленное из ФАС России, с жалобой на поступление 20.09.2018 в 12:30 на его абонентский номер +7(953)383-88-78 рекламного смс-сообщения от адресата: «money13%» следующего содержания: «Вам доступен кредит до 500 т.р. от 12,9% Тел:8-(343)-237-27-95», согласие на получение которого заявитель не давал.

Как указал заявитель, он является абонентом ООО «Скартел». Согласно информации, размещенной на официальном сайте ФГУП ЦНИИС, абонентский номер +7(953)383-88-78, на который поступило рекламное смс-сообщение, относится к оператору связи ООО «Скартел».

ООО «Скартел» в письменных пояснениях (вх. № 01-24247 от 09.11.2018) на запрос Управления (исх. №№ 19209 от 19.10.2018, 20554 от 08.11.2018) сообщило, что между ООО «Скартел» (Оператор) и АО «МегаЛабс» (Партнер) заключен договор №14-6900 от 20.10.2014г. 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.

АО «МегаЛабс» в письменных пояснениях (вх. № 01-26098 от 03.12.2018) сообщило следующее.

Рассылка указанного сообщения осуществлялась ООО «СМС Трафик» в рамках Договора №ДМИ-СМСТРФК-01072016 от 01.07.2016 (далее – Договор), по которому Общество оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов (далее – РИМ) Клиентов ООО «СМС Трафик». Согласно условиям Договора ООО «СМС Трафик» 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 (4.8. Договора). В рамках Договора Клиент ООО «СМС Трафик» 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 «СМС Трафик» с использованием сети связи ООО «Скартел». В рамках заключенного договора № 14-6900 от 20.10.2014 ООО «Скартел» оказывает Обществу услуги по рассылке СМС-сообщений, сформированных Клиентом ООО «СМС Трафик», указанным Клиентом ООО «СМС

Трафик» 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 «СМС Трафик», подключенного к специальной платформе ООО «Скартел», которая в свою очередь соединена с смс-центром, используемым 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.

Таким образом, Общество не может быть признано рекламодателем по сетям электросвязи в смысле ст. 18 Закона 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 «СМС Трафик» такая обязанность установлена именно в отношении ООО «СМС Трафик» как лица, непосредственно либо с привлечением третьих лиц формирующего текст рекламного сообщения. Согласно условий 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 «СМС ТРАФИК».

Статьей 18 Закона 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/Запросе, была инициирована ООО «СМС Трафик», сформировавшим текст СМС-сообщения и выбравшим в качестве получателя указанного в Определении/Запросе абонента, то есть осуществившим волевые действия по рассылке сообщения по сетям электросвязи.

Таким образом, по мнению Общества рекламодателем по сетям электросвязи является Клиент ООО «СМС Трафик», чьи целенаправленные действия повлекли направление СМС-сообщения и его получение абонентом. В рамках претензионной работы ООО «СМС Трафик» сообщило, что Клиентом, осуществившим распространение рекламных СМС-сообщений является ООО «Т2 Мобайл».

В ходе претензионной работы ООО «СМС Трафик» сообщило о запросе у ООО «Т2 Мобайл» соответствующего согласия абонента, которое, вместе с тем, до настоящего времени в адрес Общества не поступило и будет представлено дополнительно.

Идентификатор «money13%» не является абонентским номером, а является именем отправителя, которое Клиент ООО «СМС Трафик» самостоятельно указывает при формировании текста сообщения.

ООО «Т2 Мобайл» в письменных пояснениях (вх. № 01-725 от 15.01.2019) сообщило следующее.

Между ООО «Т2 Мобайл» (Оператор) и ООО «Оптимальный вариант» (Абонент) заключен договор об оказании услуг связи.

22.11.2017 абонент ООО «Оптимальный вариант» подключил дополнительную платную услугу «Бизнес-SMS» на используемый в рамках договора об оказании услуг связи абонентский номер +799025008681.

Согласно п. 3.5. Условий использование Услуги Абонентом для отправки SMS означает наличие у Абонента надлежащим образом оформленного согласия Адресата, предусмотренного пунктом 3.4.3 настоящих Условий.

Согласно п. 5.1. Условий оказания услуги «Бизнес-SMS» Абонент обязуется использовать Услугу для передачи информации Адресатам в SMS только после получения от Адресатов предварительного согласия на ее получение в соответствии с пунктом 3.4.3. настоящих Условий.

