

ПАО «МТС»

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

ООО «Девино Телеком»

Юных Ленинцев ул., д. 83, к. 4,
оф. 41,
г. Москва, 109443

АО «Торговый дом «Перекресток»

Ср. Калитниковская ул., д. 28, стр. 4,
г. Москва, 109029

info@x5.ru

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-291/77-17

«20» марта 2018 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, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-291/77-17, возбужденное в отношении ПАО «МТС» (ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124), ООО «Девино Телеком»

(ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162), АО «Торговый дом «Перекресток» (ИНН 7728029110, ОГРН 1027700034493) по факту распространения посредством СМС сообщения на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Павел, получайте в 3 раза БОЛЬШЕ баллов за покупки в Пятерочке до 19 июля! Акция действует персонально по вашей карте **0772», поступившей: 13.07.2017 в 19:42, отправитель: «Pyaterochka», с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителей: ПАО «МТС» в лице <...> (по доверенности <...>), < > (по доверенности № <...>), АО «Торговый дом «Перекресток» в лице <...> доверенности <...>),

в отсутствие представителей ООО «Девико Телеком» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-291/77-17 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ООО «Девико Телеком» АО «Торговый дом «Перекресток» на основании заявления физического лица по факту распространения СМС сообщения на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Павел, получайте в 3 раза БОЛЬШЕ баллов за покупки в Пятерочке до 19 июля! Акция действует персонально по вашей карте **0772», поступившей: 13.07.2017 в 19:42, отправитель: «Pyaterochka».

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 «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 «Девико Телеком» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 21.09.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107746769162, ИНН 7715829230, КПП 772101001.

АО «Торговый дом «Перекресток» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700034493, ИНН 7728029110, КПП 772201001.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается скриншотом экрана мобильного телефона, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и ПАО «МТС».

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

лии и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи), абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь — любые 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 рекламы по сетям электросвязи такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер лица, предполагается диспозитивной частью 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 материалы дела не представлено доказательств направления спорного СМС-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

В тексте рекламы присутствует имя лица, на восприятие которого направлена распространенная информация.

Однако Комиссия приходит к выводу, что обращение к абоненту в данном случае не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации. Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при

продвижении своей продукции на рынке.

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 обобщённый 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 абонента), представляют интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой.

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

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 услугам, предоставляемым АО «Торговый дом «Перекресток», имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

Установлено, что информация, распространённая посредством отправки СМС-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщения; адресована неопределённому кругу лиц, поскольку из текста информационных сообщений не представляется возможным установить, для кого именно созданы данные сообщения и на восприятие кого они направлены; 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 признаётся распространённой 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 Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя/распространителя. 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/распространителя.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

ПАО «МТС» ссылается на то, что согласие было получено от абонента 27.09.2014 при заключении договора о предоставлении услуг связи с выделением абонентского номера <...>, неотъемлемой частью которого являются Условия оказания услуг подвижной связи МТС (далее - Условия) и выбранный абонентом тарифный план.

Условия устанавливаются оператором самостоятельно, являются публичной офертой и могут быть приняты абонентом не иначе как путем присоединения к ним в целом.

В пункте 7.6. Условий ПАО «МТС» указано, что абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения информационных рассылок, рекламы от оператора и/или его партнеров, распространяемых по сетям связи, 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 предусмотрена действующими нормативными правовыми актами. Абонент вправе отозвать данное им согласие в любое время путем направления оператору соответствующего письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью договора, либо иным способом, установленным оператором.

Согласно пункту 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.

При этом, в соответствии с бланком договора на оказание услуг связи ПАО «МТС», абонент может только отказаться от получения рекламы по сетям электросвязи.

ПАО «МТС» фактически лишает абонента возможности самостоятельной реализации своего права на выражение согласия на получение рекламы, предусмотренного Условиями.

Согласно Условиям договора именно абонент должен осуществлять определенные действия для выражения своего согласия на получение рекламы.

Таким образом, по мнению Комиссии Московского УФАС России, включение таких условий 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.

