

ИГ/26135/17 от 29.05.2017

ПАО «Мегафон»

Кадашевская наб., д. 30,
г. Москва, 115035

АО «МегаЛабс»

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

ООО «Раппорто»

Александра Солженицына ул.,
д. 9, стр. 6,
г. Москва, 109004

ООО «РОЛЬФ»

Ленинградское ш., вл. 21,
Московская обл., г. Химки, 141410

РЕШЕНИЕ

«09» марта 2017 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 – <...>,

членов Комиссии – <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-61/77-17 возбужденное по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> рекламы «Только 21, 22 и 23 июля 17 новых BMW X3 с ПТС и от 2 090 000 р. в Пеликан-Праймари. Станьте обладателем BMW за один день, пока другие отдыхают! Ваш звонок решает все: +749552900130 Black.bmw-pelican.ru» с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе) выпавшего в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ООО «РОЛЬФ» в лице <...> (по доверенности <...>),

в отсутствие представителей ПАО «МегаФон», АО «МегаЛабс», ООО «Рапporto» (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-61/77-17 возбуждено в отношении ООО «РОЛЬФ», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «МегаФон» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы «Только 21, 22 и 23 июля 17 новых BMW X3 с ПТС и от 2 090 000 р. в Пеликан-Праймари. Станьте обладателем BMW за один день, пока другие отдыхают! Ваш звонок решает все: +749552900130 Black.bmw-pelican.ru», поступившей 21.07.2016 в 17:55 от отправителя «ROLFBMW».

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.

ООО «РОЛЬФ» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 29.03.2004 за основным государственным регистрационным номером 1045009553577, ИНН 5047059383, КПП 504701001.

ООО «Рапporto» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 25.07.2008 за основным государственным регистрационным номером 1087746876029, ИНН 77157110393, КПП 770701001.

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.

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.

Согласно материалам дела № 3-18-61/77-17 21 07 2016 в 17:55 на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения поступила реклама «Только 21, 22 и 23 июля 17 новых BMW X3 с ПТС и от 2 090 000 р. в Пеликан-Праймари. Станьте обладателем BMW за один день, пока другие отдыхают! Ваш звонок решает все: +749552900130 Black.bmw-pelican.ru».

Поступление указанной рекламы на номер телефона < > подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем (вх. № 32213).

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 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 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 материалах 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 об условиях акции при покупке обуви, указан номер телефона и дата завершения акции, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством 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 распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

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

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О

рекламе». согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. 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 данным, предоставленным ПАО «Мегафон», абонентский номер <...>, на которое поступило смс-сообщение, закреплен за ПАО «Мегафон».

Исходя из материалов дела, номер <...> был выдан абоненту по договору об оказании услуг радиотелефонной связи, заключенному 21.05.2007 с ЗАО «Соник Дуо» (далее - Договор). Неотъемлемыми частями Договора являются инфокарта, Условия оказания услуг связи (далее - Условия) и тарифный план.

В инфокарте, в Условиях предоставления услуг сотовой связи ЗАО «Соник Дуо», представленной ПАО «Мегафон», не содержится положений, по которым абонент соглашается на весь срок действия Договора на получение рекламы.

Согласно выписке из Единого государственного реестра юридических лиц, ЗАО «Соник Дуо» прекратило свою деятельность путем реорганизации в форме присоединения к ПАО «Мегафон».

В связи с этим, ПАО «Мегафон» ссылается на то, что в настоящее время отношения между абонентами и оператором регулируются, в том числе, Условиями оказания услуг связи ПАО «Мегафон» (далее — Условия). В соответствии с пунктом 14.14.2 Условий, абонент соглашается на весь срок действия Договора на получение рекламы при использовании услуг, а также использование (обработку, передачу) сведений об абоненте в целях продвижения товаров, работ, услуг оператора и третьих лиц (за исключением сведений составляющих тайну связи), в том числе путем осуществления прямых контактов с абонентом с помощью средств связи.

Помимо этого, согласно пункту 1.2 Условий, условия устанавливаются оператором самостоятельно, являются публичной офертой и могут быть приняты физическим лицом не иначе как путем присоединения к Условиям в целом.

В соответствии с пунктом 1 статьи 435 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение.

Согласно пункту 2 статьи 437 ГК РФ, содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта).

В соответствии с пунктом 1 статьи 438 ГК РФ, акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Акцепт должен

быть полным и безоговорочным.

Таким образом, 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.

