РЕШЕНИЕ
по делу № 077/05/18-11501/2019
«06» ноября 2019 года
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: <...>ой,
членов Комиссии: <...>ой, <...>,
рассмотрев дело № 077/05/18-11501/2019 по признакам нарушения ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщений от отправителя Synergy следующего содержания:
«Предпринимательский форму «Трансформация 4». 3 сентября в СК «Олимпийский». Участие бесплатно. Регистрация:
goo.gl/JKdKYx»,
поступившей 30.08.2018 в 11:57;
«Приходи в зал Олимпийского и получи бесплатное обучение и возможность стать студентом MBA! Трансформация.рф», поступившей 28.11.2018 в 13:53;
«Смарт-пространство для бизнеса https://u.to/-deLFQ», поступившей 30.05.2019 в 13:14, в отсутствие предварительного согласия абонента,
в присутствии НОУ «МФПУ «Синергия» в лице <...> (по доверенности № 152-05 от 16.09.2019),
в отсутствие ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком» (уведомлены надлежащим образом),
УСТАНОВИЛА:
Дело
№ 077/05/18-11501/2019 возбуждено в отношении
ПАО
«ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» на основании обращения физического лица и материалов по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений от отправителя Synergy следующей рекламы:
«Предпринимательский форму «Трансформация 4». 3 сентября в СК «Олимпийский». Участие бесплатно. Регистрация:
goo.gl/JKdKYx»,
поступившей 30.08.2018 в 11:57;
«Приходи в зал Олимпийского и получи бесплатное обучение и возможность стать студентом MBA! Трансформация.рф», поступившей
2
28.11.2018 в 13:53;
«Смарт-пространство для бизнеса https://u.to/-deLFQ», поступившей 30.05.2019 в 13:14, в отсутствие предварительного согласия абонента.
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» 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.
ООО «Девино Телеком» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 21.09.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107746769162, ИНН 7715829230.
НОУ «МФПУ «Синергия» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 18.02.2003 за основным государственным регистрационным номером 1037700232558; ИНН 7729152149.
Каждое из указанных юридических лиц является действующим, сведений о прекращении деятельности не имеется.
Поступление указанных рекламных сообщений на номер телефона <...> подтверждается снимками экрана, содержащим текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и ПАО «ВымпелКом».
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» (далее — Закон 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 излучения, 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
3
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 распространенных СМС-сообщений.
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 спорных смс-сообщений 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.
Рассматриваемая информация направлена на привлечение внимания к образовательным услугам, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.
Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...> смс-сообщений, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-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
4
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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.
Рекламораспространитель 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 рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя.
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.
Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение спорной рекламы ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» он не давал.
Факт того, что заявитель является владельцем телефонного номера <...> подтверждается материалами и сведениями, предоставленными ПАО «ВымпелКом», и не оспаривается лицами, участвующими в деле.
Из письменных пояснений НОУ «МФПУ «Синергия» следует, что абонент телефонного номера <...> <...> оставила указанный номер при заполнении формы для регистрации на сайте sbs.edu.ru, где в графе «Я согласен
5
на получение информационных рассылок от Школы Бизнеса «Синергия» данным клиентом была проставлена галочка. Таким образом, из пояснений НОУ «МФПУ «Синергия» следует, что спорная реклама была направлена с согласия абонента телефонного номера <...>.
В свою очередь у Комиссии отсутствуют объективные документальные доказательства того, что пользователь действительно прошел процедуру регистрации на сайте sbs.edu.ru и заполнил названную форму, поскольку в материалы дела представлена страница сайта с незаполненной формой для регистрации, а также лид с указанием телефонного номера <...>, из которых не следует, что пользователь прошел регистрацию именно на сайте sbs.edu.ru и согласился на получение рекламы от отправителя Synergy.
Более того, в поступившем в Московское УФАС России заявлении владелец

телефонного

номера
+7(905)588-88-75,

которым
зарегистрировавшаяся на сайте <...> не является, указал, что согласие на получение рекламы он не давал. Надлежащих доказательств обратного лицами, участвующими в деле, в Московское УФАС России не представлено.
Кроме того сам по себе факт заполнения неустановленным лицом формы на сайте, в том числе с указанием мобильного номера телефона и имени, проставлением «галочки», не позволяет однозначно идентифицировать его как абонента — владельца указанного телефонного номера, что в свою очередь является обязательным условием получения предварительного согласия на

распространение рекламы.
Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на телефонный номер <...> от отправителя Synergy, была направлена в отсутствие надлежащего согласия абонента на ее получение. Лицами, участвующими в деле, как распространителями данной рекламы, надлежащих доказательств наличия такого согласия не представлено. В свою очередь, обязанность доказывания того, что абонент согласился на получение рекламы, лежит именно на них.
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.
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.

