

ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ»

Рождественнскаякая ул., д. 5, пом. VII,
Московская обл., г. Мытищи, 141006

ООО «СМС Трафик»

2-й Южнопортовый пр-д,
д. 20А, стр. 4,
г. Москва, 115088

ПАО «Мегафон»

Вятская ул., д. 27, стр. 42,
г. Москва, 127015

АО «МегаЛабс»

2-й Казачий пер., д. 11, стр. 1,
г. Москва, 119180

РЕШЕНИЕ

«11» мая 2017 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, Комиссия, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-63/77-17 возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством SMS-сообщения рекламы:

«АКЦИЯ!!! КАРТА на ГОЛ ФИТНЕС+БАССФЙН 24ч = 50000! АКТИВАЦИЯ КОГДА УДОБНО! ПРИВЕДИ ДРУГА — ПОЛУЧИ МЕСЯЦ В ПОДАРОК! БРОНЬ: 84953748762», поступившей 28.09.2016 в 18:40 от отправителя «ZEBRA»;

«ВНИМАНИЕ! Напоминаем: СЕГОДНЯ ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ! БРОНЬ: 84953748762», поступившей 30.09.2016 в 13:14 от отправителя «ZEBRA»,

с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в отсутствие представителей ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ», ООО «СМС Трафик», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-63/77-17 возбуждено в отношении ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» ООО «СМС Трафик» ПАО «Мегафон» АО «МегаЛабс» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством SMS-сообщения рекламы:

«АКЦИЯ!!! КАРТА на ГОЛ ФИТНЕС+БАССФЙН 24ч = 50000! АКТИВАЦИЯ КОГДА УДОБНО! ПРИВЕДИ ДРУГА — ПОЛУЧИ МЕСЯЦ В ПОДАРОК! БРОНЬ: 84953748762», поступившей 28.09.2016 в 18:40 от отправителя «ZEBRA»;

«ВНИМАНИЕ! Напоминаем: СЕГОДНЯ ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ! БРОНЬ: 84953748762», поступившей 30.09.2016 в 13:14 от отправителя «ZEBRA» с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

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» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027809169585, ИНН 7812014560, КПП 770601001.

АО «МегаЛабс» 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, КПП 770601001.

ООО «СМС Трафик» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.01.2005 за основным государственным регистрационным номером 1145029009509, ИНН 5029188379, КПП 772301001.

ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 07.08.2014 за основным государственным регистрационным номером 1025400001571, ИНН 5408117935, КПП 502901001.

Согласно материалам дела № 3-18-63/77-17 рассматриваемая реклама поступила на номер телефона +<...> 28.09.2016 в 18:40, 30.09.2016 в 13:14 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 заявителем в материалы дела.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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

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

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного 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 возможности воспользоваться финансовой услугой банка, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространяемая посредством отправки смс-сообщений на номер телефона <...>, 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 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 распространённой 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 Высшего Арбитражного Суда 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 абонента должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Согласно материалам дела рассматриваемые смс-сообщения были ошибочно отправлены абоненту телефонного номера <...>, подтверждения наличия согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламы ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» сторонами по делу не представлено.

Каких-либо документов свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «МегаФон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» информации о наличии либо отсутствие согласия гражданина подавшего обращение в Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-63/77-17 указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

- договор № <...>, заключенный между ООО «СМС Трафик» и ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» (далее — Договор 1);
- договор № <...>, заключенный между ООО «СМС Трафик» и АО «МегаЛабс» (далее — Договор 2);
- <...>, заключенное между АО «МегаЛабс» и ПАО «МегаФон» (далее-Соглашение).

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 1, ООО «СМС Трафик» обязуется оказать ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» услуги доступа к системе, а ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» обязуется оплачивать оказанные услуги.

Согласно пункту 1.2 Договора 1, под системой понимается принадлежащий ООО «СМС Трафик» комплекс оборудования и программного обеспечения, который позволяет обрабатывать сообщения.

В соответствии с пунктом 2.3 Договора 1, ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ», пользуясь услугами, заказывает тем самым ООО «СМС Трафик» обеспечить, в частности:

- комплекс необходимых технических и организационных мероприятий, обеспечивающих рассылку сообщений, в том числе по сети подвижной радиотелефонной связи (то есть массовую отправку одинаковых сообщений абонентам с целью распространения какой-либо информации);
- комплекс необходимых технических и организационных мероприятий

- комплекс необходимых технических и организационных мероприятий, обеспечивающих передачу абонентам индивидуальных сообщений, содержащих цифровые, буквенные или буквенно-цифровые сочетания (например, коды, пароли), а также иных адресных сообщений, содержащих различную информацию.

