

ПАО «Мегафон»

Оружейный пер., д. 41,

г. Москва, 127006

АО «Мегалабс»

Оружейный пер., д. 41, оф. 157,

г. Москва, 127006

ООО «Дэни Колл»

Новокузнецкая ул., д. 67, оф. 32/2,

г. Краснодар,

Краснодарский край, 350015

mail@danycom.ru

ООО «СМС-Центр»

Пресненская наб., д. 12, оф. А35,

г. Москва, 123112

2-й Рощинский пр-д, д. 8,

г. Москва, 115419

АО «Дон-Строй Инвест»

Мосфильмовская ул., д. 70,

г. Москва, 119590

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-83/77-18

«17» апреля 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 № 3-18-83/77-16, возбужденное по факту распространения ПАО «Мегафон» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, г. Москва, 127006; ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560), АО «Мегалабс» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, оф. 157, г. Москва, 127006; ОГРН 1057747083767, ИНН 7713556058), ООО «Дэни Колл» (место нахождения: Новокузнецкая ул., д. 67, оф. 32/2, г. Краснодар, Краснодарский край, 350015; ОГРН 1144345040883, ИНН 4345404971), ООО «СМС-Центр» (место нахождения: Пресненская наб., д. 12, оф. А35, г. Москва, 123112; ОГРН 1117746756489, ИНН 7724805644), АО «Дон-Строй Инвест» (место нахождения: Мосфильмовская ул., д. 70, г. Москва 119590; ОГРН 1027739404109, ИНН 7734234809) на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщений следующего содержания:

«Летний sale на готовые квартиры в «Алых Парусах» - скидки до 20% и рассрочка от застройщика! Звоните сейчас, ключи завтра! 84951278101», поступившей 02.06.2017 в 14:31 от отправителя «Donstroy»;

«Ваша элитная квартира с роскошной ценой готова! BARRIN HOUSE в Хамовниках — от 480 тыс.р./м2; Smolensky de Luxe на Арбате — от 450 тыс.р./м2; Кленовый DOM на 1-й линии Пречистенской набережной — от 560 тыс.р./м2. Выгода сегодня, ключи завтра — звоните! 84954326311», поступившей 12.07.2017 в 14:20 от отправителя «Donstroy»;

«Черная пятница в Алых парусах! Вас ждут 85 квартир со скидками от 25% - только 21-23 июля. Будьте первыми — звоните сейчас! 84952291571», поступившей 19.07.2017 в 13:30 от отправителя «Donstroy». 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 ЗАО «Дон-Строй Инвест» в лице Цыпкина А.В. (по доверенности б/н от 28.06.2016),

в отсутствие представителей ПАО «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-83/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, г. Москва, 127006; ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560), АО «Мегалабс» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, оф. 157, г. Москва, 127006; ОГРН 1057747083767, ИНН 7713556058), ООО «Дэни Колл» (место нахождения: Новокузнецкая ул., д. 67, оф. 32/2, г. Краснодар, Краснодарский край, 350015; ОГРН 1144345040883, ИНН 4345404971), ООО «СМС-Центр» (место нахождения: Пресненская наб., д. 12, оф. А35, г. Москва, 123112; ОГРН 1117746756489, ИНН 7724805644), АО «Дон-Строй Инвест» (место нахождения: Мосфильмовская ул., д. 70, г. Москва, 119590; ОГРН 1027739401109, ИНН 7734234809) на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщений следующего содержания:

«Летний sale на готовые квартиры в «Алых Парусах» - скидки до 20% и рассрочка от застройщика! Звоните сейчас, ключи завтра! 84951278101», поступившей 02.06.2017 в 14:31 от отправителя «Donstroy»;

«Ваша элитная квартира с роскошной ценой готова! BARRIN HOUSE в Хамовниках — от 480 тыс.р./м2; Smolensky de Luxe на Арбате — от 450 тыс.р./м2; Кленовый DOM на 1-й линии Пречистенской набережной — от 560 тыс.р./м2. Выгода сегодня, ключи завтра — звоните! 84954326311», поступившей 12.07.2017 в 14:20 от отправителя «Donstroy»;

«Черная пятница в Алых парусах! Вас ждут 85 квартир со скидками от 25% - только 21-23 июля. Будьте первыми — звоните сейчас! 84952291571», поступившей 19.07.2017 в 13:30 от отправителя «Donstroy».

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 «Мегафон» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, г. Москва, 127006) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1057747083767, ИНН 7713556058.