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 лицо должно сначала получить такое согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.
На основании вышеизложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на номер телефона <...> от отправителя Synergy в отсутствие согласия абонента на ее получение, нарушает положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.
Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.
Таким образом, распространение посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя Synergy рекламы:
«Предпринимательский форму «Трансформация 4». 3 сентября в СК «Олимпийский». Участие бесплатно. Регистрация: goo.gl/JKdKYx»,
поступившей 30.08.2018 в 11:57;
«Приходи в зал Олимпийского и получи бесплатное обучение и возможность стать студентом MBA! Трансформация.рф», поступившей 28.11.2018 в 13:53;
«Смарт-пространство для бизнеса https://u.to/-deLFQ», поступившей 30.05.2019 в 13:14, 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 зависимость от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.
Из материалов дела следует, что указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:
• договора об оказании услуг связи № 558085257 от 01.05.2015
7
(далее — договор 1), а также дополнительное соглашение к нему № 4 от 01.12.2018, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Девино Телеком»;
• договора оказания услуг № ДТ-К/012740 от 18.03.2011, заключенного между ООО «Девино Телеком» и НОУ «МФПУ «Синергия» (далее — договор 2).
В соответствии с пунктом 1.1. Договора 1 ПАО «Вымпелком» оказывает услуги связи Билайн, а ООО «Девино Телеком» оплачивает на условиях настоящего договора оказанные услуги связи.
Согласно пункту 1.1 Дополнительного соглашения к Договору 1, в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» ПАО «Вымпелком» предоставляет ООО «Девино Телеком» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу ПАО «Вымпелком» для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами ООО «Девино Телеком» и ООО «Девино Телеком».
В соответствии с пунктом 4.2 Дополнительного соглашения к Договору 1, ООО «Девино Телеком» осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили 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 получение согласий ООО «Девино Телеком» и (или) его партнеров до даты осуществления рассылок на номера соответствующих пользователей.
В связи с тем, что ПАО «Вымпелком» не осуществляет непосредственное направление SMS-сообщений абонентам, по мнению ПАО «Вымпелком», нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в его действиях отсутствуют.
Между тем Комиссия 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 ПАО «Вымпелком»
статуса
рекламораспространителя.
По смыслу приведенной части 1 статьи 18 Закона о рекламе 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.
Согласно условиям Дополнительного соглашения № 4 Договора 1, ООО «Девино Телеком» по требованию ПАО «Вымпелком» в течение срока указанного в требовании, но не более 10 (десяти) рабочих дней с даты получения соответствующего запроса, предоставит ПАО «Вымпелком» данные и документы, подтверждающие наличие предварительного согласия
8
пользователей.
Кроме того согласно пункту 4.6. Дополнительного соглашения № 4 к Договору 1 ООО «Девино Телеком» ведет и регулярно обновляет стоп-листы пользователей, в которые вносятся телефонные номера пользователей, от которых поступили претензии в адрес
ООО «Девино Телеком»,
ПАО «Вымпелком» или его партнеров на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений. ООО «Девино Телеком» обязуется не инициировать рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера пользователей, включенный в данный стоп-лист, в соответствии с полученным от них отказом на получение информации от ПАО «Вымпелком» или партнеров с указанных имен отправителей.
В случае нарушения ООО «Девино Телеком» положений Раздела 4 Договора 1 согласно пункту 4.8. Дополнительного соглашения № 4 к Договору 1, в том числе условия о получении предварительного согласия абонента, ПАО «Вымпелком» вправе с предварительным уведомлением приостановить оказание услуг до подтверждения согласия, или расторгнуть Дополнительное соглашение в одностороннем порядке.
Из совокупного толкования положений Договора 1 и Дополнительного соглашения № 4 к Договору 1 усматривается, что оказываемые ПАО «Вымпелком» услуги используются, в том числе, в целях рекламного характера для продвижения товаров, работ и услуг на рынке ООО «Девино Телеком» и его партнеров.
Таким образом, ПАО «Вымпелком» является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях такого звена, как оператор связи, сделает распространение указанных сообщений невозможным.
Следует признать, что ПАО «Вымпелком» было осведомлено о том, что предоставленные им услуги связи будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.
На основании изложенного Комиссия приходит к выводу о том, что ПАО «Вымпелком» является неотъемлемой частью единой цепочки лиц, осуществлявший действия по доведению рекламы до абонента и обладает статусом рекламораспространителя.
В соответствии с разделом 2 Договора 3 ООО «Девино Телеком» оказывает услуги НОУ «МФПУ «Синергия» путем предоставления доступа к личному кабинету пользователя на платформе DEVINO.SMS, что позволяет НОУ «МФПУ «Синергия» самостоятельно отправлять на мобильный терминал