Направляемые Абонентом Адресатам SMS, содержащие рекламу, должны соответствовать требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе Закона о рекламе. При этом, Абонент подтверждает, что при рассылке Адресатам SMS, содержащих рекламу, Оператор не является рекламодателем, рекламопроизводителем и/или рекламораспространителем как эти термины определены в соответствии с законодательством Российской Федерации (п. 5.2. Условий).

Таким образом, обязательство получения документального подтверждения согласия абонента на получение смс-сообщений возложено на отправителя рекламного смс-сообщения – ООО «Оптимальный вариант».

Согласно п. 5.4 Условий оказания услуги «Бизнес-SMS» Абонент несет ответственность за содержание информации в SMS.

Согласно ст. 23 Конституции Российской Федерации и ст. 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) Общество не может отслеживать содержание передаваемой информации третьим лицам, выполняя лишь техническую функцию передачи смс-сообщения (закрытого пакета информации).

При оказании услуги по передаче коротких текстовых сообщений (смс-сообщений) ООО «Т2 Мобайл» как оператор связи не располагает сведениями о том, какая именно информация (рекламная или личного характера) включена отправителем в смс-сообщение и будет передана получателю.

Оказывая абонентам услуги по передаче смс-сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, оператор связи (ООО «Т2 Мобайл») осуществляет только передачу получателю информации, сформированной отправителем, имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи в соответствии с требованиями действующего законодательства Российской Федерации.

Следовательно, ООО «Т2 Мобайл» осуществляет лишь технологические действия, предоставляя возможность отправлять абоненту смс-сообщения, не влияя на их содержание.

Таким образом, ООО «Т2 Мобайл» указало, что Общество не занимается ни рассылкой (не является рекламораспространителем), ни производством (не является рекламопроизводителем) рекламного смс-сообщения и не является рекламодателем данного смс-сообщения.

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, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Под информацией в ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – Закон об информации) понимаются сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления (п. 1), а под распространением информации – действия, направленные на получение информации неопределенным кругом лиц или передачу информации неопределенному кругу лиц (п. 9). Информация может являться объектом публичных, гражданских и иных правовых отношений. Информация может свободно использоваться любым лицом и передаваться одним лицом другому лицу, если федеральными законами не установлены ограничения доступа к информации либо иные требования к порядку ее предоставления или распространения (ч. 1 ст. 5). На территории Российской Федерации использование информационно-телекоммуникационных сетей осуществляется с соблюдением требований законодательства Российской Федерации в области связи, настоящего Федерального закона и иных нормативных правовых актов Российской Федерации (ч. 1 ст. 15). Запрещается распространение информации, которая направлена на пропаганду войны, разжигание национальной, расовой или религиозной ненависти и вражды, а также иной информации, за распространение которой предусмотрена уголовная или административная ответственность (ч. 6 ст. 10). Законодательством Российской Федерации могут быть установлены виды информации в зависимости от ее содержания или обладателя (ч. 4 ст. 5).

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).

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.

Рассылка по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Рассылка, 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.

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 20.09.2018 в 12:30 на выделенный <...> ООО «Скартел» абонентский номер +7(953)383-88-78 сети подвижной радиотелефонной связи поступило текстовое сообщение с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации («money13%»), согласие на получение которых заявитель не давал.

Содержание поступившего смс-сообщения следующее: «Вам доступен кредит до 500 т.р. от 12,9% Тел: 8-(343)-237-27-95».

В Письме ФАС России от 16.03.2012 №ИА/7867 «О рекламе на дорожных знаках» разъяснено, что к информации, направленной на формирование и поддержание интереса к определенному лицу и его продвижение на рынке относится указание следующей информации о лице:

- наименование юридического лица, индивидуального предпринимателя или название торгового предприятия данного лица (независимо от указания вида деятельности), выполненное с использованием товарных знаков, логотипов или иных индивидуализирующих данное лицо обозначений, цветов,

- контактная информация о лице (почтовый адрес, телефон, адрес сайта, электронной почты и т.п.),

- характеристика, описание лица, его деятельности,

- информация о производимых или реализуемых товарах.

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку не является персонифицированным, направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования – кредиту до 500 т.р. от 12,9% (указан контактный номер телефона 8-(343)-237-27-95).

Рассматриваемое рекламное смс-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 – смс-сообщение было передано заявителю <...> с короткого номера «money13%».