АО «Мегалабс» (адрес: 614094, Пермский край, г. Пермь, ул. Овчинникова, д. 17) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 25.05.2005 за основным государственным регистрационным номером 1057747083767, ИНН 7713556058.

ООО «Дэни Колл» (место нахождения: Новокузнецкая ул., д. 67, оф. 32/2, г. Краснодар, Краснодарский край, 350015) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 26.12.2014 за основным государственным регистрационным номером 1144345040883, ИНН 4345404971.

ООО «СМС-Центр» (место нахождения: Пресненская наб., д. 12, оф. А35, г. Москва, 123112) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 26.09.2011 за основным государственным

регистрационным номером 1117746756489, ИНН 7724805644.

«Дон-Строй Инвест» (место нахождения: Мосфильмовская ул., д. 70, г. Москва, 119590) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.11.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739404109, ИНН 7734234809.

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

Согласно материалам дела № 3-18-83/77-18 на номер телефона < > по п/п № 2017 в 14:31, 12.07.2017 в 14:20, 19.07.2017 в 13:30 поступила спорная реклама от отправителя «Donstroy».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона содержащими тексты рассматриваемых сообщений а также детализированной 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 диспозитивной частью 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 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 распространяемая 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 содержится информация о жилых комплексах 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.

Довод АО «Дон-Строй Инвест» о том, что на рассматриваемые смс-сообщения не распространяются требования законодательства Российской Федерации о рекламе, отклонен Комиссией как необоснованный в связи с тем, что причин, по которым Общество придерживается названной позиции представителем не названы.

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-распространителя. 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 абонента должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя-распространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера < > согласие на получение рассматриваемой рекламы он не давал. Данный факт ООО «Лон-Строй Инвест» не оспаривается и поясняется, что телефонный номер заявителя попал в базу рассылки по ошибке.

Таким образом, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Лэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Лон-Строй Инвест» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору 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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Лэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Лон-Строй Инвест» информации о наличии либо отсутствии согласия на получение рекламы гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

По мнению ПАО «Мегафон», рассматриваемые смс-сообщения распространены с соблюдением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, так как при заключении абонентского договора заявитель согласился с условиями оказания услуг Мегафон связи, которые в пункте 14.14.2 содержат положение о согласии абонента на получение рекламы при использовании услуг связи.

Между тем Комиссией отмечается, что исходя из понимания части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а также самой цели данной нормы согласие должно быть получено распространителем рекламы. Учитывая специфику распространения смс-сообщений посредством множества последовательно заключенных договоров, такое согласие должно быть получено распространителем на направление абоненту рекламы.

определенных товаров (работ, услуг) или определенного лица.

Наличие согласия у конечного распространителя без указания на конкретный объект рекламирования не является надлежащим, так как из такого согласия не может следовать волеизъявление лица на получение рекламы об определенном объекте рекламирования от определенного лица.

Данный правовой подход полностью соответствует требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе и предполагает, что абонент при согласии на получение рекламы выражает свое желание получить только определенную информацию, а не любую рекламу по желанию третьих лиц.

При получении согласия оператором связи такое согласие может распространяться исключительно на рекламу услуг данного оператора связи и иных обозначенных лиц, но не на рекламу неопределенного круга лиц.

В противном случае абонент может быть поставлен в положение, в котором он не в состоянии контролировать информацию, в том числе рекламную, поступающую на его телефонный номер < > что прямо противоречит части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Таким образом, в настоящем случае абонент должен был согласиться на получение рекламы именно о жилых комплексах группы компаний Донстрой (либо рекламу АО «Дон-Строй Инвест» и т.п.), а его контрагенты убедиться в его наличии при исполнении нижепоименованных договоров. Установлено, что такое согласие у распространителей отсутствовало.

Кроме того, само по себе согласие абонента заявителем ПАО «Мегафон» в Московское УФАС России не является надлежащим и априори не может быть рассмотрено в качестве подтверждения соблюдения рекламораспространителями части 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи со следующим.

ПАО «Мегафон» пояснено, что с заявителем заключен договор на оказание услуг связи. Неотъемлемыми частями такого договора являются информация. Условия оказания услуг связи Мегафон (далее — Условия) и тарифный план, выбранный абонентом.

При заключении договора заявитель подтвердил, что надлежащим образом ознакомлен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану, являющимися неотъемлемыми частями договора, а также зон обслуживания сети ПАО «Мегафон». в соответствии с пунктом 14.14.2 Условий соглашается на получение рекламы при использовании услуг.

В соответствии с пунктом 14.16 Условий абонент имеет право выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сети связи ПАО «Мегафон».

