

ПАО «Вымпелком»

127083, г. Москва,
ул. 8-го Марта, д. 10, стр.14

ООО Фирма «СТОМ»

Симоновский Вал ул., д. 26А,
эт. 1, комн. 23А,
г. Москва, 115088

ООО «Стар Бет»

Симоновский Вал ул., д. 26А,
эт. 4, комн. 19,
г. Москва, 115088

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-115/77-18

«26» июня 2018 г.

г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – <...>,

членов Комиссии – <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-115/77-18, возбужденное по факту

распространения ПАО «Вымпелком» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр.14; ОГРН 1027700166636; ИНН 7713076301), ООО Фирма «СТОМ» (место нахождения: 115088, г. Москва, ул. Симоновский Вал, д. 26А, эт. 1, комн. 23А; ОГРН 1027739014291, ИНН 7705005321), ООО «Стар Бет» (место нахождения: 115088, г. Москва, ул. Симоновский Вал, д. 26А, эт. 4, комн. 19; ОГРН 5117746022114, ИНН 7708752811) на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение такой рекламы,

в присутствии представителя ООО «Фирма «СТОМ» в лице <...> (по доверенности <...>), ООО «Стар Бет» в лице <...> (по доверенности <...>),

в отсутствие представителей ПАО «Вымпелком» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-115/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр.14; ОГРН 1027700166636; ИНН 7713076301), ООО Фирма «СТОМ» (место нахождения: 115088, г. Москва, ул. Симоновский Вал, д. 26А, эт. 1, комн. 23А; ОГРН 1027739014291, ИНН 7705005321) на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom.

ООО «Фирма «СТОМ» представлены документы и сведения, в соответствии с которыми рассматриваемая реклама распространялась на основании договора, заключенного между ООО «Фирма «СТОМ» и ООО «Стар Бет» (место нахождения: 115088, г. Москва, ул. Симоновский Вал, д. 26А, эт. 4, комн. 19; ОГРН 5117746022114, ИНН 7708752811), в связи с чем 08.05.2018 Комиссией принято решение о привлечении к участию в деле в качестве лица, в действиях которого также содержатся признаки

нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «Стар Бет».

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «Вымпелком» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр. 14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001.

ООО Фирма «СТОМ» (место нахождения: 115088, г. Москва, ул. Симоновский Вал, д. 26А, эт. 1, комн. 23А) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 24.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739014291, ИНН 7705005321.

ООО «Стар Бет» (место нахождения: 115088, г. Москва, ул. Симоновский Вал, д. 26А, эт. 4, комн. 19) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.12.2011 за основным государственным регистрационным номером 5117746022114, ИНН 7708752811.

Каждое из указанных юридических лиц является действующим, сведений о прекращении деятельности не имеется.

Согласно материалам дела № 3-18-115/77-18 на номер телефона <...> рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст рассматриваемых сообщений, а также латентизированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи», абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации: электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений

любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного sms-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного sms-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщения, в котором содержатся информация о жилых комплекса группы компаний Донстрой, стоимости одного квадратного метра, скидках, контактном номере телефона, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством sms-сообщения; адресована

неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 1 статьи 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. При этом 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.

Необходимо иметь в виду. что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо. на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе». согласие абонента может быть выражено в любой форме. достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем. согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера. например. о прогнозе погоды. курсах обмена валют. не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том. что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы. а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица. владельца телефонного номера <...>. согласие на получение рассматриваемой рекламы он не давал.

По мнению ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» согласие на обработку персональных данных <...>. данное ООО «Стар Бет», является надлежащим согласием на получение абонентом рекламы.

В соответствии с пунктом 12 указанного согласия на обработку персональных данных, настоящим документом <...> Подтверждает согласие на получение SMS уведомлений от ООО «Стар Бет», на телефонный номер <...>. содержащих сведения, необходимые для принятия участия в азартной игре, организованной ООО «Стар Бет», информацию об услугах ООО «Стар Бет».

Вместе с тем, Комиссия приходит к выводу о том, что формулировка данного пункта согласия на обработку персональных данных не может свидетельствовать о выраженном желании заявителя получать на свой телефонный номер именно рекламы.

Само по себе то, что из содержания спорных сообщений следует

некая новая для потребителя информация, а именно о проведении акции, не делает может свидетельствовать о переходе таких сообщений в категорию исключительно информационных, а равно об отсутствии квалифицирующих признаков рекламы. Так распространение рекламы подразумевает сообщение неопределенному кругу лиц некой новой ранее не известной ему информации, получив которую потребитель заинтересуется рекламируемым продуктом. Между тем новостная составляющая рекламы не является признаком исключаящим иные цели ее распространения — стимулирование потребительского спроса и привлечение внимания потребителей к определенному продукту или побуждение покупателя приобрести продукт в определенном месте либо воспользоваться услугами определенного лица.

