

# РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-4099/2020

г. Москва

Резолютивная часть оглашена 15 июля 2020 года.

Изготовлено в полном объеме 1 сентября 2020 года.

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) в составе:

председателя Комиссии: <...>ой,

членов Комиссии: <...>ой, <...>,

рассмотрев дело № 077/05/18-4099/2020, возбужденное в отношении

ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Раппорто»,

ООО «РОЛЬФ МОТОРС» по признакам нарушения части 1 статьи 18

Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении посредством смс-сообщения на

телефонный номер <...> от отправителя ROLF\_TOYOTA рекламы: «Купите новую Toyota за 91% стоимости до 17.06 в РОЛЬФ: 84952669574»,

поступившей 12.06.2019 в 12:46,

в присутствии представителя ООО «РОЛЬФ МОТОРС» в лице

<...> (по доверенности № б/н от 01.10.2019),

в отсутствие ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка»,

ООО «Раппорто» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-4099/2020 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон»,

АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Раппорто», ООО «РОЛЬФ МОТОРС» на

основании заявления физического лица по факту распространения посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя ROLF\_TOYOTA

рекламы: «Купите новую Toyota за 91% стоимости до 17.06 в РОЛЬФ:

84952669574», поступившей 12.06.2019 в 12:46; .

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

2020-52040(1)

2

1027809169585, ИНН 7812014560, 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: 770701001.

АО «Загрузка» является юридическим лицом, действующим на основании

Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц

10.03.2005 за основным государственным регистрационным номером

1057746396113; ИНН 772501001, КПП 7703544582.

ООО «Раппорто» является юридическим лицом, действующим на

основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических

лиц 25.07.2008 за основным государственным регистрационным номером 1087746876029, ИНН 7715710393, КПП: 77070100.

ООО «РОЛЬФ МОТОРС» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 12.12.2005 за основным государственным регистрационным номером 1057749487399, ИНН 7715586594, КПП: 775101001.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер

<...>

подтверждается скриншотами экрана мобильного телефона, а также детализированной выпиской, представленными заявителем и оператором связи. 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. 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.

Данная текстовая информация направлена на привлечение внимания к предоставлению услуг автодилера по купле-продаже автомобиля, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи) абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого

2020-52040(1)

3  
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 рекламы по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный 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. При этом в случае направления посредством смс-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой. Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном абоненте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением продавца, но и систематичность, массовость направления однотипных сообщений и их конечную цель. Кроме того немаловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару. Не может служить исключением информация от продавца, у которого 2020-52040(1)

4

абонент приобрел товар, услугу и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, поддержанию интереса к нему.

Иное толкование привело бы к тому, что продавцу абонента предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него информации об абоненте и противоречило бы самой сути ограничения, установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исходя из текста смс-сообщения, в котором содержится предложение приобрести товар со скидкой, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

На основании вышеизложенного установлено, что информация, распространенная посредством смс-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку представленная в тексте сообщения информация носит обобщенный характер и способна формировать интерес у широкого круга лиц; 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

2020-52040(1)  
5

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.

При этом из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение спорной рекламы ПАО «МегаФон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto», ООО «РОЛЬФ МОТОРС» он не давал.

Факт того, что заявитель является владельцем телефонного номера <...>

подтверждается материалами и сведениями, предоставленными оператором связи, и не оспаривается лицами, участвующими в деле.

Из письменных пояснений АО «Загрузка», ООО «РОЛЬФ МОТОРС»

следует, что пользователь телефонного номера <...> Рыбенков Дмитрий Сергеевич оставил указанный номер при заполнении формы обратной связи на сайте в сети Интернет, на котором предлагает услуги Рольф Волгоградский.

Таким образом, из пояснений АО «Загрузка» следует, что спорная реклама была направлена с согласия абонента телефонного номера <...>.

В свою очередь, Комиссией установлено, что Рыбенков Дмитрий Сергеевич не является абонентом телефонного номера <...>, каких-либо доказательств наличия соответствующего согласия именно от абонента

телефонного номера <...> (заявителя) сторонами по делу не представлено. Более того, из содержания скриншота страницы сайта Рольф Волгоградский следует, что при заполнении формы обратной связи абонент указывает только номер телефона без указания на Ф.И.О. и год рождения, в связи с чем не установлено, как ООО «РОЛЬФ МОТОРС» стало известно о таких данных абонента телефонного номера <...>. Также из формулировки формы обратной связи «Здравствуйте! Хотите, мы свяжемся с Вами за 36 секунд и всё обсудим?» и активной кнопки рядом с графой для указания номера телефона «Хорошо, жду звонка», следует, что лицу, указавшему данный номер <...> поступит единоразовый обратный звонок для уточнения информации, а не для направления на данный номер рекламы посредством смс-сообщений. Сам по себе факт заполнения неустановленным лицом формы на сайте, в том числе с указанием мобильного номера телефона, не позволяет однозначно идентифицировать его как абонента — владельца указанного телефонного номера, что в свою очередь является обязательным условием получения предварительного согласия на распространение рекламы.

