

ООО «Бетономикс 2007»

Кетчерская ул., д. 13, стр. 2,
г. Москва, 111402
79295630858@mail.ru

ООО «СМС Центр»

2-й Рощинский пер., д. 8, оф. 705,
г. Москва, 115419
support@sms.ru

ООО «ДЭНИ КОЛЛ»

Северная ул., д. 327, оф. 835,
Краснодарский край, г. Краснодар,
350015
in@danycallcenter.com

ПАО «МТС»

Марксистская ул., д. 4,
г. Москва, 109147

ИП Щучкину С.В.

<...>

info@smspilot.ru

РЕШЕНИЕ

«22» августа 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 № 3-18-134/77-17, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством SMS-сообщения рекламы:

«Для Вас Новый ГОД фитнеса 24 часа 8999р.! Бронь: 84996495829», поступившего 27.12.2016 в 13:15, отправитель: Parislife;

«Только сегодня 12 мес фитнеса 24часа 8999р! Осталось 17карт 84996495829», поступившего 30.12.2016 в 14:32, отправитель: Parislife;

«Чёрная пятница уже сегодня! 12Мес фитнеса 24ч 9900р.Бронь 84996495829», поступившего 24.11.2016 в 14:57, отправитель: Parislife;

«ТОЛЬКО 2 ДНЯ ШОК-ЦЕНА ОСЕНИ!12мес фитнеса 24ч=9500р.! БРОНЬ 84996495829», поступившего 29.11.2016 в 12:04, отправитель: Parislife;

«Только до 19 декабря! 7 месяцев фитнеса 24ч=6700р.! Бронь: 84996495829», отправитель: Parislife,

в присутствии представителя ПАО «МТС» в лице <...> (по доверенности № <...> от<...>),

в отсутствие представителей ООО «Бетономикс 2007», ООО «СМС Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ИП Щучкина С.В.,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-134/77-17 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ООО «Бетономикс 2007», ООО «СМС Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ИП Щучкина С.В. на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> -916-609-69-51 посредством SMS-сообщения рекламы:

«Для Вас Новый ГОД фитнеса 24 часа 8999р.! Бронь: 84996495829», поступившего 27.12.2016 в 13:15, отправитель: Parislife;

«Только сегодня 12 мес фитнеса 24часа 8999р! Осталось 17карт 84996495829», поступившего 30.12.2016 в 14:32, отправитель: Parislife;

«Чёрная пятница уже сегодня! 12Мес фитнеса 24ч 9900р.Бронь 84996495829», поступившего 24.11.2016 в 14:57, отправитель: Parislife;

«ТОЛЬКО 2 ДНЯ ШОК-ЦЕНА ОСЕНИ!12мес фитнеса 24ч=9500р.! БРОНЬ 84996495829», поступившего 29.11.2016 в 12:04, отправитель: Parislife;

«Только до 19 декабря! 7 месяцев фитнеса 24ч=6700р.! Бронь: 84996495829». отправитель: Parislife. 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, выслушав доводы ПАО «МТС», оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «МТС» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» 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, КПП 231001001.

ООО «СМС-Центр» 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, КПП 772501001.

ООО «Бетономикс 2007» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 20.02.2007 за основным государственным регистрационным номером 1077746365674, ИНН 7720576753, КПП 772001001.

ИП Щучкин С.В. является индивидуальным предпринимателем, включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей 23.11.2007, за основным государственным регистрационным номером индивидуального предпринимателя 307554332700052, ИНН 550308945579.

Согласно материалам дела № 3-18-134/77-17 рассматриваемая реклама поступила на номер телефона < > 27.12.2016 в 13:15, 30.12.2016 в 14:32, 24.11.2016 в 14:57, 29.11.2016 в 12:04 от отправителя Parislife.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст рассматриваемых сообщений а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем и ПАО «МТС» в материалы дела.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является информация распространяемая 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 распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

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

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром

понимается продукт деятельности (в том числе работа услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщения, в котором содержится информация о возможности покупки фитнес-карты, 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 sms-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

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

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

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

Стороны ссылаются на то, что согласие было получено от заявителя при подписании договора с фитнес-центром ParisLife в 2013 году.

При этом заявитель указывает, что неоднократно обращалась с требованием прекращения рекламной рассылки на телефонный номер <...>, последнее письмо было принято управляющим фитнес-центром 22.04.2016.

ПАО «МТС» утверждает, что ПАО «МТС» было получено согласие

абонента телефонного номера <...> при подписании абонентом договора об оказании услуг подвижной связи.