Кроме того наименование представленного в Московское УФАС России документа свидетельствует о иной цели его получения, а именно получения согласия на обработку персональных данных, но не для получения согласия на распространение рекламы.

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что содержащиеся в пункте 12 согласия на обработку персональных данных условия свидетельствуют о том, что заявителем было дано согласие на получение информации об услугах ООО «Стар Бет», которыми он воспользовался. Так например, информационным сообщением в настоящем случае могло быть оповещение абонента о размере выигрыша, размере его ставки, дате выигрыша, возможности получения выигрыша и т. п.

Само по себе понятие информации шире понятия рекламы, и реклама является лишь одним из видов информации. Таким образом, учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам, следует руководствоваться более жесткими требованиями и в каждом конкретном случае учитывать именно наличие прямого согласия абонента на получение рекламы.

Также доводы ООО «Стар Бет», ООО «Фирма «СТОМ» о том, что заявитель не был ограничен в возможности отозвать свое согласие на обработку персональных данных, не могут быть приняты Комиссией Московского УФАС России.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Следовательно для приобретения законного права на направление абоненту рекламы либо должно сначала получить такое согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.

При этом из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламы по сетям электросвязи. Между тем, ответчики по настоящему делу подменяют возможность абонента дать свое согласие на возможность такое согласие отозвать при отсутствии желания получать рекламу. При этом Комиссия особо отмечает тот факт, что само по себе выраженное согласие на получение рассматриваемой рекламы заявителем в рамках настоящего дела не доказано.

В данном случае представленное согласие на обработку персональных данных не может свидетельствовать о выраженном желании заявителя получать от ООО «Стар Бет» сообщения рекламного характера.

Таким образом, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» не представлено, а умолчание абонента (непредставление сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на

ее получение.

Приведенный довод также доказывает вину всех лиц, участвующих в распространении рассматриваемой рекламы, так как в случае проявления надлежащей осмотрительности и проверки наличия либо отсутствия согласия абонента на получение рекламы, было бы выявлено, что согласие абонента отсутствует. А равно распространения ненадлежащей рекламы можно было бы избежать в случае исполнения всеми субъектами своих обязанностей, предусмотренным как законодательством Российской Федерации так и договорами.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» информации о наличии либо отсутствии согласия на получение рекламы гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламораспространители.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-115/77-18, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 629526008 от 01.06.2017, заключенного между ПАО «Вымпелком» и ООО «Фирма «СТОМ» (далее — Договор 1) и дополнительного соглашения № 1 от 01.06.2017 к Договору 1 (далее — Дополнительное соглашение к Договору 1); Агентского договора от 29.05.2017, заключенного между ООО «Фирма «СТОМ» и ООО «Стар Бет» (далее — Договор 2).

Согласно пункту 1.1 Дополнительного соглашения к Договору 1, в

рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» ПАО «Вымпелком» предоставляет ООО «Фирма «СТОМ» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу ПАО «Вымпелком» для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами ООО «Фирма «СТОМ» и/или ООО «Фирма «СТОМ».

В соответствии с пунктом 4.2 Дополнительного соглашения к Договору 1, ООО «Фирма «СТОМ» осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили ООО «Фирма «СТОМ» и/или партнерам свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также обязуется сообщать ПАО «Вымпелком» актуальные даты получения согласий ООО «Фирма «СТОМ» и/или партнерами до даты осуществления рассылок на номера соответствующих пользователей.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ПАО «Вымпелком» при заключении Дополнительного соглашения к Договору 1 взяло на себя обязательства по оказанию ООО «Фирма «СТОМ» услуг по предоставлению доступа к программно-аппаратному комплексу, в том числе для целей отправки рекламных сообщений. Более того Дополнительным соглашением к Договору 1 установлена обязанность ООО «Фирма «СТОМ» по получению согласия на распространение рекламы абоненту.

В связи с тем, что ПАО «Вымпелком» не осуществляет непосредственное направление смс-сообщений абонентам, по мнению Общества, нарушения части 1 статьи 18 в его действиях отсутствуют.

Между тем Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что само по себе наличие такого договора является свидетельством осуществления ПАО «Вымпелком» определенных действий направленных на доведение рекламы до ее получателей, а равно наличия у Общества статуса рекламораспространителя.

Вместе с тем, по смыслу приведенной нормы права, а также в целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Следовательно, невозможно каким-либо образом снять ответственность любого из лиц, участвовавших в распространении рекламы посредством сетей электросвязи в связи с осуществлением таким лицом даже исключительно технических функций.

