

ИГ/44602 от 29.09.2016

ПАО «МТС»

109147, г. Москва,

ул. Марксистская, д. 4

ООО «Рапporto»

127051, г. Москва,

Петровский б-р, д. 3, корп. 2

109004, г. Москва,

ул. Александра Солженицына,

д. 9, стр. 6

<...>

ООО «Зебра-Печатники»

109388, г. Москва,

ул. Гурьянова, д. 67

<...>

РЕШЕНИЕ

«30» августа 2016 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 – И.С. Гудковой, членов Комиссии – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой, рассмотрев дело № 3-18-138/77-16, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы следующего содержания:

«Продлеваем акцию Фитнес+Бассейн! Год-7 500р. Предложение ограничено, подробности по тел. 8(495)-669-90-06 «Зебра на Бакунинской69», поступившей 23.09.2015 в 12:27, отправитель: Zebra;

«Только до 30.08 успеи купить Фитнес+бассейн 12 месяцев всего за 7500 руб! «Зебра на Бакунинской69» тел. 8(495)-669-90-06», поступившей 27.08.2015 в 11:01, отправитель: Zebra;

«28.07 нам 3 ГОДА! Подарки и розыгрыши призов! 27 и 28.07 годовая карта по цене-13900 руб! Тел. 8-(495)-669-90-06 «Зебра на Бакунинской69»,

1
поступившей 27.07.2015 в 19:50, отправитель: Zebra;

«15, 16, 17 октября Дни Открытых Дверей в «Зебра Бауманская». Только в эти дни, год 24ч — 11900 руб. Мега акция на Личного Тренера и СПА.

«Бакунинская69» 84956699006, 89859643377, 89652788039», поступившей 14.10.2015 в 11:01, отправитель: Zebra, 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 путем электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителей ПАО «МТС» в лице <...> (по доверенности <...>)

в отсутствие представителей ООО «Рапporto», ООО «Зебра-Печатники» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-138/77-16 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ООО

«Рапporto», ООО «Зебра-Печатники» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-

сообщений рекламы следующего содержания:

«Продлеваем акцию Фитнес+Бассейн! Год-7 500р. Предложение ограничено, подробности по тел. 8(495)-669-90-06 «Зебра на Бакунинской69», поступившей 23.09.2015 в 12:27, отправитель: Zebra;

«Только до 30.08 успеи купить Фитнес+бассейн 12 месяцев всего за 7500 руб! «Зебра на Бакунинской69» тел. 8(495)-669-90-06», поступившей 27.08.2015 в 11:01, отправитель: Zebra;

«28.07 нам 3 ГОДА! Подарки и розыгрыши призов! 27 и 28.07 годовая карта по цене-13900 руб! Тел. 8-(495)-669-90-06 «Зебра на Бакунинской69», поступившей 27.07.2015 в 19:50, отправитель: Zebra;

«15, 16, 17 октября Дни Открытых Дверей в «Зебра Бауманская». Только в эти дни, год 24ч — 11900 руб. Мега акция на Личного Тренера и СПА. «Бакунинская69» 84956699006, 89859643377, 89652788039», поступившей 14.10.2015 в 11:01,

отправитель:

Zebra.

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

ПАО «МТС» (адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д.4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001.

ООО «Раппорто» (адрес: 109004, г. Москва, ул. Александра Солженицына, 2

д. 9, стр. 6) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 25.07.2008 за основным государственным регистрационным номером 1087746876029, ИНН 7715710393, КПП 770701001.

ООО «Зебра-Печатники» (адрес: 109388, г. Москва, ул. Гурьянова, д. 67) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 04.02.2015 за основным государственным регистрационным номером 1157746077455, ИНН 7723375396, КПП 772301001.

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

Согласно материалам дела № 3-18-138/77-16 рассматриваемая реклама на номер телефона <...> в указанные даты поступила от отправителя Zebra.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной ПАО «МТС» 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 - любое 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 смс-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

3

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 смс-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 возможности приобрести абонемент в фитнес-центр «Зебра» по акции, цене абонементов, сроках проведения акций, а также номер телефона фитнес-центра «Зебра», 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

4
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 рекламы ПАО «МТС», ООО «Рапporto», ООО «Зебра-Печатники», а равно спорных услугах фитнес-центра, он не давал. Сторонами по делу такое согласие также не подтверждено.

Письменные доводы, представленные в материалы дела ООО «Рапporto», о том, что согласие на получение рассматриваемой рекламы подтверждается анкетой, заполненной заявителем при гостевом визите, отклоняются Комиссией как необоснованные в связи со следующим.

Представленная в материалы дела анкета была заполнена <...>, который указал в качестве контактного телефона номер <...>, но при этом не является его владельцем. Более того, в указанной анкете отсутствуют условия о рассылке рекламных сообщений в адрес клиента, следовательно, отсутствует и согласие на их получение. Примечание о согласии обработки персональных данных не является надлежащим согласием на получение рекламной рассылки.