При этом даже в случае дачи согласия абонентом ПАО «МТС» на распространение рекламы, данное согласие распространяется исключительно на рекламу ПАО «МТС», так как в соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, абонент выражает свое согласие на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В соответствии с письменными пояснениями АО «Торговый дом «Перекресток» рассматриваемая реклама распространялась абоненту телефонного номера <...> в связи с участием данного абонента в Программе лояльности для постоянных покупателей магазинов торговой сети «Пятёрочка» (далее – Программа). По мнению АО «Торговый дом «Перекресток» абонент с телефонным номером <...> предоставил свое согласие на обработку персональных данных и информирование, согласно Правилам программы лояльности «Выручай-карта» для постоянных покупателей магазинов торговой сети «Пятёрочка» (далее - Правила) Программы.

Обязательным условием для активации бонусной карты является принятие абонентом Правил Программы.

В соответствии с пунктом 3.5.1 Правил участник дает свое согласие осуществлять с использованием средств автоматизации

и/или без таковой обработки всех персональных данных, указанных Участником при регистрации в Программе, в т.ч. в Анкете, включая сбор, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передачу, обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение, а также информации о произведенных Участником покупках, их сумме, способах и средствах их оплаты, в целях, связанных с возможностью предоставления Участнику информации (рекламы) в том числе о товарах и/или услугах, о проводимых рекламных акциях, о персональных предложениях, которые потенциально могут предоставлять для Участника интерес, а также в целях сбора, возможностью обеспечения предоставления Участникам Привилегий, предусмотренных Правилами, а также обработки статистической информации и проведения маркетинговых исследований в том числе с возможностью коммерческого использования результатов данных исследований.

Исходя из вышеизложенного, принимая положения Правил, участник Программы фактически лишен возможности отказаться от распространения в его адрес рекламы.

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом данной программы, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В данном случае у лица, принявшего положения Правил, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь принять Правила Программы. Как было указано ранее, подобное положение прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента и нарушает право абонента на возможность не соглашаться на распространение на его телефонный номер (электронную почту и т.п.) рекламы.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений с несколько отличающимися условиями разным адресатам.

При этом сам факт автоматического формирования такой информации и направления ее адресату свидетельствует о цели продавца по привлечению внимания неопределенного круга лиц к собственным услугам, в том числе путем предоставления определенных предложений, бонусов, скидок и т. п., формируемых на основании зарегистрированных в Программе отдельных адресатов.

Представляется безусловным существенное изменение со временем условий распространения рекламы с использованием автоматизированных систем и иного программного обеспечения, а также учитывая наличие у рекламораспространителя большого объема персональных данных лиц (абонентов). Подобная «клиентоориентированность» и способность видоизменять рекламу под конкретного получателя (адресата) представляется логичным развитием способов распространения рекламы и не может свидетельствовать о нерекламном характере таких сообщений.

Вместе с тем распространяемая посредством СМС-сообщений информация о дополнительных услугах продавца тем покупателям, которые вступили в Программу, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования.

Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном адресате, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением продавца, но и систематичность, массовость направления однотипных сообщений и их конечную цель.

Таким образом, оценивая в совокупности имеющийся в материалах дела объем информации, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рассматриваемое СМС-сообщение, в частности о возможности воспользоваться персональными предложениями и иными маркетинговыми акциями и скилками, имеет регулярный характер, направляется не одному адресату, а неопределенному кругу лиц, содержит в себе сведения, направленные на побуждение абонента пользоваться услугами продавца товаров.

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 абонент приобретал 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 получить в 3 раза больше баллов за покупки в Пятерочке, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, по мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при вступлении в Программу, 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.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на номер телефона < > в 13:07:2017 в 19:42 от отправителя «Pятерочка» была направлена в отсутствие надлежащего согласия абонента на ее получение.

Исходя из материалов дела № 3-18-291/77-17, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

- агентский договор № D140756256 от 01.12.2014, заключенный между ПАО «МТС» и ООО «Девино Телеком» (далее — Договор 1);
- договор оказания услуг № ДТ-К/026053 от 01.02.2017, заключенный между ООО «Девино Телеком» и АО «Торговый дом «Перекресток» (далее — Договор 2).

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 1, ПАО «МТС» поручает, а ООО «Девино Телеком» обязуется от своего имени, но за счет ПАО «МТС» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания Услуги Заказчикам рассылки.