Факт поступления рассматриваемого рекламного смс-сообщения абоненту ООО «Скартел» <...> на его абонентский номер +7(953)383-88-78 с короткого номера «money13%» 20.09.2018 в 10:30 подтверждается детализацией услуг связи по номеру +79533838878 за период 20.09.2018 по 20.09.2018, представленной в материалы дела ООО «Скартел».

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

Кроме того, рассматриваемая реклама, направленная заявителю посредством смс-сообщения, направлена заявителю на основании договора с заказчиком рассылки.

Отнесение информации, направленной заявителю посредством смс-сообщения к рекламе, сторонами не оспаривается.

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 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.

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).

Как сообщило ООО «Скартел» в письменных пояснениях (вх. № 01-24247 от 09.11.2018) между ним и АО «МегаЛабс» (Партнер) заключен договор №14-6900 от 20.10.2014г. 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.

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 зонового завершения вызова на сеть оператора связи, представляющая собой деятельность, направленную на обеспечение пропуска трафика от точки присоединения к сети оператора связи к пользовательскому (оконечному) оборудованию, подключенному к сети связи того же оператора подвижной радиотелефонной связи.

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.

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.

Рассылка, осуществляемая с нарушением требований Закона о связи, является незаконной (ч. 3 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).

Оператором связи <...> является ООО «Скартел», с которым заявитель заключил 25.01.2016 договор об оказании услуг связи «Скартел» вследствие переноса номера из ООО «Екатеринбург-2000» (при активации сим-карты абоненту был выделен номер 9995594426, который был присвоен при активации смс-карты; 02.02.2016 абонент произвел замену номера 9995594426 на номер 9533838878).

ООО «Скартел» в письменных пояснениях (вх. № 01-24247 от 09.11.2018) на запрос Управления (исх. №№ 19209 от 19.10.2018, 20554 от 08.11.2018) сообщило, что между ООО «Скартел» (Оператор) и АО «МегаЛабс» (Партнер) заключен договор №14-6900 от 20.10.2014, 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 (п. 2 Договора).

Согласно терминам и определениям вышеуказанного договора: услуги – услуги ОПЕРАТОРА 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; буквенный идентификатор – символическое обозначение отправителя, состоящее из латинских букв либо латинских букв и цифр, формируемое Клиентом в Интерфейсе, при направлении Сообщения по Базе Клиента.

В соответствии с п. 5 договора №14-6900 от 20.10.2014, заключенного между ООО «Скартел» и АО «МегаЛабс» в обязанности Партнера входит в том числе следующее: мобильная реклама и/или Информационные материалы должны соответствовать требованиям действующего законодательства РФ; содержать точную, полную и достоверную информацию; не нарушать интеллектуальные права (авторские и/или смежные права) третьих лиц и/или права третьих лиц на средства индивидуализации (5.1.4.); в случае если Мобильная реклама, распространяемая в рамках настоящего Договора подлежит маркировке в соответствии с требованиями действующего законодательства (Федерального закона «О защите детей от информации, наносящей вред их здоровью и развитию») Партнер обязан обеспечить маркировку указанной рекламы в соответствии с требованиями действующего законодательства (п. 5.1.5.); мобильная реклама должна соответствовать требованиям действующего законодательства РФ о рекламе, в том числе не должна содержать рекламу товаров, реклама которых не допускается в соответствии с ст. 7 Федерального закона «О рекламе» № 38-ФЗ от 13.03.2006; рекламу алкогольной продукции; рекламу пива и напитков, изготавливаемых на его основе; рекламу табака, табачных изделий и курительных принадлежностей, в том числе трубок, кальянов, сигаретной бумаги, зажигалок и других подобных товаров; рекламу оружия, продукции военного назначения, служебного оружия, патронов, гражданского оружия; рекламу основанных на риске игр, пари; рекламу деятельности медиаторов по обеспечению проведения процедуры медиации; рекламу ценных бумаг, биржевых операций; а также, если иное не согласовано Сторонами, рекламу лекарственных средств, медицинской техники, изделий медицинского назначения и медицинских услуг, в том числе методов лечения; рекламу биологически активных добавок и пищевых добавок, продуктов детского питания; рекламу финансовых услуг; рекламу услуг по заключению договоров ренты, в том числе договора пожизненного содержания с иждивением (п. 5.1.6.); Партнер обязуется по требованию предоставить Оператору согласия Абонентов, Абонентские номера которых указаны в Интерфейсе в качестве получателей (п. 5.1.7.).

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.

АО «МегаЛабс» в письменных пояснениях (вх. № 01-26098 от 03.12.2018) сообщило следующее.

