

ПАО «МТС»

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

ЗАО «Связной загрузка»

115280, г. Москва,
ул. Ленинская слобода, д. 26,
пом. XII, ком. 8

lsuchkova@zagruzka.com

ООО «Страмедиа»

121087, г. Москва,
ул. Тучковская, д. 6, стр. 1

119330, г. Москва,
Мичуринский пр-т, 6-1-158

ООО «Корса»

105094, г. Москва,
ул. Гольяновская, д. 3А, корп. 3,
пом. VI, ком. 1

vivasma@mail.ru

ООО «Спорт Сооружение 3»

115230, г. Москва,
Хлебозаводский пр-д, д. 7, стр. 10

РЕШЕНИЕ
ПО ДЕЛУ № 3-18-53/77-16

«21» июля 2016 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 – Н.В. Орлова,
членов Комиссии – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой,

рассмотрев дело № 3-18-53/77-16 возбужденное в отношении ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса», ООО «Спорт Сооружение 3» по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Фитнес клуб СССР приглашает Вас на бесплатный гостевой визит! Покажи это смс — получи 1 день фитнеса+бассейн! Запись по тел. 84952419686 Фитнес клуб СССР М.Нагатинская. Предложение действительно до 10.07.15.», поступившей 30.06.2015 в 12:58, отправитель: «fitnessСССР», с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителей ООО «Спорт Сооружение 3» в лице Сальникова К.К., Иваноковой И.Е. (по доверенности б/н от 19.04.2016), ПАО «МТС» в лице Андросовой Н.В. (по доверенности 0035/15 от 25.02.2015);

в отсутствие представителей ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» (уведомлены надлежащим образом).

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-53/77-16 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса», ООО «Спорт Сооружение 3» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Фитнес клуб СССР приглашает Вас на бесплатный гостевой визит! Покажи это смс — получи 1 день фитнеса+бассейн! Запись по тел. 84952419686 Фитнес клуб СССР М.Нагатинская. Предложение действительно до 10.07.15.», поступившей 30.06.2015 в 12:58, отправитель: «fitnessСССР».

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» (адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д.4) 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.

ЗАО «Связной загрузка» (адрес: 115280, г. Москва, ул. Ленинская слобода,

д. 26, пом. XII, ком. 8) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 10.03.2005 за основным государственным регистрационным номером 1057746396113, ИНН 7703544582, КПП 772501001.

ООО «Страмедиа» (адрес: 121087, г. Москва, ул. Тучковская, д. 6, стр. 1) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.11.2011 за основным государственным регистрационным номером 1117746917848, ИНН 7730655080, КПП 773001001.

ООО «Корса» (адрес: 105094, г. Москва, ул. Гольяновская, д. 3А, корп. 3, пом. VI, ком. 1) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 09.02.2011 за основным государственным регистрационным номером 1117746080616, ИНН 7701906205, КПП 770101001.

ООО «Спорт Сооружение 3» (адрес: 115230, г. Москва, Хлебозаводский пр-д, д. 7, стр. 10) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 14.11.2013 за основным государственным регистрационным номером 5137746076727, ИНН 7724898543, КПП 772401001.

Согласно материалам дела № 3-18-53/77-16 на номер телефона <...> 30.06.2015 в 12:58 поступила спорная реклама от отправителя: «fitnessСССР».

Поступление указанной рекламы на номер телефона +7-916-143-03-55 подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела.

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

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

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

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является

обстоятельством, исключаящим рекламный характер распространенного смс-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

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

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

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

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

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

Необходимо иметь в виду, что в данном случае 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 РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

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

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы от ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса», ООО «Спорт Сооружение 3» он не давал. Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса», ООО «Спорт Сооружение 3» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

ООО «Корса» был представлен клиентский договор, в котором в пункте 5.2 указано, что при подписании данного договора клиент дает согласие клубу на получение по сетям электросвязи (в том числе смс-рассылка и электронная почта) рекламы услуг клуба (новинки, акции, бонусы, скидки и т. п.).