Следовательно, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «МТС», ООО «Раппорто», ООО «Зебра-Печатники» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Кроме того, заявителем в материалы дела было представлено заявление в адрес фитнес-центра с просьбой прекратить рекламную рассылку на телефонный номер <...>, однако никаких действий по факту дальнейшего распространения рекламной рассылки на телефонный номер заявителя предпринято не было, о чем свидетельствует продолжавшая поступать на номер заявителя реклама.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «МТС», ООО «Раппорто» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

5

В соответствии с письменными пояснениями, номер <...> с которого поступили спорные смс-сообщения принадлежит номерной емкости ПАО «МТС». Кроме того, в соответствии с письменными пояснениями ПАО «МТС», рассматриваемое смс-сообщение от отправителя Zeбра поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой на абонентский номер заявителя с короткого сервисного номера, выделенного ООО «Раппорто» в рамках заключенного между Обществами договора.

Исходя из материалов дела № 3-18-138/77-16, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: агентского договора № D140755782 от 08.12.2014, заключенного между ПАО «МТС» и ООО «Раппорто» (далее — Договор 1); договора № ЗБ 07/15 от 27.07.2015, заключенного между ООО «Раппорто» и ООО «Зебра на Бакунинской» (далее — Договор 2).

Согласно пункту 2.1 Договора 1, ПАО «МТС» поручает, а ООО «Раппорто» обязуется от своего имени, но за счет ПАО «МТС» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуги заказчикам рассылки, а именно:

- осуществлять поиск и привлечение заказчиков рассылки;
- заключать договоры на оказание услуг в порядке и на условиях, предусмотренных Приложением № 6 к Договору 1, при необходимости подписывать соглашения об изменении/расторжении договоров на услуги;
- обеспечить доступ заказчикам рассылки к смс-центру ПАО «МТС» через оборудование для целей оказания услуг;
- осуществлять расчеты с заказчиками рассылки за услуги по ценам, приведенным в Приложении № 6 к Договору 1, и ведение всей отчетной документации;
- осуществлять взаимодействие с заказчиком рассылки по всем вопросам, связанным с оказанием услуг, готовить и направлять ответы на запросы/претензии заказчиков рассылки.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 1, ООО «Раппорто» обязуется до начала оказания услуг обеспечить получение от заказчиков рассылки документального подтверждения/письменных гарантий о наличии согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений — рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи. В случае направления пользователям рекламных сообщений также обеспечить получение от заказчиков рассылки

документальное подтверждение/письменные гарантии наличия согласия от пользователей на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи. Согласие пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно пункту 22.1 статьи 2 ФЗ «О связи».

В соответствии с пунктом 3.3.11 Договора 1, ООО «Рапporto» обязуется, в случае получения информации от ПАО «МТС» согласно пункту 3.2.8 Договора 1, 6

в обязательном порядке проинформировать заказчика рассылки о прекращении отправки смс-сообщений пользователям, которые отказались через ПАО «МТС» от получения сообщений с конкретного номера.

Согласно пункту 3.4.2 Договора 1 ООО «Рапporto» имеет право привлекать третьих лиц для выполнения поручения по Договору 1 только с согласия ПАО «МТС» и предоставлять доступ третьим лицам только к своему оборудованию. ООО «Рапporto» несет ответственность за их работу, как за свою собственную и оплачивает из собственных средств.

При этом, согласно Разделу 1 Договора 1, под услугой понимается рассылка смс-сообщений от заказчиков рассылки пользователям; пользователем является физическое или юридическое лицо, заключившее с ПАО «МТС» договор на оказание услуг связи и являющееся пользователем услуг заказчика рассылки, а также давшее предварительное и надлежащее оформленное согласие заказчикам

рассылки в случае направления заказчиком рассылки рекламных смс таким пользователям; заказчиком рассылки является лицо, осуществляющее рассылку пользователям.

Согласно пункту 3.5.3 Договора 1, в случае нарушения ООО «Рапporto», в том числе пункта 3.3.3 Договора 1, ПАО «МТС» вправе приостановить исполнение поручения до полного устранения ООО «Рапporto» выявленных нарушений, которые должны быть устранены в течение 30 календарных дней со дня выявления нарушения.

В соответствии с пунктом 3.5.4 Договора 1, ПАО «МТС» вправе не осуществлять доставку смс-сообщений пользователям, которые отказались от получения смс-сообщений с конкретного номера в рамках оказания заказчику рассылки услуги. Отказ от получения смс-сообщений с конкретного номера может быть предоставлен пользователем в порядке и на условиях, которые устанавливает ПАО «МТС».

Согласно пункту 2.1 Договора 2, ООО «Рапporto» обязуется за обусловленную плату предоставить ООО «Зебра на Бакунинской» доступ к Системе, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов различных смс-рассылок, управление ими и прочий доступ к системе предоставляется круглосуточно.

При этом, согласно Разделу 1 «Основные определения» Договора 2, под системой Rapporto понимается комплекс оборудования и программного обеспечения, принадлежащий ООО «Рапporto», способный осуществлять передачу смс-сообщений абонентам в реальном времени посредством канала передачи данных, взаимодействующий с центром обработки коротких сообщений оператора и мобильными устройствами абонентов. Система позволяет ООО «Зебра на Бакунинской» через личный кабинет или путем интеграции по протоколу формировать и отправлять смс-сообщения, отслеживать их статус,

управлять ими, а также контролировать финансовую сторону расчетов с ООО «Рапporto».