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. По мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора на оказание каких-либо услуг, в данном случае — услуг связи, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Согласно представленным документам и сведениям, договор услуг связи по своей природе является договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации, договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Таким образом, у потенциального клиента ПАО «Мегафон» нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора. Отказ лица от одного из условий такого договора приравнивается к отказу от заключения договора в целом.

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В таком случае у лица, заключившего договор, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь заключить договор. Подобное положение, по мнению Комиссии, прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента, и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т.п.) рекламы.

Исходя из материалов дела № 3-18-83/77-18 указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: Договора «РИМ-МГФ 01012917 от 01.01.2017, заключенного между ПАО «Мегафон» и АО «МегаЛабс» (далее — Договор 1); Договора «ДМИ-ДЕНИКОЛЛ-01072016 от 01.07.2016, заключенного между АО «МегаЛабс» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (далее — Договор 2); Партнерского договора «106/SMS от 01.01.2017, заключенного между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр» (далее — Договор 3); Договора оказания услуг № 444350 от 10.06.2016, заключенного между ООО «СМС-центр» и ЗАО «Дон-Строй Инвест».

Согласно пункту 2.1 Договора 1, ПАО «Мегафон» обязуется оказывать АО «МегаЛабс» за вознаграждение услуги, а АО «МегаЛабс» обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные соглашением и приложением к нему. При этом в силу раздела 1 Договора 1 под услугой понимается услуга по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов АО «МегаЛабс» (клиента АО «МегаЛабс») среди абонентов, а также по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса. В соответствии с пунктом 3.1 Договора 1 в рамках оказания услуги ПАО «Мегафон» обязуется предоставить АО «МегаЛабс» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов АО «МегаЛабс» среди абонентов.

Согласно разделу 1 Договора 1 абонентом является пользователь услугами связи, с которым ПАО «Мегафон» заключен договор об оказании таких услуг; интерфейсом являются программные средства ПАО «Мегафон», используемые для управления услугой; клиентом АО «МегаЛабс» является третье лицо, являющееся инициатором размещения рекламно-информационных материалов (далее - РИМ) среди абонентов, которому АО «МегаЛабс» оказывает услуги по размещению рекламно-информационных материалов среди абонентов и предоставлению доступа к интерфейсу.

В соответствии с пунктом 4.6 Договора 1 АО «МегаЛабс» гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Закона о рекламе, иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Закона о рекламе, иным требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно пункту 4.7 Договора 1 АО «МегаЛабс» при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс» гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы. В силу пункта 4.11 Договора 1 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс» АО «МегаЛабс» обязан по требованию ПАО «Мегафон» представить письменное согласие абонента на получение рекламы в течение трех рабочих дней.

В соответствии с пунктом 4.4 Договора 1 ПАО «Мегафон» имеет право незамедлительно прекращать размещение среди абонентов SMS/MMS/USSD-сообщений, баннеров АО «МегаЛабс», в том числе, если они не соответствуют действительности, требованиям действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам ПАО «Мегафон», могут нанести ущерб деловой репутации ПАО «Мегафон», а также если не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов оператора или если у ПАО «Мегафон» имеются сведения об отзыве согласия на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс».

На основании пункта 4.16 Договора 1 ПАО «Мегафон» вправе блокировать возможность использования АО «МегаЛабс» какой-либо подписи, в том числе в случае нарушения АО «МегаЛабс» требований к РИМ, в том числе требований по получению согласий абонентов на получение рекламы.

Согласно пункту 2.1 Договора 2, АО «МегаЛабс» обязуется оказывать ООО «ДЭНИ КОЛЛ» за вознаграждение услуги, а АО «МегаЛабс» обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные соглашением и приложением к нему. При этом в силу раздела 1 Договора 2 под услугой понимается услуга по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (клиента ООО «ДЭНИ КОЛЛ») среди абонентов, а также по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса. В соответствии с пунктом 3.1 Договора 2 в рамках оказания услуги АО «МегаЛабс» обязуется предоставить ООО «ДЭНИ КОЛЛ» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов ООО «ДЭНИ КОЛЛ» среди абонентов.

Согласно разделу 1 Договора 2 абонентом является пользователь услугами связи, с которым оператором заключен договор об оказании таких услуг; интерфейсом являются программные средства АО «МегаЛабс», используемые для управления услугой; клиентом ООО «ДЭНИ КОЛЛ» является третье лицо, являющееся рекламодателем и инициатором размещения рекламно-информационных материалов (далее - РИМ) среди абонентов, с которым у ООО «ДЭНИ КОЛЛ» заключен договор на оказание услуг по размещению посредством каналов коммуникации РИМ среди абонентов.