2020-52040(1)

6

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на телефонный номер <...> от отправителя ROLF\_TOYOTA, была направлена в отсутствие надлежащего согласия абонента на ее получение. Лицами, участвующими в деле, как распространителями данной рекламы, надлежащих доказательств наличия такого согласия не представлено. В свою очередь, обязанность доказывания того, что абонент согласился на получение рекламы, лежит именно на них. Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Таким образом, учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам, следует руководствоваться более жесткими требованиями и в каждом конкретном случае учитывать именно наличие прямого согласия абонента на получение рекламы.

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.

Следовательно для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно сначала получить такое согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.

На основании вышеизложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что поступившая на телефонный номер <...> от отправителя ROLF\_TOYOTA посредством смс-сообщения реклама: «Купите новую Toyota за 91% стоимости до 17.06 в РОЛЬФ: 84952669574», поступившая 12.06.2019 в 12:46, нарушает положения части 1 статьи 18 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 <...> от отправителя ROLF\_TOYOTA посредством смс-сообщения рекламы: «Купите новую Toyota за 91% стоимости до 17.06 в РОЛЬФ: 84952669574», поступившей 12.06.2019 в 12:46, 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 2020-52040(1)

7

рекламораспространители.

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

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

Согласно материалам дела указанная реклама распространялась на основании следующих договоров:

- договор № РМИ-МГФ 01012017 от 01.01.2017, заключенного между ПАО «Мегафон» и АО «Мегалабс» (далее — Договор 1);

- договор № СВЗНЗГРЗК-01082016, заключенного между АО «Мегалабс» и АО «Загрузка» (далее — Договор 2);

- договор № СМС-10/17 от 01.03.2017, заключенного между АО «Загрузка» и ООО «Рапporto» (далее — Договор 3);

- договор № РФ-М 08/14 от 27.08.2014, заключенного между ООО «Рапporto» и ООО «Рольф Моторс» (далее — Договор 4).

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 1 ПАО «Мегафон» обязуется оказывать АО «Мегалабс» за вознаграждение услуги, а АО «Мегалабс» обязуется оплачивать их в порядке и сроки, предусмотренные соглашением и приложением к нему.

В соответствии с пунктом 3.1 Договора 1 в рамках оказания услуги ПАО «Мегафон» обязуется предоставить АО «Мегалабс» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов АО «Мегалабс» среди абонентов.

При этом согласно разделу 1 Договора 1 под услугой понимается услуга по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов АО «Мегалабс» (клиента АО «Мегалабс») среди абонентов, а также по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса. Абонентом является пользователь услуг связи, с которым ПАО «Мегафон» заключен договор об оказании таких услуг. Под интерфейсом понимаются программные средства ПАО «Мегафон», используемые для управления услугой. Рекламно-информационными материалами (далее — РИМ) являются сообщения, баннеры, направленные на информирование об оказываемых (оказанных) услугах АО «Мегалабс» (клиента АО «Мегалабс»), или на привлечение внимания к объекту рекламирования,

предоставленные

АО

«МегаЛабс»

(клиентом

АО «МегаЛабс»), предназначенные для размещения с помощью каналов коммуникации.

В силу пункта 3.2 Договора 1 размещение РИМ АО «МегаЛабс» среди абонентов может осуществляться исключительно с использованием подписи. Согласно разделу 1 Договора 1 под подписью понимается индивидуальная символьная подпись, выбранная АО «МегаЛабс» (клиентом АО «МегаЛабс») 2020-52040(1)

8

для указания в качестве имени отправителя при размещении РИМ, которая будет отображена абоненту в получаемом SMS/MMS-сообщении. В качестве подписи отправителя может использоваться цифровой идентификатор. Цифровым идентификатором является комбинация цифр, которая на основании отдельного соглашения, заключенного между ПАО «Мегафон» и АО «МегаЛабс» (клиентом АО «МегаЛабс»), присваивается АО «МегаЛабс» (клиенту АО «МегаЛабс») и может быть использована для указанная в качестве имени отправителя при размещении РИМ.