Указанное согласие, представленное ООО «Корса», Комиссия Московского УФАС России не может считать надлежащим по следующим

основаниям.

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. По мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора на оказание каких-либо услуг, в данном случае — фитнес-услуг, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Согласно представленным документам и сведениям, рассматриваемый договор фитнес-услуг по своей природе является договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации, договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Таким образом, у потенциального клиента фитнес-клуба нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора и ему надлежит осуществить совокупность действий направленных на изменение условий договора, связанных с навязыванием потребителю рекламы.

Комиссия Московского УФАС России 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.

В данном случае у лица, заключившего договор, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, как их получение связано с заключением договора, то есть не предполагает каких-либо действий лица, его волеизъявления. Подобное положение, по мнению Комиссии, прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе правила предварительного получения согласия абонента, и нарушает его право на возможность «по умолчанию» не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т.п.) рекламы.

Кроме того, клиентский договор, представленный ООО «Корса», заключен не с заявителем, а с другим физическим лицом, о чем свидетельствуют иные персональные данные в графе «Клиент».

В соответствии с письменным пояснением и представленными ПАО «МТС» материалами, между заявителем и ПАО «МТС» заключен договор оказания услуг подвижной связи с предоставлением абонентского номера <...>. ПАО «МТС» представило в Московское УФАС копию данного договора.

По мнению Комиссии Московского УФАС России, факт наличия между заявителем и ПАО «МТС» договора о выделении абонентского номера, на который поступило спорное смс-сообщение, свидетельствует о недобросовестном поведении

ПАО «МТС», как лица, участвовавшего в распространении такого сообщения.

Так, имея доступ к информации о лице-владельце телефонного номера, Общество, при проявлении надлежащей осмотрительности и установлении лица, давшего согласие на получение рекламы, могло определить, что такое согласие дано иным лицом, не являющимся владельцем телефонного номера. Однако, при наличии возможности, указанные действия не были совершены, в связи с чем заявителю было доставлено смс-сообщение рекламного характера, согласие на получение которого он не давал.

Исходя из материалов дела № 3-18-53/77-16, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: агентского договора №D140755812 от 08.12.2014, заключенного между ПАО «МТС» и ЗАО «Связной загрузка» (далее — Договор 1); субагентского договора № А-92/14р от 08.12.2014, заключенного между ЗАО «Связной загрузка» и ООО «Страмедиа» (далее — Договор 2); договора на оказание услуг №04-12/104 от 01.04.2012, заключенного между ООО «Страмедиа» и ООО «Корса» (далее — Договор 3); договора об оказании услуг б/н от 01.11.2015, заключенного между ООО «Корса» и ООО «Спорт Сооружение 3».

Согласно пункту 2.1 Договор 1 ПАО «МТС» поручает, а ЗАО «Связной Загрузка» обязуется от своего имени, но за счет ПАО «МТС» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуги заказчикам рассылки, а именно:

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

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 1, ООО «Связной Загрузка» обязуется обеспечить получение от заказчиков рассылки документального подтверждения/письменных гарантий наличия предварительного и надлежащего согласия от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений — рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи. В случае направления пользователям рекламных сообщений также обеспечить получение от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии наличия 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 ими действий, однозначно идентифицирующих пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно пункту 22.1 статьи 2 ФЗ «О связи».

В соответствии с пунктом 3.3.11 Договора 1, ООО «Связной Загрузка» обязуется, в случае получения информации от ПАО «МТС» согласно пункту 3.2.8 Договора 1, в обязательном порядке проинформировать заказчика рассылки о прекращении отправки смс-сообщений пользователям, которые отказались через ПАО «МТС» от получения сообщений с конкретного номера.

Согласно пункту 3.4.2 Договора 1 ЗАО «Связной Загрузка» имеет право привлекать третьих лиц для выполнения поручения по Договору 1 только с согласия ПАО «МТС» и предоставлять доступ третьим лицам только к своему оборудованию. При этом ЗАО «Связной Загрузка» несет ответственность за их работу, как за свою собственную и оплачивает из собственных средств.