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

Согласно условиям Договора ООО «СМС Трафик» 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., п. 4.11. Договора). В рамках Договора Клиент ООО «СМС Трафик» 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.

АО «МегаЛабс» не осуществляет непосредственного направления абоненту короткого текстового сообщения, а лишь предоставляет доступ к интерфейсу направления рекламно-информационных материалов. Данные действия осуществляет Клиент ООО «СМС Трафик» с использованием сети связи ООО «Скартел». В рамках заключенного договора № 14-6900 от 20.10.2014 ООО «Скартел» оказывает Обществу услуги по рассылке СМС-сообщений, сформированных Клиентом ООО «СМС Трафик», указанным Клиентом ООО «СМС Трафик» в интерфейсе абонентам ООО «Скартел».

Таким образом, АО «МегаЛабс» полагает, что Общество не может быть признано рекламодателем по сетям электросвязи в смысле ст. 18 Закона о рекламе, в связи с тем, что Общество не является субъектом указанной нормы и не обязано получать согласие абонента.

Таким образом, по мнению АО «МегаЛабс» рекламодателем по сетям электросвязи является ООО «СМС Трафик», чьи целенаправленные действия повлекли направление СМС-сообщения и его получение абонентом.

Довод АО «МегаЛабс» 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.

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 № ДМИ-СМСТРФК-01072016 от 01.07.2016, заключенного между АО «МегаЛабс» и ООО «СМС Трафик», 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 (Закон о связи, Закон о рекламе) и не может быть передана им по договору третьему лицу.

Комиссия отмечает, что наличие п. 3.9. в договоре № ДМИ-СМСТРФК-01072016 от 01.07.2016, заключенном между АО «МегаЛабс» (Исполнитель) и ООО «СМС Трафик» (Заказчик), согласно которому в случае размещения РИМ среди Абонентов из базы Абонентов Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их упоминания в sms-сообщении), не освобождает АО «МегаЛабс» 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 АО «МегаЛабс», которое заключило с оператором связи абонента <...> – ООО «Скартел» договор, 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.*

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

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 Решениях по следующим делам: №№ А60-52306/2016 от 09.02.2017, А60-36921/2018 от 19.12.2018, А60-57663/2018 от 20.12.2018.

Таким образом, рекламодателем рассматриваемой рекламы, распространенной посредством смс-рассылки является АО «МегаЛабс» на основании договора №14-6900 от 20.10.2014, заключенного между АО «МегаЛабс» и ООО «Скартел» (оператором связи).

Комиссия отмечает, что наличие в партнерском договоре, заключенном АО «МегаЛабс» с ООО «СМС Трафик», условия о том, что Заказчик гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Закона о рекламе (п. 4.7.), является поводом для подачи регрессного иска к партнеру, не выполнившему условия договора (общество имеет право взыскать с партнеров убытки регрессными исками в рамках гражданско-правовых споров), не освобождая при этом АО «МегаЛабс» от ответственности за рекламную рассылку при отсутствии согласия абонента.

Кроме того, в рассматриваемой рекламе привлечение внимания направлено на финансовую услугу – *кредит*.

Финансовая услуга – банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц (п. 2 ст. 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»).

Потребительский кредит (заем) – денежные средства, предоставленные кредитором заемщику на основании кредитного договора, договора займа, в том числе с использованием электронных средств платежа, в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, в том числе с лимитом кредитования (п. 1 ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»).

В соответствии с ч. 1 ст. 28 Закона о рекламе, реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг и финансовой деятельности должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги или осуществляющего данную деятельность (для юридического лица – наименование, для индивидуального предпринимателя – фамилию, имя и (если имеется) отчество).

В соответствии с ч. 1 ст. 54 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) юридическое лицо имеет свое *наименование, содержащее указание на организационно-правовую форму*, а в случаях, когда законом предусмотрена возможность создания вида юридического лица, указание только на такой вид. Наименование некоммерческой организации и в предусмотренных законом случаях наименование коммерческой организации должны содержать указание на характер деятельности юридического лица.

Фирменное наименование юридического лица должно содержать указание на его организационно-правовую форму и собственно наименование юридического лица, которое не может состоять только из слов, обозначающих род деятельности (ч. 2 ст. 1473 ГК РФ).