В соответствии с пунктом 3.3 Договора 1 АО «МегаЛабс» (клиент АО «МегаЛабс») в случае возникновения необходимости осуществления рассылки РИМ формирует SMS/MMS/USSD-сообщение, баннеров с помощью интерфейса. Действия доверенного лица, то есть сотрудника АО «МегаЛабс» или клиента АО «МегаЛабс», которому АО «МегаЛабс» (клиент АО «МегаЛабс») предоставил возможность пользоваться интерфейсом, по формированию

SMS/MMS/USSD-сообщения, баннеров посредством интерфейса считаются направлением ПАО «Мегафон» оферты в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации.

При этом согласно пункту 3.4 Договора 1 все действия доверенного лица, совершенные с использованием учетных данных, признаются действиями АО «МегаЛабс». Учетными данными, согласно разделу 1 Договора 1, являются средства идентификации АО «МегаЛабс» (клиента АО «МегаЛабс») при использовании услуг посредством интерфейса, выдаваемые ПАО «Мегафон». Согласно пункту 3.6 Договора 1 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс» АО «МегаЛабс» обязуется до размещения РИМ получить согласие абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ).

В соответствии с пунктом 4.3 Договора 1 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 ПАО «Мегафон», и условиями соглашения. Оператор вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «МегаЛабс» условий соглашения. В силу пункта 4.7 Договора 1 АО «МегаЛабс» при размещении РИМ

среди абонентов из базы абонентов партнера, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы. В силу пункта 4.10 Договора 1 в случае размещения РИМ 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 РИМ АО «МегаЛабс» обязуется незамедлительно прекратить 2020-52040(1)

9

размещение SMS/MMS/USSD-сообщений, баннеров посредством интерфейса, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от ПАО «Мегафон».

В соответствии с пунктом 4.11 Договора 1 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы АО «МегаЛабс» АО «МегаЛабс» обязано по требованию ПАО «Мегафон» предоставить письменное согласие абонента на получение рекламы в течение 3 рабочих дней.

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

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

В соответствии с пунктом 3.1 Договора 2 в рамках оказания услуги АО «МегаЛабс» обязуется предоставить АО «Загрузка» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов АО «Загрузка» среди абонентов путем передачи учетных данных (логина и пароля).

При этом согласно разделу 1 Договора 2 под услугой понимается услуга по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов

АО «Загрузка»

среди абонентов, по

предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса. Абонентом является лицо, с которым оператор заключен договор об оказании услуг связи. Под интерфейсом понимаются программные средства АО «МегаЛабс», используемые для управления услугой. Рекламно-информационными материалами (далее — РИМ) являются сообщения, направленные на информирование об оказываемых (оказанных) услугах АО «Загрузка», или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые АО «Загрузка», предназначенные для размещения с помощью каналов коммуникации.

В силу пункта 3.2 Договора 2 размещение РИМ АО «Загрузка» среди

абонентов может осуществляться исключительно с использованием подписи. Согласно разделу 1 Договора 2 под подписью понимается индивидуальная символьная подпись, выбранная АО «Загрузка» для указания в качестве имени отправителя при размещении РИМ, которая будет отображена абоненту в 2020-52040(1)

10

получаемом SMS/MMS-сообщении. В качестве подписи отправителя может использоваться цифровой идентификатор. Цифровым идентификатором является комбинация цифр, которая на основании отдельного соглашения, заключенного между оператором и АО «Загрузка», присваивается АО «Загрузка» и может быть использована для указанная в качестве имени отправителя при пользовании услугой.

В соответствии с пунктом 3.3 Договора 2 АО «МегаЛабс» оказывает услуги на основании заявок. Согласно пункту 3.6 Договора 2 АО «Загрузка» в случае возникновения необходимости осуществления рассылки РИМ формирует SMS-сообщение с помощью интерфейса. Действия доверенного лица, то есть третьего лица, которому АО «Загрузка» предоставил учетные данные и/или возможность пользования интерфейсом, по формированию SMS-сообщения посредством интерфейса считаются направлением АО «МегаЛабс» оферты в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации. При этом согласно пункту 3.7 Договора 2 все действия доверенного лица признаются действиями АО «Загрузка».

Согласно пункту 3.9 Договора 1 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «Загрузка» АО «Загрузка» обязуется получить согласие абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ) для целей размещения РИМ. Согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер <...> по которому абонент дал согласие на получение SMS-сообщений.

В соответствии с пунктом 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 условиями Договора 2 АО «МегаЛабс» вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «Загрузка» условий Договора.