Согласно пункту 3.2.2 Договора 1, ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» обязан получить от абонента, на телефонный номер которого ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» планирует осуществлять отправку сообщений с информацией ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ», предварительное согласие, выраженное посредством совершения абонентом действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщений. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 1, ООО «СМС Трафик» вправе потребовать у ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» подтверждения получения согласия абонента на обработку его персональных данных и передачу их третьим лицам.

В соответствии с пунктом 2.1. Договора 2, АО «МегаЛабс» обязуется оказывать ООО «СМС Трафик» за вознаграждение услуги, а ООО «СМС Трафик» обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Договором 2, приложениями к нему и заявками.

Согласно пункту 1.1 Договора 2, под услугой понимается услуга по размещению посредством каналов коммуникаций рекламно-информационные материалы ООО «СМС Трафик» среди абонентов, по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса.

В соответствии с пунктом 3.9 Договора 2, в случае размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов ООО «СМС Трафик», ООО «СМС Трафик» обязуется до размещения рекламно-информационных материалов получить согласие абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае из упоминания в SMS-сообщении) для целей размещения рекламно-информационных материалов. Письменное согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер <...> по которому абонент дал согласие на получение sms-сообщений.

Согласно пункту 4.3 Договора 2, АО «МегаЛабс» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством Интерфейса sms-сообщений на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или оператора, и условиям Договора. АО «МегаЛабс» вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения ООО «СМС Трафик» условий Договора 2.

В соответствии с пунктом 4.4 Договора 2, АО «МегаЛабс» имеет право незамедлительно прекращать размещение среди абонентов sms-сообщений ООО «СМС Трафик», в том числе, если:

- они не соответствуют действительности, требованиям действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам АО «МегаЛабс» и/или оператора, могут нанести ущерб деловой репутации АО «МегаЛабс» и/или Оператора;
- у АО «МегаЛабс» имеются сведения об отзыве абонентом согласия

на получение рекламы при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов ООО «СМС Трафик»;

- они не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно пункту 4.7 Договора 2, ООО «СМС Трафик» гарантирует соответствие размещаемых рекламно-информационных материалов требованиям Закона о рекламе, иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в рекламно-информационных материалах, соответствие такой информации требованиям Закона о рекламе, иным требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 4.8 Договора 2, ООО «СМС Трафик» при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов ООО «СМС Трафик», гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы.

Согласно пункту 4.11 Договора 2, ООО «СМС Трафик» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым ООО «СМС Трафик» получено предварительное согласие абонента на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение рекламно-информационных материалов от ООО «СМС Трафик», ООО «СМС Трафик» обязуется незамедлительно прекратить размещение sms-сообщений посредством интерфейса, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от АО «МегаЛабс».

В соответствии с пунктом 2.1 Соглашения, ПАО «Мегафон» обязуется оказывать АО «МегаЛабс» за вознаграждение услуги, а АО «МегаЛабс» обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Соглашением и приложениями к нему.

Согласно пункту 1.1 Соглашения, 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 3.6 Соглашения, в случае размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс», АО «МегаЛабс» обязуется до размещения рекламно-информационных материалов получить согласие абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использование в рекламно-информационных материалах).

Согласно пункту 4.3 Соглашения, ПАО «Мегафон» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством Интерфейса SMS/MMS/USSD-сообщений, баннеров на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или оператора, и условиям Соглашения. ПАО «Мегафон» вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «МегаЛабс» условий Соглашения.

В соответствии с пунктом 4.4 Соглашения, ПАО «Мегафон» имеет право незамедлительно прекращать размещение среди абонентов SMS/MMS/USSD-сообщений 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»;
- у ПАО «Мегафон» имеются сведения об отзыве абонентом согласия на получение рекламы при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс»;
- они не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно пункту 4.6 Соглашения, АО «МегаЛабс» гарантирует соответствие размещаемых рекламно-информационных материалов требованиям Закона о рекламе, иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в рекламно-информационных материалах, соответствие такой информации требованиям Закона о рекламе, иным требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 4.7 Соглашения, АО «МегаЛабс» при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс», гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы.