Договор об оказании услуг связи по правилам статьи 426 Гражданского Кодекса Российской Федерации является публичным договором.

В соответствии со пунктом 2 статьи 426 ГК РФ, в публичном договоре цена товаров, работ или услуг должна быть одинаковой для потребителей соответствующей категории. Иные условия публичного договора не могут устанавливаться исходя из преимуществ отдельных потребителей или оказания им предпочтения, за исключением случаев, если законом или иными правовыми актами допускается предоставление льгот отдельным категориям потребителей.

ПАО «МТС» указывает, что на основании данных норм, неотъемлемой частью любого абонентского договора являются Условия оказания услуг подвижной связи МТС (далее — Условия), которые являются едиными для абонентов ПАО «МТС».

Согласно пункту 7.6 Условий, абонент вправе выразить свое согласие или отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям электросвязи, а также на использование сведений о нем в целях продвижения товаров/работ/услуг, в том числе путем осуществления прямых контактов с абонентом с помощью средств связи, когда необходимость такого согласия/отказа предусмотрена действующими нормативно-правовыми актами. Если абонент не выразил своего несогласия, согласие считается оформленным путем подписания договора. Отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям электросвязи, оформляется путем подачи абонентом ПАО «МТС» письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью договора, либо иным способом, установленным ПАО «МТС».

Комиссия Московского УФАС России критически относится к доводам ПАО «МТС» по следующим основаниям.

По мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при заключении договора на оказание услуг связи, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В данном 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.

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.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к

выводу об отсутствии у ПАО «МТС», ООО «Бетономикс 2007», ООО «СМС Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ИП Щучкина С.В. надлежащего согласия на получения рекламы по сетям электросвязи абонента телефонного номера +7-916-609-69-51.

Следовательно, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «МТС», ООО «Бетономикс 2007», ООО «СМС Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ИП Щучкина С.В., не представлено.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «МТС», ООО «Бетономикс 2007», ООО «СМС Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ИП Щучкина С.В. информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина подавшего обращение в Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-13Д/77-17 указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

- агентский договор № <...> от <...>, заключенного между ПАО «МТС» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (далее — Договор 1);
- субагентский договор № <...> от <...>, заключенного между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-Центр» (далее — Договор 2);
- договор оказания услуг № <...> от <...>, заключенного между ООО «СМС-Центр» и ИП Щучкиным С.В. (далее — Договор 3);
- договор оказания услуг связи № <...> от <...>, заключенного между ИП Щучкиным С.В. и ООО «Бетономикс 2007» (далее — Договор 4).

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 1, ПАО «МТС» поручает, а ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязуется от своего имени, но за счет ПАО «МТС» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказанию услуг заказчиком рассылки, а именно:

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

При этом, согласно пункту 1.3 Договора 1 под Услугой понимается рассылка SMS - сообщений от Заказчиков рассылки Пользователям и связанные с ней дополнительные услуги.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 1, ООО «ДЭНИ КОЛЛ» до

начала оказания Услуг обязан получить от Заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений - рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»). В случае направления Пользователям рекламных сообщений, то также обеспечить получение от Заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласия от Пользователей на получение ими рекламных сообщений отправляемых по сетям электросвязи. Согласие Пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения им действия, однозначно идентифицирующего Пользователя и позволяющего достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи».

Согласно пункту 3.5.4 Договора 1, в случае нарушения ООО «ДЭНИ КОЛЛ» пунктов 2.1.4, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.6, 3.3.8 Договора 1 ПАО «МТС» вправе приостановить оказание услуг, исполнение поручения до полного устранения ООО «ДЭНИ КОЛЛ» выявленных нарушений, которые должны быть устранены в течении 30 календарных дней со дня выявления нарушения.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» поручает, а ООО «СМС-Центр» обязуется от своего имени, но за счет ООО «ДЭНИ КОЛЛ» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуг заказчикам рассылки, а именно:

- осуществлять поиск и привлечения заказчиков рассылки;
- заключать договоры на оказание услуг в порядке и условиях, предусмотренных приложением № 6 к Договору 2 при необходимости подписывать соглашения об изменении/расторжении договоров на услуги;
- обеспечивать доступ заказчикам рассылки к sms-центру ООО «ДЭНИ КОЛЛ» через оборудование для оказания услуг;
- осуществлять расчеты с заказчиками рассылки за услуги, по ценам, приведенным в приложении № 6 к Договору и ведение всей отчетной документации;
- осуществлять взаимодействие с заказами рассылки по всем вопросам, связанным с оказание услуг, готовить и направлять ответы на запросы/претензии заказчиков рассылки.