абонента сообщения, получать с мобильного терминала абонента sms-сообщения, а также формировать статистику по отправленным и полученным сообщениям.
Согласно пунктам 3.2.1, 3.2.3, 3.2.5 Договора 3 НОУ «МФПУ «Синергия»
9
обязуется соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении данного договора в отношении использования услуг, в том числе Закон о рекламе, а также в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка сообщений, согласие на получение таких сообщений, и не использовать подключение к платформе DEVINO.SMS для организации СПАМа (рассылки сообщений рекламного характера, осуществленной на мобильные терминалы абонентов без предварительного согласия абонентов).
В соответствии с пунктом 3.3.2 Договора 3 ООО «Девино Телеком» вправе блокировать личный кабинет НОУ «МФПУ «Синергия» при рассылке последним сообщений, соответствующих признакам СПАМ.
Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от НОУ «МФПУ «Синергия» к ООО «Девино Телеком», от него к 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 смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.
Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) 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 или иными обычно предъявляемыми требованиями.
ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» 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 «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые
10
к рекламораспространителям.
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 ГК РФ не подлежит судебной защите.
Кроме того, согласно части 1 статьи 2 ГК РФ 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 «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» 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.
Комиссией

Московского

УФАС

России

установлено,
что ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» 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 доставлена конечному адресату - заявителю. В случае отсутствия последовательности выше установленных действий ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.
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 «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.
Таким образом
ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком»,
НОУ «МФПУ «Синергия»
являются распространителями рекламы,
направленной посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя Synergy следующего содержания:
«Предпринимательский форму «Трансформация 4». 3 сентября в СК «Олимпийский». Участие бесплатно. Регистрация:

goo.gl/JKdKYx»,
11
поступившей 30.08.2018 в 11:57;
«Приходи в зал Олимпийского и получи бесплатное обучение и возможность стать студентом MBA! Трансформация.рф», поступившей 28.11.2018 в 13:53;
«Смарт-пространство для бизнеса https://u.to/-deLFQ», поступившей 30.05.2019 в 13:14.
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 «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» 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 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 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 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 рекламораспространителями, а равно несут ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного
12
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.

По мнению ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком» в связи с тем, что Общества не осуществляют непосредственное направление смс-сообщений абонентам, по их мнению, нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе в их действиях отсутствуют.
Между тем Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что само по себе наличие выше рассмотренных договоров является свидетельством осуществления ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком» определенных действий, направленных на доведение рекламы до ее получателей, а равно наличия у Обществ статуса рекламораспространителей.
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 пунктом 1 статьи 1 ГК РФ 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 (пунктом 3 статьи 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ), запрету на злоупотребление правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).
Из совокупного толкования положений рассмотренных договоров с очевидностью усматривается, что оказываемые ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком» услуги используются, в том числе в целях рекламного характера, для продвижения услуг НОУ «МФПУ «Синергия» и привлечения к

ним максимально возможного внимания со стороны потенциальных потребителей. Таким образом, ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях таких звеньев, как оператор связи и иных посредников, предоставляющих доступ к различным программам по отправке смс-сообщений, сделает распространение указанных сообщений невозможным.
Оценивая

приведенные

договоры,

следует

признать,
что ПАО «МТС», ООО «СМС-Центр», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия»
в настоящем случае были осведомлены о том, что
предоставляемые ими услуги будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.
Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком»,
НОУ «МФПУ «Синергия»
установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя Synergy следующего содержания:
«Предпринимательский форму «Трансформация 4». 3 сентября в СК «Олимпийский». Участие бесплатно. Регистрация:
goo.gl/JKdKYx»,
поступившей 30.08.2018 в 11:57;
«Приходи в зал Олимпийского и получи бесплатное обучение и возможность стать студентом MBA! Трансформация.рф», поступившей 28.11.2018 в 13:53;
«Смарт-пространство для бизнеса https://u.to/-deLFQ», поступившей 30.05.2019 в 13:14, направленной без предварительного согласия абонента на ее получение.
Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «МТС», ООО «СМС-Центр», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия», ООО «Ритэйлер» 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 14
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 «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» предписаний о прекращении (недопущении дальнейших) нарушений 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 «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщений от отправителя Synergy следующего содержания:
«Предпринимательский форму «Трансформация 4». 3 сентября в СК «Олимпийский». Участие бесплатно. Регистрация:
goo.gl/JKdKYx»,
поступившей 30.08.2018 в 11:57;
«Приходи в зал Олимпийского и получи бесплатное обучение и возможность стать студентом MBA! Трансформация.рф», поступившей 28.11.2018 в 13:53;
«Смарт-пространство для бизнеса https://u.to/-deLFQ», поступившей 30.05.2019 в 13:14, направленной без предварительного согласия абонента на ее получение.
2. Выдать ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», НОУ «МФПУ «Синергия» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
15
Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.
Председатель Комиссии
<...>а
Члены Комиссии
<...>а
<...>