Кроме того, в соответствии со ст. 1538 ГК РФ, юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (в том числе некоммерческие организации, которым право на осуществление такой деятельности предоставлено в соответствии с законом их учредительными документами), а также индивидуальные предприниматели могут использовать для индивидуализации принадлежащих им торговых, промышленных и других предприятий (статья 132 ГК РФ) *коммерческие обозначения*, не являющиеся фирменными наименованиями и не подлежащие обязательному включению в учредительные документы и единый государственный реестр юридических лиц.

Статьей 132 ГК РФ установлено следующее.

1. Предприятием как объектом прав признается имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности.

Предприятие в целом как имущественный комплекс признается недвижимостью.

2. Предприятие в целом или его часть могут быть объектом купли-продажи, залога, аренды и других сделок, связанных с установлением, изменением и прекращением вещных прав.

В состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (коммерческое обозначение, товарные знаки, знаки обслуживания), и другие исключительные права, если иное не предусмотрено законом или договором.

В рассматриваемой рекламе отсутствует наименование или имя лица, оказывающего указанные финансовые услуги (кредит).

Согласно ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе, если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, использованием им и погашением кредита или займа, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, такая реклама должна содержать все остальные условия, определяющие полную стоимость кредита (займа), определяемую в соответствии с Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее.

В соответствии с Постановлением Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» реклама должна содержать все остальные условия, определяющие фактическую стоимость кредита для заемщика и влияющие на нее, поскольку указание неполных сведений об условиях предоставления кредита может привести к искажению сути рекламируемой банковской услуги и ввести в заблуждение потребителей, имеющих намерение ею воспользоваться. К условиям, влияющим на стоимость кредита, в частности, могут относиться условия о размере процентной ставки, сумме и сроке кредита, платежах и комиссиях по кредитным операциям, а также о дополнительных расходах заемщика, связанных с получением кредита (по страхованию рисков, в том числе жизни, здоровья потенциального заемщика, нотариальному заверению документов, предоставлению обеспечения по кредитному договору, оценке имущества, передаваемого в залог, и др.).

В рассматриваемой рекламе указаны сумма, предлагаемого кредита (до 500 т.р.) и процентная ставка (12,9%), иные условия, определяющие полную стоимость кредита, не указаны.

Таким образом, смс-сообщение рекламного содержания «Вам доступен кредит до 500 т.р. от 12,9% Тел:8-(343)-237-27-95», направленное заявителю 20.09.2018 в 12:30 на его абонентский номер +7(953)383-88-78 с короткого номера: «money13%» противоречит требованиям:

- ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, поскольку распространено без предварительного согласия абонента номера +7(953)383-88-78 на получение рекламы.

- ч. 1 ст. 28 Закона о рекламе, поскольку в рекламе отсутствует наименование или имя лица, оказывающего финансовые услуги (кредит).

- ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе, поскольку в рекламе не указаны все существенные условия, определяющие полную стоимость кредита (займа), определяемую в соответствии с Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее (указаны сумма кредита – 500 тыс. руб. и процентная ставка – 12,9%).

Ответственность за нарушение ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе несет рекламодаделец, а за нарушение ч. 1 ст. 28 Закона о рекламе ответственность несет как рекламодаделец, так и рекламодатель (чч. 6, 7 ст. 38 Закона о рекламе).

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).

Рекламодателем рассматриваемой рекламы является АО «МегаЛабс» на основании договора №14-6900 от 20.10.2014, заключенного между АО «МегаЛабс» и ООО «Скартел» (оператором связи).

Рекламодатель – изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (п.5 ст. 3 Закона о рекламе).

АО «МегаЛабс» в письменных пояснениях (вх. № 01-26098 от 03.12.2018) сообщило, что рассылка указанного сообщения осуществлялась ООО «СМС Трафик» в рамках Договора № ДМИ-СМСТРФК-01072016 от 01.07.2016, по которому Общество оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламных информационных материалов (далее – РИМ) Клиентов ООО «СМС Трафик».

Как сообщило АО «МегаЛабс», в ходе проведения претензионной работы, ООО «СМС-Трафик» сообщило, что Клиентом, осуществившим распространение рекламных СМС-сообщений, является ООО «Т2 Мобайл».

Частью 2 статьи 23 Конституции Российской Федерации установлено, что каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения.

Согласно чч. 1, 2 ст. 63 Закона о связи на территории Российской Федерации гарантируется тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи, а операторы связи обязаны обеспечить соблюдение тайны связи.