В силу пункта 4.8 Договора 2 АО «Загрузка» при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «Загрузка» гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы. В силу пункта 4.11 Договора 2 АО «Загрузка» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым им получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение РИМ от АО «Загрузка» АО «Загрузка» 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 4.12 Договора 2 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы АО «Загрузка» АО «Загрузка» обязано по требованию АО «МегаЛабс» и/или оператора предоставить письменное согласие абонента 2020-52040(1)

на получение рекламы в течение 5 рабочих дней.

Согласно пункту 4.4 Договора 2 АО «МегаЛабс» имеет право незамедлительно прекращать размещение среди абонентов SMS-сообщений АО «Загрузка», 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; не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из Базы абонентов оператора; у АО «МегаЛабс» имеются сведения об отзыве абонентом согласия на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «Загрузка»; они не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно пункту 2.1 Договора 3 ООО «Рапporto» поручает, а АО «Загрузка» берет на себя обязательства по оказанию услуг по предоставлению ООО «Рапporto» доступа к коммуникационной платформе исполнителя (КПИ) для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы ООО «Рапporto» либо его клиента, формируемых и отправляемых ООО «Рапporto», для дальнейшей отправки смс-сообщений ООО «Рапporto» абонентам.

В силу пункта 3.1.4 Договора 3 ООО «Рапporto» обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ (рассылка смс-сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована ООО «Рапporto» без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких смс-сообщений или их отправителя). В частности, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствует, объявляются СПАМом.

В соответствии с пунктом 3.4.4 Договора 3 АО «Загрузка» вправе не принимать сообщения к отправке, а также незамедлительно приостановить или прекратить оказание услуг в случае признаков нарушения ООО «Рапporto» требований пункта 3.1 Договора и/или действующего законодательства Российской Федерации, в том числе при поступлении запросов от партнеров АО «Загрузка», в том числе операторов и/или контролирующих органов.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 4 ООО «Рапporto» по заданию ООО «Рольф моторс» обязуется исполнять определенные в приложениях обязательства, в том числе оказывать услуги смс-информирования и услуги мобильной рекламы, а также совершать по поручению ООО «Рольф моторс» иные согласованные сторонами действия.

Согласно Глоссарию Договора 4 услуга смс-информирование — это услуга ООО «Рапporto» по обеспечению распространения рекламно-информационных материалов ООО «Рольф моторс» с использованием клиентской базы ООО «Рольф моторс» через технические средства ООО «Рапporto». Услуга Мобильная реклама — услуга ООО «Рапporto» по обеспечению распространения рекламно-информационных материалов ООО 2020-52040(1)

«Рольф моторс» с использованием клиентской базы третьих лиц, в том числе операторов, через технические средства операторов. Технические средства ООО «Рапporto» - это комплекс оборудования и программного обеспечения, принадлежащий ООО «Рапporto», способный осуществлять передачу смс-сообщений абонентам в реальном времени посредством канала передачи

данных, взаимодействующий с центром обработки коротких сообщений оператора и мобильными устройствами абонентов. Технические средства позволяют формировать и отправлять смс-сообщения, отслеживать их статус, управлять ими, а также контролировать финансовую сторону расчетов с ООО «Рапporto».

В соответствии с пунктом 2.2.1 Договора 4 ООО «Рапporto» вправе приостанавливать исполнение обязательств по Договору или соответствующему приложению, не принимать к размещению либо незамедлительно прекращать размещение РИМ ООО «Рольф моторс» в случае, если не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы (п. «в»).

В соответствии с пунктом 2.3.1 Договора 4 ООО «Рольф моторс» обязуется предоставлять ООО «Рапporto» в установленные сроки РИМ и/или иные материалы, необходимые ООО «Рапporto» для надлежащего исполнения своих обязательств. Предоставляемые ООО «Рольф моторс» РИМ и иные необходимые материалы должны соответствовать требованиям пунктов 5.5-5.6 настоящего Договора.

Согласно пунктам 5.5-5.6 Договора 4 ООО «Рольф моторс» гарантирует ООО «Рапporto», что предоставляемые ООО «Рольф моторс» РИМ и иные необходимые материалы соответствуют законодательству Российской Федерации, в том числе законодательству о рекламе, не нарушают иных прав и законных интересов третьих лиц.

В соответствии с пояснениями ООО «Рольф моторс», оно не является рекламодателем спорной рекламы, поскольку не совершало действий по ее направлению абоненту телефонного номера <...>, поскольку по факту делегировало совершение таких действий ООО «Рапporto», заключив с ним Договор 4.