В соответствии с пунктом 4.7 Договора 2 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Закона о рекламе, иным требованиям законодательства Российской Федерации,

точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Закона о рекламе, иным требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно пункту 4.8 Договора 2 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс» гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы. Согласно пункту 4.11 Договора 2 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым ООО «ДЭНИ КОЛЛ» получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение РИМ от ООО «ДЭНИ КОЛЛ» ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязуется незамедлительно прекратить размещение SMS-сообщений посредством интерфейса, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от исполнителя. В силу пункта 4.12 Договора 2 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов ООО «ДЭНИ КОЛЛ» ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязан по требованию АО «МегаЛабс» представить письменное согласие абонента на получение рекламы в течение трех рабочих дней.

В соответствии с пунктом 4.4 Договора 2 АО «МегаЛабс» имеет право незамедлительно прекращать размещение среди абонентов SMS-сообщений ООО «ДЭНИ КОЛЛ», в том числе, если они не соответствуют действительности, требованиям действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам АО «МегаЛабс» и/или ПАО «Мегафон», могут нанести ущерб деловой репутации АО «МегаЛабс» и/или ПАО «Мегафон», а также если не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов оператора или если у АО «МегаЛабс» имеются сведения об отзыве согласия на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов ООО «ДЭНИ КОЛЛ».

На основании пункта 4.15 Договора 1 ПАО «Мегафон» вправе блокировать возможность использования ООО «ДЭНИ КОЛЛ» какой-либо подписи, в том числе в случае нарушения ООО «ДЭНИ КОЛЛ» требований к РИМ, в том числе требований по получению согласий абонентов на получение рекламы.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 3 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязуется оказывать ООО «СМС-Центр» услуги путем предоставления доступа к сервису рассылки SMS-сообщений ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и обеспечению возможности пользования сервисом ООО «ДЭНИ КОЛЛ» для самостоятельной отправки ООО «СМС-Центр» SMS-сообщений абонентам, а заказчик обязуется принимать и оплачивать оказанные ООО «ДЭНИ КОЛЛ» услуги в соответствии с условиями Договора 3.

Согласно пункту 3.1 Договора 3 ООО «СМС-Центр» обязуется самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от абонента, на абонентский номер которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в рамках оказания услуг. Также ООО «СМС-Центр» обязуется использовать услуги исключительно в соответствии с общепризнанными нормами международного права, нормами законодательства Российской Федерации и страны места регистрации оператора абонента, включая законодательство о рекламе, об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также социальными, моральными, этическими нормами и принципами, и только для передачи информации абонентам, от которых получено предварительное письменное согласие на получение SMS-

сообщений; не использовать права и/или технические возможности, полученные в соответствии с Договором 3, для осуществления действий, запрещенных законодательством Российской Федерации или страной места регистрации оператора абонента (таких как проведение азартных игр, направление абонентам информации без согласия последних на ее получение и т. д.); не использовать услуги для распространения СПАМа, т. е. рассылать SMS-сообщения только абонентам, от которых ООО «СМС-Центр» самостоятельно и за его счет в обязательном порядке предварительно (до рассылки SMS-сообщений) получены надлежащим образом оформленные согласия на получение таких SMS-сообщений.

В соответствии с пунктом 3.4.4 Договора 3 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» вправе приостанавливать от оказания услуг по Договору 3 в том числе в случае нарушения ООО «СМС-Центр» вышеуказанных условий Договора 3.

Согласно разделу 2 Договора 4 ООО «СМС-Центр» предоставляет ООО «Дон-Строй Инвест» услуги доступа к сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, а также для интеграции сервисов ООО «Дон-Строй Инвест» для отправки и приема сообщений через API в соответствии с правилами предоставления услуг, действующими тарифами ООО «СМС-Центр», согласованными сторонами и на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 140902 от 26.01.2012. При использовании услугами ООО «Дон-Строй Инвест» самостоятельно без участия ООО «СМС-Центр» формирует базу телефонных номеров абонентов (адресов электронной почты) для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор теста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора.

В соответствии с пунктом 3.2.3 Договора 4 ООО «Дон-Строй Инвест» в обязательном порядке получить от абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженного посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщений, в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

Также в соответствии с пунктом 3.2.5 Договора 4 ООО «Дон-Строй Инвест» обязан не использовать подключение к сервису SMSC.RU в том числе для рассылки спама, для передачи сообщений, которые не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе.