Таким образом, при оказании абонентам услуг по передаче смс-сообщений у Оператора связи отсутствует право ознакомления с содержанием смс-сообщений, поскольку он обязан обеспечить соблюдение тайны связи в силу Закона.

Вместе с тем, ООО «Т2 Мобайл» пояснило, что между Обществом и ООО «Оптимальный вариант» имеют место договорные отношения, а именно заключен договор об оказании услуг связи.

Как сообщило ООО «Т2 Мобайл» рассматриваемое рекламное смс-сообщение было направлено абоненту +7(953)383-88-78 в рамках подключенной абонентом +79025008681 дополнительной платной – услуги «Бизнес-SMS». Абонентский номер отправителя +79025008681, за которым закреплен псевдоним «money13%», принадлежит юридическому лицу – ООО «Оптимальный вариант» (ИНН 6682010948).

Условия оказания услуги «Бизнес-SMS» (далее – Условия), размещенные на сайте ООО «Т2 Мобайл» <https://ekt.tele2.ru/business/business-sms>, являются неотъемлемой частью договора об оказании услуги «Бизнес SMS». Предметом договора, в соответствии с Условиями оказания услуги «Бизнес SMS», является отправка SMS-рассылок с использованием имени отправителя для своей компании с помощью веб-интерфейса, либо используя один из протоколов: SMPP, HTTP или SMTP. Данная услуга предоставляется юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям, которые являются корпоративными клиентами ООО «Т2 Мобайл».

В заявлении на подключение услуги «Бизнес-SMS» от 22.11.2017, представленном в материалы дела ООО «Т2 Мобайл», ООО «Оптимальный вариант» подписав заявление о

подключении услуги «Бизнес-SMS» к используемому в рамках договора об оказании услуг связи № 15933915 от 22.07.2017 абонентскому номеру +79025008681, подтвердило, что ознакомлено с Условиями оказания услуги «Бизнес SMS», они ему понятны и Абонент согласен с ними, тем самым приняв условия предоставления услуги «Бизнес SMS».

Согласно терминам, используемым в Условиях, услуга «Бизнес SMS» (Услуга) – деятельность Оператора, состоящая в предоставлении Абонентам доступа к Интерфейсу, обеспечивающему возможность отправки Абонентом с Имени отправителя коротких текстовых сообщений (далее - SMS) Адресатам, а также доставке указанных SMS до оборудования Оператора (SMS-центр) при отправке Абонентом SMS Адресатам, являющимся абонентами (пользователями услуг связи) Оператора (п. 1.5.); имя отправителя – индивидуальная символьная подпись Абонента, выбранная Абонентом, заменяющая исходящий номер при отправке SMS. Требования и ограничения, предъявляемые к Имени отправителя, определяются Оператором и указываются в Интерфейсе (п. 1.6.); адресат – физическое или юридическое лицо, являющееся абонентом (пользователем услуг связи) Оператора или иного оператора связи Российской Федерации, оказывающего услуги подвижной радиотелефонной связи (далее – иной оператор связи), и являющееся получателем SMS, направленного Абонентом (п. 1.7.); интерфейс – программные и/или технические средства, предназначенные в соответствии с настоящими Условиями для доступа, пользования и управления Абонентом Услугой через сайт Оператора в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» по адресу: www.newbsms.tele2.ru (если иной адрес не указан на сайте Оператора в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» по адресу: www.tele2.ru) (п. 1.8.).

Подписание и передача заявления на подключение Услуги Оператору признается безоговорочным принятием настоящих Условий Абонентом (п. 2.3. Условий).

Согласно п. 3.4. Условий в рамках оказания Услуги Оператор обеспечивает функционирование Интерфейса для целей отправки SMS Адресатам, являющимся абонентами (пользователями услуг связи) иных операторов связи, в случае одновременного выполнения следующих условий:

3.4.1 Оператор имеет соглашение с иным оператором связи об обмене SMS или иное аналогичное соглашение;

3.4.2. Оператор имеет техническую возможность совершать такие действия;

3.4.3. Абонент получил от Адресата письменное согласие на получение SMS от Абонента. Письменное согласие должно однозначно идентифицировать Адресата и позволять достоверно установить его волеизъявление на получение SMS от Абонента, в обязательном порядке содержать абонентский номер, указанный в международном формате (например: +7 (9XX) XXX – XX – XX), по которому Адресат согласен получать SMS от Абонента, а также согласие должно содержать подтверждение Адресата о возможности передачи сведений, указанных в таком согласии, в том числе об Адресате, Оператору, иным операторам связи, а также третьим лицам, привлеченным иными операторами связи или Оператором для оказания Услуги;

3.4.4. Имя отправителя соответствует требованиям, предъявляемым иными операторами связи на своих сетях связи.