Согласно пункту 1.2 Договора 2 под Услугой понимается рассылка sms-сообщений от заказчиков рассылки пользователя и связанные с ней дополнительные услуги.

В соответствии с пунктом 3.2.8 Договора 2 в случае отказа пользователя от получения sms-сообщений согласно пункту 3.5.4 Договора 2 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» по факту получения такого отказа информирует об этом ООО «СМС-Центр» с указанием номера, с которого пользователь просит прекратить подписку.

Согласно пункту 3.3.3 Договора 2 до начала оказания услуг ООО «СМС-Центр» обязан получить от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений,

отправляемых по сетям электросвязи. Согласие пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения им действий однозначно идентифицирующих пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно пункту 22.1 статьи 2 ФЗ «О связи».

В соответствии с пунктом 3.3.11 Договора 2 в случае получения информации от ООО «ЛЭНИ КОЛЛ» согласно пункту 3.2.8 Договора 2 ООО «СМС-Центр» в обязательном порядке информирует заказчика рассылки о прекращении отправки sms-сообщений пользователям, которые отказались через ООО «ДЭНИ КОЛЛ» от получения сообщений с конкретного номера.

Согласно пункту 3.5.5 Договора 2 в случае регистрации ООО «ЛЭНИ КОЛЛ» жалоб на получение sms-сообщений с номера заказчика, на которые пользователь не давал свое согласие ООО «ЛЭНИ КОЛЛ» вправе самостоятельно запрашивать и проверять наличие согласия пользователя перед доставкой ему sms-сообщений. В случае отказа пользователя от получения sms-сообщений с определенного номера заказчика сообщение ему не будет доставлено.

В соответствии с пунктом 3.5.7 Договора 2 ООО «ЛЭНИ КОЛЛ» вправе не осуществлять рассылку sms-сообщений с конкретного номера в рамках оказания заказчику рассылки услуги. Отказ от получения sms-сообщений с конкретного номера может быть предоставлен пользователям в порядке и на условиях, которые устанавливает ООО «ДЭНИ КОЛЛ».

Согласно пункту 2.1 Договора 3 в рамках договора ООО «СМС-Центр» предоставляет ИП Шучкин С.В. Услуги доступа к сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, а также для интеграции сервисов заказчика для отправки и приема сообщений через API в соответствии с правилами предоставления услуг (Приложение 1 к Договору 3) действующими тарифами ООО «СМС-Центр» согласованными сторонами (Приложение 2 к Договору 3) и на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 95480 от 26.01.2012 года, выданной ООО «СМС-Центр» Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

В соответствии пункту 2.2 Договора 3 при пользовании услугами ИП Шучкин С.В. самостоятельно без участия ООО «СМС-Центр» формирует базу телефонных номеров абонентов (адресов электронной почты) для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями Договора.

Согласно пункту 3.2.3 Договора 3 ИП Шучкин С.В. обязан в обязательном порядке получить от абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженное посредством совершения им 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.

В соответствии с пунктом 3.2.5 Договора 3 ИП Шучкин С.В. обязан не использовать подключение к сервису SMSC.RU, в том числе для рассылки СПАМА.

Согласно пункту 3.3.1 Договора 2 ООО «СМС-Центр» вправе заблокировать личный кабинет ИП Шучкина С.В. при рассылке последним

сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5 Договора 3.

При этом согласно пункту 1.1 Договора 3 сервис SMSC RU представляет собой совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих ООО «СМС-Центр» и позволяющих обрабатывать сообщения: хранить их до момента отправки, отправлять операторам связи для последующей доставки абонентам, получать от операторов связи, вести учет и статистику по исходящим и входящим сообщениям.

В соответствии с пунктом 1.10 Договора 3 под СПАМом понимается рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная без предварительного согласия абонентов или адресатов, а также рассылка, вводящая абонентов или адресатов в заблуждение относительно содержания сообщений или их отправителя.

Согласно пункту 1.1 Договора 4, по Договору 4 ИП Шучкин С.В. обязуется оказать ООО «Бетономикс 2007» услуги по рассылке коротких текстовых сообщений ООО «Бетономикс 2007» в виде sms сообщений на телефоны, указанные ООО «Бетономикс 2007», в соответствии с Договором 4.