Согласно пункту 3.3.3 Договора 1, в случае направления пользователям рекламных сообщений, ООО «Девино Телеком» обязано 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 действий, однозначно идентифицирующих Пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно пункту 22.1 статьи 2 Закона о связи.

Согласно пункту 1.4 Приложения № 6 к Договору 1, заказчик рассылки несет ответственность за содержание рекламного СМС-сообщения, рекламное сообщение должно отвечать требованиям Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 8.1 Договора 1, за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора ПАО «МТС» и ООО «Девино Телеком» несут ответственность, предусмотренную настоящим договором и действующим законодательством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2 ООО «Девино Телеком» оказывает услуги АО «Торговый дом «Перекресток» путем предоставления доступа к Личному кабинету пользователя на DEVINO Platform, что позволяет АО «Торговый дом «Перекресток» самостоятельно отправлять на Мобильный терминал подписчика сообщения, получать с мобильного терминала подписчика СМС-сообщения, а также формировать статистику по отправленным и полученным сообщениям.

Согласно пункту 3.3.4 АО «Торговый дом «Перекресток» обязан не использовать подключение DEVINO Platform для рассылки СПАМ-сообщений.

Пункт 1.16 Договора 2 разъясняет понятие «СПАМ», как рассылку сообщений без предварительного письменного согласия подписчиков, и/или рассылка сообщений подписчикам, выразившим отказ от получения таких сообщений, и/или рассылка сообщений заведомо вводящая подписчиков в заблуждение относительно содержания указанных сообщений/запросов или их отправителя.

В соответствии с пунктом 7.1 Договора 1, ООО «Девино Телеком» и АО «Торговый дом «Перекресток» несут ответственность в соответствии с настоящим договором и действующим законодательством Российской Федерации.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение СМС-сообщений осуществляется путем их передачи последовательно

от АО «Торговый дом «Перекресток» к ООО «Девино Телеком», 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 СМС-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Согласно статье 309 ГК РФ, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ПАО «МТС», ООО «Девино Телеком», АО «Торговый дом «Перекресток» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке СМС-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ПАО «МТС», ООО «Девино Телеком», АО «Торговый дом «Перекресток» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

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 ПАО «МТС», ООО «Девино Телеком», АО «Торговый дом «Перекресток» 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 ПАО «МТС», ООО «Девино Телеком», АО «Торговый дом «Перекресток» 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 13.07.2017 в 19:42 от отправителя «Pyaterochka» 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.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> осуществлено в силу имеющихся между ПАО «МТС» ООО «Девино Телеком» АО «Торговый дом «Перекресток» 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 ПАО «МТС», ООО «Девино Телеком», АО «Торговый дом «Перекресток» являются рекламодателями рекламы следующего содержания: «Павел, получайте в 3 раза БОЛЬШЕ баллов за покупки в Пятерочке до 19 июля! Акция действует персонально по вашей карте **0772», поступившей: 13.07.2017 в 19:42, отправитель: «Pyaterochka».

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 «МТС», ООО «Девино Телеком», АО «Торговый дом «Перекресток» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

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 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 ПАО «МТС», ООО «Девино Телеком», АО «Торговый дом «Перекресток» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 13.07.2017 в 19:42 от отправителя «Pvnterоchka» без предварительного согласия абонента на ее получение.

При этом нарушение пункта 12 части 3 статьи 5 Закона о рекламе в данном конкретном случае, учитывая все обстоятельства дела и содержание рекламного СМС-сообщения, в действиях АО «Торговый дом «Перекресток» не установлено.

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 ПАО «МТС», ООО «Девино Телеком» АО «Торговый дом «Перекресток» 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 ПАО «МТС» (ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124), ООО «Девино Телеком» (ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162), АО «Торговый дом «Перекресток» (ИНН 7728029110, ОГРН 1027700034493) нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе посредством СМС сообщения на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Павел, получайте в 3 раза БОЛЬШЕ баллов за покупки в Пятерочке до 19 июля! Акция действует персонально по вашей карте **0772» поступившей 13.07.2017 в 19:42, отправитель: «Pyaterochka», в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ПАО «МТС» (ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124), ООО «Девино Телеком» (ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162), АО «Торговый дом «Перекресток» (ИНН 7728029110, ОГРН 1027700034493) 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: <...>