В соответствии с пунктом 3.3.2 Договора 2, ООО «Зебра на Бакунинской» принимает на себя обязательство получить от абонента, на номер телефона которого будет производиться отправка смс-сообщений, предварительное

7

письменное согласие, а также любым доступным способом довести до его сведения информацию о способе отказаться от дальнейшего получения смс-сообщений.

ООО «Рапporto», в свою очередь, в силу пункта 3.2.3 Договора 2, имеет право приостановить доступ к системе до момента исполнения ООО «Зебра на Бакунинской» нарушенного обязательства или прекратить выполнение своих обязательств по Договору 2 без каких-либо штрафных санкций в свой адрес и/или без возмещения убытков ООО «Зебра на Бакунинской», связанных с прекращением или приостановлением оказания услуг в случае, в том числе, неисполнения или ненадлежащего исполнения ООО «Зебра на Бакунинской» обязанностей, предусмотренных пунктами 3.3.2 и/или 3.3.3.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «Зебра на Бакунинской» к ООО «Рапporto», от него последовательно к ПАО «МТС» 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 смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает 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 «МТС», ООО «Рапporto» 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 «МТС», ООО «Рапporto» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

Дополнительным квалифицирующим признаком является также и то, что заявителем неоднократно направлялись заявления в адрес рекламораспространителя с требованиями прекратить рекламную рассылку на его

телефонный номер.

8

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 «МТС», ООО «Раппорто», ООО «Зебра на Бакунинской», 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 передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «МТС», ООО «Раппорто» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Таким образом, распространение в указанные даты рекламы товаров и услуг на номер телефона<...> от отправителя Zebra 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 определенное распространителя

9

рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности им

относительно ее содержания.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> осуществлено в силу имеющихся между ПАО «МТС», ООО «Рапporto», ООО «Зебра на Бакунинской» гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу и исключительно в совокупности которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий данными лицами рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ПАО «МТС», ООО «Рапporto» являются рекламодателем и рекламодателем рекламы следующего содержания:

«Продлеваем акцию Фитнес+Бассейн! Год-7 500р. Предложение ограничено, подробности по тел. 8(495)-669-90-06 «Зебра на Бакунинской69», поступившей 23.09.2015 в 12:27, отправитель: Zebra;

«Только до 30.08 успеи купить Фитнес+бассейн 12 месяцев всего за 7500 руб! «Зебра на Бакунинской69» тел. 8(495)-669-90-06», поступившей 27.08.2015 в 11:01, отправитель: Zebra;

«28.07 нам 3 ГОДА! Подарки и розыгрыши призов! 27 и 28.07 годовая карта по цене-13900 руб! Тел. 8-(495)-669-90-06 «Зебра на Бакунинской69», поступившей 27.07.2015 в 19:50, отправитель: Zebra;

«15, 16, 17 октября Дни Открытых Дверей в «Зебра Бауманская». Только в эти дни, год 24ч — 11900 руб. Мега акция на Личного Тренера и СПА. «Бакунинская69» 84956699006, 89859643377, 89652788039», поступившей 14.10.2015 в 11:01, отправитель: Zebra.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «МТС», ООО «Рапporto» 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 принята 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

10

рекламодателем и рекламодателем.

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 договора, 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 «МТС», ООО «Рапporto» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении в установленные даты на телефонный

номер <...> от отправителя Zebra без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, в материалы дела 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

11

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 выдачи ПАО «МТС», ООО «Рапporto» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе. 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 «МТС», ООО «Рапporto» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством

СМС-сообщений рекламы следующего содержания:

«Продлеваем акцию Фитнес+Бассейн! Год-7 500р. Предложение ограничено, подробности по тел. 8(495)-669-90-06 «Зебра на Бакунинской69», поступившей 23.09.2015 в 12:27, отправитель: Zebra;

«Только до 30.08 успеи купить Фитнес+бассейн 12 месяцев всего за 7500 руб! «Зебра на Бакунинской69» тел. 8(495)-669-90-06», поступившей 27.08.2015 в 11:01, отправитель: Zebra;

«28.07 нам 3 ГОДА! Подарки и розыгрыши призов! 27 и 28.07 годовая карта по цене-13900 руб! Тел. 8-(495)-669-90-06 «Зебра на Бакунинской69», поступившей 27.07.2015 в 19:50, отправитель: Zebra;

«15, 16, 17 октября Дни Открытых Дверей в «Зебра Бауманская». Только в эти дни, год 24ч — 11900 руб. Мега акция на Личного Тренера и СПА. «Бакунинская69» 84956699006, 89859643377, 89652788039», поступившей 14.10.2015 в 11:01, отправитель:

Zebra без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ПАО «МТС», ООО «Рапporto» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

12

Председатель Комиссии И.С. Гудкова

Члены Комиссии П.В. Олейник

Н.С. Уварова

Исполнитель: Никитухина В. Н., тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. 167)

13