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

Исходя из материалов дела № 3-18-61/77-17, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

- дополнительное соглашение № 17/2 к Генеральному соглашению № 3 от 02.11.2015, заключенное между АО «МегаЛабс» и ПАО «Мегафон» (далее — Соглашение);
- договор об оказании услуг № ДМИ-РППТ-010722016 от 01.07.2016, заключенный между ООО «Раппорто» и АО «МегаЛабс» (далее — Договор 1);
- договор № РФ-ПП 03/16 от 14.03.2016, заключенный между ООО «РОЛЬФ» (далее — ООО «Пеликан-Праймари») и ООО «Раппорто» (далее — Договор 2).

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.

При этом под услугой, согласно пункту 1.1 Соглашения, 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.

Согласно пункту 1.1 Соглашения, абонентом является пользователь услугами связи, с которыми ПАО «Мегафон» заключил договор об оказании таких услуг.

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.

Согласно пункту 4.3 Соглашения, ПАО «Мегафон» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством интерфейса SMS/MMS/USSD-сообщений на предмет их соответствия действующему

законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или ПАО «Мегафон», и условиям Соглашения. ПАО «Мегафон» вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «МегаЛабс» условий Соглашения.

В свою очередь, согласно пункту 4.4 Соглашения, ПАО «Мегафон» имеет право незамедлительно прекращать размещение среди абонентов SMS/MMS/USSD-сообщений АО «МегаЛабс», если:

- они не соответствуют действительности, требованиям действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам ПАО «Мегафон», могут нанести ущерб деловой репутации ПАО «Мегафон»;
- не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов ПАО «Мегафон»;
- у ПАО «Мегафон» имеются сведения об отзыве абонентом согласия на получение рекламы при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов ПАО «Мегафон»;
- по запросу ПАО «Мегафон» не предоставлено (несвоевременно предоставлено) согласие абонента на получение рекламно-информационных материалов при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из имеющейся у АО «МегаЛабс» базы абонентов.

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

Также, согласно пункту 4.10 Соглашения, в случае размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс», АО «МегаЛабс» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым АО «МегаЛабс» получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение рекламно-информационных материалов 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». Согласно пункту 4.11 Соглашения в случае размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс» обязан по требованию ПАО «Мегафон» предоставить письменное согласие абонента на получение рекламы в течении 3 рабочих дней.

В соответствии с пунктом 4.14 Соглашения, при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов ПАО «Мегафон», ПАО «Мегафон» обязан размещать рекламно-информационные материалы только среди тех абонентов, с которыми заключен договор на услуги связи ПАО «Мегафон» и которые не отзывали своего согласия на получение рекламы и третьих лиц, распространяемой ПАО «Мегафон».

Согласно пункту 4.16 Соглашения, ПАО «Мегафон» вправе блокировать возможность использования АО «МегаЛабс» какой-либо подписи в случае нарушения АО «МегаЛабс» требований к рекламно-информационным материалам, в том числе требований по получению

согласия абонентов на получение рекламы, а также в случаях, указанных в пункте 4.4 Соглашения.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 1, АО «МегаЛабс» обязуется оказывать ООО «Раппорто» за вознаграждение услуги, а АО «МегаЛабс» обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Договором 1, приложениями к нему и согласованными сторонами заявками.

При этом под услугой, согласно пункту 1.1 Договора 1, понимается услуга по проведению рекламных компаний ООО «Раппорто» путем организации подключения и предоставлению доступа к интерфейсу для целей размещения рекламных материалов и/или информационных материалов ООО «Раппорто» (Клиента ООО «Раппорто») с помощью каналов коммуникации среди абонентов, предоставивших свое согласие на получение рекламных материалов и информационных материалов ООО «Раппорто» (Клиенту ООО «Раппорто») и поддержке функционирования интерфейса.

В соответствии с пунктом 3.1 Договора 1, в рамках оказания услуги АО «МегаЛабс» обязуется предоставить ООО «Раппорто» доступ к интерфейсу для размещения рекламных и информационных материалов ООО «Раппорто».

Из пункта 3.9 Договора 1 следует, что ООО «Раппорто» обязуется получить предварительное согласие абонента, выраженное посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных материалов и информационных сообщений. Согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер <...> по которому абонент дал согласие на получение SMS/MMS-сообщений. Абонентский номер <...> по которому абонент дал согласие на получение SMS/MMS-сообщений, должен быть указан в соответствии с международным форматом.

Согласно пункту 4.8 Договора 1 ООО «Раппорто» гарантирует полученное и надлежащим образом оформленное согласие абонентов-адресатов на получение рекламных материалов.