Использование Услуги Абонентом для отправки SMS означает наличие у Абонента надлежащим образом оформленного согласия Адресата, предусмотренного пунктом 3.4.3 Условий (п. 3.5. Условий).

В соответствии с п. 5.1. Условий Абонент обязуется использовать Услугу для передачи информации Адресатам в SMS только после получения от Адресатов предварительного согласия на ее получение в соответствии с пунктом 3.4.3. Условий. В

случае не подтверждения либо отзыва согласия Адресата на получение SMS от Абонента, Абонент обязуется прекратить направление SMS такому Адресату, в том числе при поступлении от Оператора сведений об отсутствии у Абонента согласия Адресата на получение SMS, либо отзыве такого согласия, ранее предоставленного Абоненту Адресатом.

При этом согласно п. 5.4. Условий ООО «Оптимальный вариант» несет ответственность за содержание информации в SMS, в том числе за полноту и достоверность предоставляемой Адресатам информации в SMS.

Таким образом, анализ вышеуказанных Условий оказания услуги «Бизнес-SMS» в совокупности с заявлением к нему позволяет сделать вывод о том, что он по своей природе является договором на оказание оператором подвижной радиотелефонной связи (ООО «Т2 Мобайл») услуг ООО «Оптимальный вариант» по осуществлению рассылки абонентам любых операторов связи.

Таким образом, рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Оптимальный вариант», подключившее услуги «Бизнес-SMS» и заключившее с ООО «Т2 Мобайл» договор на осуществление смс-рассылок.

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.

Нарушение рекламного законодательства образует событие предусмотренного ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ административного правонарушения.

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.

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).

При этом судам необходимо учитывать, что дело об административном правонарушении может быть возбуждено должностным лицом, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, только при наличии хотя бы одного из поводов, предусмотренных частями 1, 11 и 12 статьи 28.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), и достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения. Вступление в силу решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей не является таким поводом, как это предусмотрено частью 12 статьи 28.1 КоАП РФ в отношении вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым устанавливается факт нарушения антимонопольного законодательства (п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58).

Юридические лица, согласно ч. 1 ст. 2.10 КоАП РФ, подлежат административной ответственности за совершение административных правонарушений в случаях, предусмотренных статьями Особенной части КоАП РФ, а ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность юридических лиц.

Защиту прав и законных интересов юридического лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, или юридического лица, являющегося потерпевшим, осуществляют его законные представители (ч. 1 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 (ч. 1 ст. 25.4 КоАП РФ).

В соответствии с частью 3 статьи 2.1 КоАП РФ в случае совершения юридическим лицом административного правонарушения и выявления конкретных должностных лиц, по вине которых оно было совершено (ст. 2.4 КоАП РФ), допускается привлечение к административной ответственности по одной и той же норме как юридического лица, так и указанных должностных лиц (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2005 № 5).

Под должностным лицом понимается лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции.

Под организационно-распорядительными функциями понимаются полномочия, которые связаны с руководством трудовым коллективом или находящимися в их служебном подчинении отдельными работниками, с формированием кадрового состава и определением трудовых функций работников, с организацией порядка прохождения службы, применения мер поощрения или награждения, наложения дисциплинарных взысканий и т.п. К организационно-распорядительным функциям относятся полномочия лиц по принятию решений, имеющих юридическое значение и влекущих определенные юридические последствия.

Под административно-хозяйственными функциями понимаются полномочия по управлению и распоряжению имуществом и (или) денежными средствами, находящимися на балансе и (или) банковских счетах организаций, учреждений, воинских частей и подразделений, а также по совершению иных действий (п. 4 и п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 №19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»).

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.

Согласно ч. 3 ст. 25.15 КоАП РФ, место нахождения юридического лица, его филиала или представительства определяется на основании выписки из единого государственного реестра юридических лиц. Если юридическое лицо, участвующее в производстве по делу об административном правонарушении, ведет дело через представителя, извещение также направляется по месту нахождения (месту жительства) представителя.