При этом под СПАМом, согласно пункту 1.10, понимается рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная без предварительного согласия абонентов или адресатов, а также рассылка, вводящая абонентов или адресатов в заблуждение относительно содержания сообщений и их отправителя.

В случае нарушения указанных условий Договора 4, в соответствии с пунктом 3.3.1 Договора 4, ООО «СМС-Центр» вправе заблокировать личный кабинет ООО «Дон-Строй Инвест».

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «Дон-Строй Инвест» к ООО «СМС-Центр», от него последовательно к ООО «Дэни Колл», АО «МегаЛабс», ПАО «МегаФон» 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 «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» 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 «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» 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 «Мегафон»,

АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» 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 «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» 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 на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщений следующего содержания:

«Летний sale на готовые квартиры в «Алых Парусах» - скидки до 20% и рассрочка от застройщика! Звоните сейчас, ключи завтра! 84951278101», поступившей 02.06.2017 в 14:31 от отправителя «Donstroy»;

«Ваша элитная квартира с роскошной ценой готова! BARRIN HOUSE в Хамовниках — от 480 тыс.р./м2; Smolensky de Luxe на Арбате — от 450 тыс.р./м2; Кленовый DOM на 1-й линии Пречистенской набережной — от 560 тыс.р./м2. Выгода сегодня, ключи завтра — звоните! 84954326311», поступившей 12.07.2017 в 14:20 от отправителя «Donstroy»;

«Черная пятница в Алых парусах! Вас ждут 85 квартир со скидками от 25% - только 21-23 июля. Будьте первыми — звоните сейчас! 84952291571», поступившей 19.07.2017 в 13:30 от отправителя «Donstroy» 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.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» 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 «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ПАО «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» являются рекламодателем, рекламораспространителями рекламы, поступившей на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщений следующего содержания:

«Летний sale на готовые квартиры в «Алых Парусах» - скидки до 20% и рассрочка от застройщика! Звоните сейчас, ключи завтра! 84951278101», поступившей 02.06.2017 в 14:31 от отправителя «Donstroy»;

«Ваша элитная квартира с роскошной ценой готова! BARRIN HOUSE в Хамовниках — от 480 тыс.р./м2; Smolensky de Luxe на Арбате — от 450 тыс.р./м2; Кленовый DOM на 1-й линии Пречистенской набережной — от 560 тыс.р./м2. Выгода сегодня, ключи завтра — звоните! 84954326311», поступившей 12.07.2017 в 14:20 от отправителя «Donstroy»;

«Черная пятница в Алых парусах! Вас ждут 85 квартир со скидками от 25% - только 21-23 июля. Будьте первыми — звоните сейчас! 84952291571», поступившей 19.07.2017 в 13:30 от отправителя «Donstroy».

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 «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» 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 рекламодателем, рекламораспространителями.

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 «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Лэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 02.06.2017 в 14:31, 12.07.2017 в 14:20, 19.07.2017 в 13:30 на телефонный номер <...> от отправителя «Donstroy».

Локализаторы, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Лэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» 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 (пускай 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 выдачи ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Лэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Лон-Строй Инвест» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и 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 02.06.2017, 12.07.2017, 19.07.2017.

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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Лэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Лон-Строй Инвест» нарушившими часть 1 статьи 18 Закон о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщений следующего содержания:

«Летний sale на готовые квартиры в «Алых Порусах» - скидки до 20% и рассрочка от застройщика! Звоните сейчас, ключи завтра! 84951278101», поступившей 02.06.2017 в 14:31 от отправителя «Donstroy»;

«Ваша элитная квартира с роскошной ценой готова! BARRIN HOUSE в Хамовниках — от 480 тыс.р./м2; Smolensky de Luxe на Арбате — от 450 тыс.р./м2; Кленовый DOM на 1-й линии Пречистенской набережной — от

560 тыс.р./м2. Выгода сегодня, ключи завтра — звоните! 84954326311», поступившей 12.07.2017 в 14:20 от отправителя «Donstroy»;

«Черная пятница в Алых парусах! Вас ждут 85 квартир со скидками от 25% - только 21-23 июля. Будьте первыми — звоните сейчас! 84952291571», поступившей 19.07.2017 в 13:30 от отправителя «Donstroy», направленной без предварительного согласия абонента.

2. ПАО «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-Центр», АО «Дон-Строй Инвест» 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

<...>

<...>