Согласно пункту 4.10 Соглашения, АО «МегаЛабс» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым АО «МегаЛабс» получено предварительное согласие абонента на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение рекламно-информационных материалов от АО «МегаЛабс», АО «МегаЛабс» обязуется незамедлительно прекратить размещение SMS/MMS/USSD-сообщений посредством интерфейса, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от ПАО «Мегафон».

В соответствии с пунктом 4.16 Соглашения, ПАО «Мегафон» вправе блокировать возможность использования АО «МегаЛабс» какой-либо подписи в следующих случаях:

- нарушения АО «МегаЛабс» требований к подписи, установленных Соглашением;
- при получении жалоб от абонентов или претензий от ПАО «Мегафон» или компетентных государственных органов;
- в случае нарушения АО «МегаЛабс» требований к рекламно-информационным материалам, в том числе требований по получению согласий абонентов на получение рекламы;
- в случаях, указанных в пункте 4.4 Соглашения;
- при выявлении ПАО «Мегафон» нарушений иных условий Соглашения АО «МегаЛабс».

При этом согласно пункту 1.1 Соглашения, под подписью понимается индивидуальная символьная подпись, выбранная АО «МегаЛабс» (Клиентом АО «МегаЛабс») для указания в качестве имени отправителя при размещении рекламно-информационных материалов, которая будет отображена абоненту в получаемом им SMS/MMS-сообщении. В качестве подписи отправителя может использоваться цифровой идентификатор.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи последовательно от ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» к ООО «СМС Трафик», 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 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 делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ», ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» 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 ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ», ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» 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 направлялось заявление в адрес рекламораспространителя с требованиями прекратить рекламную рассылку на его телефонный номер.

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 ГК РФ не подлежит 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 ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ», ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» 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 ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ», ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» рекламодателями 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 <...> посредством смс-сообщений рекламы, поступившей 28.09.2016 в 18:40, 30.09.2016 в 13:14 с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе от отправителя «ZEBRA» является ненадлежащим.

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

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

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

При этом законодательно установленное определенное распространителя 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 межкв ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» 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 ООО «Фитнес Клуб «ЗФБРА-МЫТИЩИ» ООО «СМС Трафик» АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» являются рекламодателями рекламы:

«АКЦИЯ!!! КАРТА на ГОЛ ФИТНЕС+БАССФЙН 24ч = 50000! АКТИВАЦИЯ КОГДА УДОБНО! ПРИВЕЛИ ДРУГА — ПОЛУЧИ МЕСЯЦ В ПОДАРОК! БРОНЬ: 84953748762», поступившей 28.09.2016 в 18:40 от отправителя «ZEBRA»;

«ВНИМАНИЕ! Напоминаем: СРОКОВ ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ! БРОНЬ: 84953748762», поступившей 30.09.2016 в 13:14 от отправителя «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 ООО «Фитнес Клуб «ЗФБРА-МЫТИЩИ», ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» 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 рекламодателями.

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

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

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

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Фитнес Клуб «ЗФБРА-МЫТИШИ»», ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «МегаФон» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе выразившееся в распространении 28.09.2016 в 18:40 30.09.2016 в 13:14 рекламы 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 (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 ООО «Фитнес Клуб «ЗФБРА-МЫТИШИ»», ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «МегаФон» 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 ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ» ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы:

«АКЦИЯ!!! КАРТА на ГОЛ ФИТНЕС+БАССЕЙН 24ч = 5000р! АКТИВАЦИЯ КОГДА УДОБНО! ПРИВЕДИ ДРУГА — ПОЛУЧИ МЕСЯЦ В ПОДАРОК! БРОНЬ: 84953748762», поступившей 28.09.2016 в 18:40 от отправителя «ZEBRA»;

«ВНИМАНИЕ! Напоминаем: СЕГОДНЯ ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ! БРОНЬ: 84953748762», поступившей 30.09.2016 в 13:14 от отправителя «ZEBRA», без согласия абонента на её получение.

2. Выдать ООО «Фитнес Клуб «ЗЕБРА-МЫТИЩИ», ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения 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

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

Н.С. Уварова

В.Н. Никитухина

Исполнитель:

тел. 8 (495) 784-75-05