В соответствии с пунктом 1.2 Договора 4 ИП Шучкин С.В. оказывает услуги ООО «Бетономикс 2007» путем предоставления доступа к системе администрирования sms-рассылок ООО «Бетономикс 2007», доступную на сайте в сети Интернет по адресу www.smspilot.ru с применением конфиденциальных параметров подключения.

Согласно пункту 3.2 Договора 4 ИП Шучкин С.В. имеет право временно прекращать оказание услуг, а также в одностороннем порядке досрочно расторгнуть Договор 4 в случае нарушения ООО «Бетономикс 2007» его условий.

В соответствии с пунктом 4.2 Договора 4, ООО «Бетономикс 2007» принимает на себя обязанность использовать интерфейс для передачи информации абонентам только после получения от абонента предварительного согласия на ее получение посредством sms-сообщений в письменном виде или иным способом, позволяющим однозначно идентифицировать как самого абонента, так и выраженного им согласия на получение им указанных sms сообщений, отправляемых ООО «Бетономикс 2007» через интерфейс.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение sms-сообщений осуществляется путем их передачи последовательно от ООО «Бетономикс 2007» к ИП Шучкину С.В., ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи sms-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 «Бетономикс 2007», ИП Щучкин С.В., ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» 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 «Бетономикс 2007», ИП Щучкин С.В., ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям. Дополнительным квалифицирующим признаком является также и то, что заявителем неоднократно направлялись заявления в адрес рекламодателя 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 «Бетономикс 2007», ИП Щучкин С.В., ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» 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 «Бетономикс 2007», ИП Щучкин С.В., ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» 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 27.12.2016 в 13:15, 30.12.2016 в 14:32, 24.11.2016 в 14:57, 29.11.2016 в 12:04 от отправителя «Parislife» 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 рекламодатели.

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 между ООО «Бетономикс 2007», ИП Щучкин С.В. ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» 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 вышеуказанных действий данными лицами рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ООО «Бетономикс 2007», ИП Щучкин С.В. ООО «СМС-Центр» ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» являются рекламодателями рекламы:

«Для Вас Новый ГОД фитнеса 24 часа 8999.! Бронь: 84996495829», поступившего 27.12.2016 в 13:15, отправитель: Parislife;

«Только сегодня 12 мес фитнеса 24 часа 8999р! Осталось 17 карт 84996495829», поступившего 30.12.2016 в 14:32, отправитель: Parislife;

«Чёрная пятница уже сегодня! 12Мес фитнеса 24ч 9900р.Бронь 84996495829», поступившего 24.11.2016 в 14:57, отправитель: Parislife;

«ТОЛЬКО 2 ДНЯ ШОК-ЦЕНА ОСФНИ! 12мес фитнеса 24ч=9500р.! БРОНЬ 84996495829», поступившего 29.11.2016 в 12:04, отправитель: Parislife.

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 «Бетономикс 2007», ИП Щучкин С.В., ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

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

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

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

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

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

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

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях

ООО «Бетономикс 2007», ИП Швачкин С.В., ООО «СМС-Центр», ООО «ЛЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 27.12.2016 в 13:15, 30.12.2016 в 14:32, 24.11.2016 в 14:57, 29.11.2016 в 12:04 рекламы на телефонный номер < > от отправителя «Parislife», 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 «Бетономикс 2007», ИП Швачкин С.В., ООО «СМС-Центр», ООО «ЛЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» 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 «Бетономикс 2007» ИП Щучкина С.В. ООО «СМС-Центр» ООО «ДЭНИ КОЛЛ» ПАО «МТС» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения рекламы:

«Для Вас Новый ГОД фитнеса 24 часа 8999.! Бронь: 84996495829», поступившего 27.12.2016 в 13:15, отправитель: Parislife;

«Только сегодня 12 мес фитнеса 24часа 8999р! Осталось 17кварт 84996495829», поступившего 30.12.2016 в 14:32, отправитель: Parislife;

«Чёрная пятница уже сегодня! 12Мес фитнеса 24ч 9900р.Бронь 84996495829», поступившего 24.11.2016 в 14:57, отправитель: Parislife;

«ТОЛЬКО 2 ДНЯ ШОК-ЦЕНА ОСЕНИ! 12мес фитнеса 24ч=9500р | БРОНЬ 84996495829», поступившего 29.11.2016 в 12:04, отправитель: Parislife, без согласия абонента на её получение.

2 . Выдать ООО «Бетономикс 2007», ИП Щучкин С.В., ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» 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 <...>

Члены Комиссии <...>

<...>

Исполнитель: <...>.,

тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. <...>)