Обратное может привести либо к необоснованному возложению на лицо ответственности за чужие нарушения и, как следствие, несоблюдению конституционно закрепленного частью 1 статьи 19 Конституции Российской Федерации принципа всеобщего равенства перед законом и судом и предусмотренного частью 1 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации принципа юридического равенства участников гражданских правоотношений, либо, наоборот, к злоупотреблению своими правами со стороны участников таких правоотношений, стремящихся одновременно извлечь выгоду из своего незаконного поведения и избежать ответственности за совершенные нарушения, что противоречит законодательно закрепленным принципам добросовестности участников гражданских правоотношений (часть 3 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), запрету на

злоупотребление правом (часть 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Из совокупного толкования положений Дополнительного соглашения к Договору 1 с очевидностью усматривается, что оказываемые ПАО «Вымпелком» услуги используются, в том числе, в целях рекламного характера для продвижения ООО «Фирма «СТОМ» и/или его партнеров товаров, работ и услуг на рынке и привлечения к ним максимально возможного внимания со стороны потенциальных потребителей. Таким образом, ПАО «Вымпелком» является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи sms-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях такого звена, как оператор связи, делает распространение указанных сообщений невозможным.

Оценивая приведенные пункты упомянутого соглашения, следует признать, что ПАО «Вымпелком» в настоящем случае было осведомлено о том, что предоставляемые им услуги связи будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ПАО «Вымпелком» являлось неотъемлемой частью единой цепочки лиц, осуществлявших действия по доведению рекламы до абонента и обладает статусом рекламораспространителя.

В соответствии с пунктом 1.1 Агентского договора, ООО «Стар Бет» поручает, а ООО «Фирма «СТОМ» принимает на себя обязательство за вознаграждение совершать от имени ООО «Стар Бет» sms-информирование клиентов ООО «Стар Бет» по заявкам ООО «Стар Бет», для чего ООО «Фирма «СТОМ» обязуется от своего имени заключить соответствующие договоры на услуги связи.

При этом в соответствии с пунктом 2.1 Агентского договора, ООО «Фирма «СТОМ» обязуется осуществлять sms-информирование клиентов ООО «Стар Бет» в соответствии с заявками ООО «Стар Бет», в которых должны содержаться данные об адресатах sms-информирования, сроки проведения sms-информирования, текст sms-информирования.

Кроме того согласно пункту 1.3 Агентского договора, ООО «Стар Бет» предоставляет ООО «Фирма «СТОМ» персональные данные своих клиентов в объеме необходимом для осуществления sms-информирования, для чего ООО «Стар Бет» получено согласие клиентов.

Также в соответствии с пунктом 2.3 Агентского договора, ООО «Стар Бет» обязуется получить письменное согласие субъектов персональных данных на их обработку и передачу третьим лицам.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение sms-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «Стар Бет» к ООО «Фирма «СТОМ», от него ПАО «Вымпелком» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи sms-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях делает распространение указанных сообщений невозможным.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями

делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке смс-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче смс-сообщений, в том числе, рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не подлежит судебной защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры, ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> в силу имеющихся между ними гражданско - правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была оставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» являются рекламодателями рекламы, поступившей на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, не законной по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Ссылки лиц, участвующих в деле, на Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи), в частности на тот факт, что данным законом исключается ответственность оператора связи за рассылку его клиентами смс-сообщений, не соответствующих требованиям закона и условиям договора, не может быть приняты Комиссией Московского УФАС России в связи со следующим.

Согласно части 3 статьи 3 Закона о связи, отношения в области связи, не урегулированные Законом о связи, регулируются другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации в области связи.

Так отношения по распространению посредством средств связи рекламной информации регулируется законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.

Нормы Закона о связи сами по себе не исключают ответственность того или иного лица в соответствии с Законом о рекламе.

Как установлено выше, лицами, участвующими в деле, осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению смс-рассылок, в том числе рекламного характера, подпадающих под понятие СПАМ. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения

контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако, данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договор, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

Таким образом, лица, участвующие в настоящем деле, в рамках рассмотрения данного дела признаются рекламодателями, а равно несут ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Иное фактически выводило бы такого важного участника распространения рекламы по сетям электросвязи как оператор связи из под обязанности по соблюдению Закона о рекламе лишь на основании наличия соответствующей лицензии.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom.

Агенты, свидетельствующие о прекращении распространения указанной рекламы. ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пусть и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного. Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости вынести ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы. Согласно представленным в материалах дела документам и сведениям, спорные сообщения были распространены 17.11.2017, 24.11.2017.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности на дату оглашения резолютивной части решения не истек.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» нарушившими часть 1 статьи 18 Закон о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom, направленной без

предварительного согласия абонента.

2 . Выдать ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 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 <...>

<...>