Оценивая имеющиеся в материалах дела доказательства в их совокупности и взаимосвязи, Комиссия Управления приходит к выводу, что ООО «Рольф моторс» в рассматриваемом случае осуществило действия по сбору данных об абоненте, включая его телефонный номер <...> передало эти данные непосредственно лицу, которое осуществило распространение смс-рекламы, при этом самостоятельных действий по доведению рекламы до абонента номера <...>, включая их технический аспект, ООО «Рольф моторс» не совершало. В связи с чем Комиссия Управления приходит к выводу об определении статуса данного лица как рекламодателя спорной рекламы, что ООО «Рольф моторс» подтверждается, а сторонами по делу не оспаривается. Таким образом, ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся 2020-52040(1)

13

в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе. 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, ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» не представлено. Более того, такая возможность

напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям законодательства 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. 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 ГК РФ предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры, ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» 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.

2020-52040(1)

14

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 ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе. Ссылки ПАО «Мегафон» на Закон о связи, в частности на тот факт, что данным законом исключается ответственность оператора связи за рассылку его клиентами смс-сообщений, не соответствующих требованиям закона и условиям договора, не может быть приняты Комиссией Московского УФАС России в связи со следующим.

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

Так отношения по распространению посредством средств связи

рекламной информации регулируется законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых 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.

По мнению ПАО «Мегафон», в связи с тем, что Общество не

2020-52040(1)  
15

осуществляет непосредственное направление смс-сообщений абонентам, по его мнению, нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе в его действиях отсутствует.

Между тем Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что само по себе наличие выше рассмотренных договоров является свидетельством осуществления ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» определенных действий, направленных на доведение рекламы до ее получателей, а равно наличия у Обществ статуса рекламодателей.

Вместе с тем, по смыслу приведенной нормы права, а также в целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Следовательно, невозможно каким-либо образом снять ответственность любого из лиц, участвовавших в распространении рекламы посредством сетей электросвязи, в связи с осуществлением таким лицом даже исключительно технических функций.

Обратное может привести либо к необоснованному возложению на лицо ответственности за чужие нарушения и, как следствие, несоблюдению конституционно закрепленного частью 1 статьи 19 Конституции Российской

Федерации принципа всеобщего равенства перед законом и судом и предусмотренного пунктом 1 статьи 1 ГК РФ принципа юридического равенства участников гражданских правоотношений, либо, наоборот, к злоупотреблению своими правами со стороны участников таких правоотношений, стремящихся одновременно извлечь выгоду из своего незаконного поведения и избежать ответственности за совершенные нарушения, что противоречит законодательно закрепленным принципам добросовестности участников гражданских правоотношений (пунктом 3 статьи 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ), запрету на злоупотребление правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).

Из совокупного толкования положений рассмотренных договоров с очевидностью усматривается, что оказываемые ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Раппорто» услуги используются, в том числе в целях рекламного характера, для продвижения услуг ООО «РОЛЬФ МОТОРС» и привлечения к ним максимально возможного внимания со стороны потенциальных потребителей.

Таким образом, указанные лица, участвующие в деле, являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям.  
2020-52040(1)

16

Отсутствие в этих правоотношениях таких звеньев, как оператор связи и иных посредников, предоставляющих доступ к различным программам по отправке смс-сообщений, сделает распространение указанных сообщений невозможным. Оценивая

приведенные

договоры,

следует

признать,

что ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Раппорто» в настоящем случае были осведомлены о том, что предоставляемые ими услуги будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.

Обратного ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Раппорто» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

На основании изложенного ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Раппорто» являются рекламодателями рекламы, поступившей посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> от отправителя ROLF\_TOYOTA.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Раппорто» выявлено правонарушение, выраженное в распространении на телефонный номер <...> от отправителя ROLF\_TOYOTA посредством смс-сообщений рекламы: «Купите новую Toyota за 91% стоимости до 17.06 в РОЛЬФ: 84952669574», поступившей 12.06.2019 в 12:46.

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 2020-52040(1)

17

способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе. А также выдать ООО «Рольф моторс» предписание о принятии мер по предотвращению распространения ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» рекламы на телефонный номер <...> по сетям электросвязи с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя ROLF\_TOYOTA посредством смс-сообщений рекламы: «Купите новую Toyota за 91% стоимости до 17.06 в РОЛЬФ: 84952669574», поступившей 12.06.2019 в 12:46, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать

ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка»,

ООО «Рапporto» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «РОЛЬФ МОТОРС» предписание о предотвращении распространения ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «Рапporto» рекламы на телефонный номер <...> по сетям электросвязи с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Председатель Комиссии

<...>а

2020-52040(1)

18

Члены Комиссии

<...>а

<...>

2020-52040(1)