КоАП РФ не содержит оговорок о необходимости направления извещения исключительно какими-либо определенными способами, в частности путем направления по почте заказного письма с уведомлением о вручении или вручения его адресату непосредственно. Следовательно, извещение может быть осуществлено каким-либо иным способом (например, путем направления телефонограммы, телеграммы, по факсимильной связи или электронной почте либо с использованием иных средств связи). Также надлежит иметь в виду, что не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившиеся за их получением, несмотря на почтовое извещение (п. 24.1 Постановление Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10).

В соответствии с ч. 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 и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с КоАП РФ.

Согласно ч. 1 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.

На основании изложенного, руководствуясь ст. ст. 33-36 Закона о рекламе, в соответствии с п. 37-43 Правил рассмотрения дел, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, распространенную 20.09.2018 в 12:30 на абонентский номер +7(953)383-88-78 с короткого номера: «money13%», следующего содержания: *«Вам доступен кредит до 500 т.р. от 12,9% Тел:8-(343)-237-27-95»*, ненадлежащей, как нарушающей требования:

- ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, поскольку реклама распространена без предварительного согласия абонента номера +7(953)383-88-78 на ее получение;

- ч. 1 ст. 28 Закона о рекламе, поскольку в рекламе отсутствует наименование или имя лица, оказывающего финансовые услуги (кредит);

- ч. 3 ст. 28 Закона о рекламе, поскольку в рекламе не указаны все существенные условия, определяющие полную стоимость кредита (займа), определяемую в соответствии с Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее (указаны сумма кредита – 500 тыс. руб. и процентная ставка – 12,9%).

2. Предписание о прекращении распространения ненадлежащей рекламы не выдавать.

3. Законному представителю АО «МегаЛабс» надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **18 апреля 2019 г. в**

11 час. 00 мин. для составления в отношении юридического лица 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:

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

4. **Генеральному директору АО «МегаЛабс»** надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **18 апреля 2019 г. в 11 час. 30 мин.** для составления в отношении должностного лица протокола об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ **либо обеспечить ознакомление с данным решением и явку должностного лица**, ответственного за соответствие рассматриваемой в настоящем деле рекламы законодательству 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 (их надлежаще заверенные копии) в **отношении ответственного должностного лица**:

- письменные объяснения (ст. 26.3 КоАП РФ) по факту выявленного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ;
- копию паспорта (разворот первой и второй страниц, страниц с пропиской);
- документы, подтверждающие служебное положение (копии приказа о назначении/переводе на должность с отметкой об ознакомлении (на момент распространения рассматриваемой рекламы), должностной инструкции);
- иные документы и сведения, имеющие значение для рассмотрения дела об административном правонарушении.

5. Законному представителю **ООО «Оптимальный вариант»** надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **19 апреля 2019 г. в 11 час. 00 мин.** для составления в отношении юридического лица 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:

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

6. **Директору ООО «Оптимальный вариант»** надлежит явиться в Свердловское УФАС России (620014, г. Екатеринбург, ул. Московская, 11, каб. 220) **19 апреля 2019 г. в 11 час. 30 мин.** для составления в отношении должностного лица протокола об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ **либо обеспечить ознакомление с данным решением и явку должностного лица**, ответственного за

соответствие рассматриваемой в настоящем деле рекламы законодательству 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 (их надлежаще заверенные копии) в отношении ответственного должностного лица:

- письменные объяснения (ст. 26.3 КоАП РФ) по факту выявленного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ;
- копию паспорта (разворот первой и второй страниц, страниц с пропиской);
- документы, подтверждающие служебное положение (копии приказа о назначении/переводе на должность с отметкой об ознакомлении (на момент распространения рассматриваемой рекламы), должностной инструкции);
- иные документы и сведения, имеющие значение для рассмотрения дела об административном правонарушении.

В случае явки защитника (ст. 25.5 КоАП РФ), обязательно наличие доверенности (от имени лица, в отношении которого составляется протокол).

В соответствии с ч. 4.1. ст. 28.2 КоАП РФ в случае неявки физического лица, или законного представителя физического лица, или законного представителя юридического лица, в отношении которых ведется производство по делу об административном правонарушении, если они извещены в установленном порядке, протокол об административном правонарушении составляется в их отсутствие.

Непредставление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган сведений (информации), предусмотренных законодательством о рекламе, а равно представление таких сведений (информации) в неполном объеме или в искаженном виде либо представление недостоверных сведений (информации) влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двух тысяч до десяти тысяч рублей; на юридических лиц - от двадцати тысяч до двухсот тысяч рублей (ч. 6 ст. 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

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

Председатель комиссии

<...>

Члены комиссии

<...>

<...>