Также, согласно пункту 4.12 Договора 1, ООО «Раппорто» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым ООО «Раппорто» получено предварительное согласие абонентов на такую рассылку. В случае не подтверждения либо отзыва согласия абонента на получение информационных материалов и/или рекламных материалов от ООО «Раппорто», ООО «Раппорто» обязуется прекратить направление текстов в интерфейс, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от АО «МегаЛабс».

Согласно пункту 4.7 Договора 1, ООО «Раппорто» гарантирует соответствие размещаемых рекламных материалов требованиям Закона о рекламе, иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в рекламных материалах, соответствие такой информации требованиям Закона о рекламе.

В свою очередь, согласно пункту 4.3 Договора 1, АО «МегаЛабс» вправе осуществлять проверку направляемых через интерфейс текстов на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или оператора.

В соответствии с пунктом 4.4 Договора 1, АО «МегаЛабс» имеет право незамедлительно прекращать направление абонентам текстов

ООО «Раппорто», если не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы, а также 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.

Согласно пункту 4.9 Договора 1, при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов, имеющейся у оператора, ООО «МегаЛабс» гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 1, под рекламными материалами понимается информация, направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставленная ООО «Раппорто», предназначенная для размещения с помощью каналов коммуникации; под информационными материалами — сообщения, направленные на информирование абонентов об оказанных (оказываемых) ООО «Раппорто» (Клиентом ООО «Раппорто») услугах; абонентом является пользователь услугами связи, с которым оператор заключен договор об оказании таких услуг; оператором является юридическое лицо, оказывающее услуги подвижной связи на основании соответствующих лицензий.

Согласно пункту 1.1 Договора 2 в соответствии с условиями Договора 2 и соответствующих приложений к нему ООО «Раппорто» по заданию ООО «РОЛЬФ» обязуется исполнять определенные в приложениях обязательства, в том числе оказывать услуги SMS-информирование и услуги мобильной рекламы а также совершать по поручению ООО «РОЛЬФ» иные согласованные сторонами действия.

В соответствии с глоссарием договора под услугой мобильная реклама понимается услуга ООО «Раппорто» по обеспечению распространения рекламно-информационных материалов ООО «РОЛЬФ» с использованием клиентской базы третьих лиц, в том числе операторов, через технические средства операторов.

Под операторами понимаются операторы сотовой связи оказывающие услуги подвижной связи на основании соответствующих лицензий.

В соответствии с пунктом 3.1.1 Договора 2, в случае, если ООО «Раппорто» оказывает услуги sms-информирования в соответствии с условиями настоящего договора или приложения к нему используя базы данных абонентов/адресатов, предоставляемые ООО «РОЛЬФ», ООО «РОЛЬФ» гарантирует получение предварительного согласия абонентов/адресатов на обработку их персональных данных и получение ими рекламно-информационных материалов, как от ООО «РОЛЬФ», так и от третьих лиц, указанных ООО «РОЛЬФ».

Согласно пункту 3.1.5 Договора 2, в случае, если ООО «Раппорто» оказывает услуги мобильной рекламы в соответствии с условиями настоящего договора или приложениям к нему используя базы данных третьих лиц, ООО «Раппорто» гарантирует наличие согласия абонентов/адресатов на обработку их персональных данных и получение ими рекламно-информационных материалов.

В соответствии с Приложением № 3 к Договору 2 рассматриваемое sms-сообщение было направлено на телефонный номер из базы оператора.

Таким образом, исходя из анализа упомянутых положений

договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «РОЛЬФ» к ООО «Раппорто», от ООО «Раппорто» последовательно к АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле, является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса 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 делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ООО «Раппорто», 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 «Раппорто», 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.

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 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 ООО «Рапporto», 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 содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

При этом, в соответствии с пунктом 5 статьи 3 Закона о рекламе ООО «РОЛЬФ» является рекламодателем рассматриваемой рекламы.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 21.07.2016 в 17:55 от отправителя «ROIFBMW» рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> 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.

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 «Рапporto», 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. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

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

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе выразившееся в распространении 21.07.2016 в 17:55 рекламы товаров и услуг на номер телефона < > от отправителя «ROLFBMW» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств свилетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» 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 «Раппорто», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» предписания 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 «Раппорто», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер <...> рекламы «Только 21, 22 и 23 июля 17 новых BMW X3 с ПТС и от 2 090 000 р. в Пеликан-Праймари. Станьте обладателем BMW за один день, пока другие отдыхают! Ваш звонок решает все: +749552900130 Black.bmw-pelican.ru». поступившей 21.07.2016 в 17:55 от отправителя «ROLFBMW», без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ООО «Раппорто», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

Исполнитель: <...>

8 (495) 784-75-05. (доб. <...>)