При этом, согласно Разделу 1 Договора 1, под услугой понимается рассылка смс-сообщений от заказчиков рассылки пользователям; пользователем является физическое или юридическое лицо, заключившее с ПАО «МТС» договор на оказание услуг связи и являющееся пользователем услуг заказчика рассылки, а также давшее предварительное и надлежащее оформленное согласие заказчиком рассылки в случае направления заказчиком рассылки рекламных смс таким пользователям; заказчиком рассылки является лицо, осуществляющее рассылку пользователя.

Согласно пункту 3.5.3 Договора 1, в случае нарушения ЗАО «Связной Загрузка», в том числе пункта 3.3.3 Договора 1, ПАО «МТС» вправе приостановить исполнение поручения до полного устранения ЗАО «Связной загрузка» выявленных нарушений, которые должны быть устранены в течение 30 календарных дней со дня выявления нарушения.

В соответствии с пунктом 3.5.4 Договора 1 ПАО «МТС» вправе не осуществлять доставку смс-сообщений пользователям, которые отказались от получения смс-сообщений с конкретного номера в рамках оказания заказчику рассылки услуги. Отказ от получения смс-сообщений с конкретного номера может быть предоставлен пользователем в порядке и условиях, которые устанавливает ПАО «МТС».

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2, ЗАО «Связной Загрузка» поручает, а ООО «Страмедиа» обязуется от своего имени, но за счет ЗАО «Связной Загрузка» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуги заказчикам рассылки, а именно:

- осуществлять поиск и привлечение заказчиков рассылки;
- заключать договоры на оказание услуг в порядке и на условиях, предусмотренных Приложением № 6 к Договору 2, при необходимости

подписывать соглашения об изменении/расторжении договоров на услуги;

- обеспечить доступ заказчикам рассылки к смс-центру ЗАО «Связной Загрузка» через оборудование для целей оказания услуг;
- осуществлять расчеты с заказчиками рассылки за услуги по ценам, приведенным в Приложении № 6 к Договору 2, и ведение всей отчетной документации;
- осуществлять взаимодействие с заказчиком рассылки по всем вопросам, связанным с оказанием услуг, готовить и направлять ответы на запросы/претензии заказчиков рассылки.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 2, ООО «Страмедиа» обязуется обеспечить получение от заказчиков рассылки документального подтверждения/письменных гарантий наличия предварительного и надлежащего согласия от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений — рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи. В случае направления пользователям рекламных сообщений также обеспечить получение от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии наличия 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 ФЗ «О связи».

В соответствии с пунктом 3.3.11 Договора 2, ООО «Страмедиа» обязуется, в случае получения информации от ЗАО «Связной Загрузка» согласно пункту 3.2.8 Договора 1, в обязательном порядке проинформировать заказчика рассылки о прекращении отправки смс-сообщений пользователям, которые отказались через ЗАО «Связной Загрузка» от получения сообщений с конкретного номера.

При этом, согласно Разделу 1 Договора 2, под услугой понимается рассылка смс-сообщений от заказчиков рассылки пользователям; пользователем является физическое или юридическое лицо, заключившее с ПАО «МТС» договор на оказание услуг связи и являющееся пользователем услуг заказчика рассылки, а также давшее предварительное и надлежащее оформленное согласие заказчиком рассылки в случае направления заказчиком рассылки рекламных смс таким пользователям; заказчиком рассылки является лицо, осуществляющее рассылку пользователя.

Согласно пункту 3.5.3 Договора 2, в случае нарушения ООО «Страмедиа», в том числе пункта 3.3.3 Договора 2, ЗАО «Связной Загрузка» вправе приостановить исполнение поручения до полного устранения ООО «Страмедиа» выявленных нарушений, которые должны быть устранены в течение 30 календарных дней со дня выявления нарушения.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 3, ООО «Страмедиа» оказывает ООО «Корса» услуги по отправке смс-сообщений, приему смс-сообщений и предоставлению доступа к личному кабинету в соответствии с Правилами предоставления услуг (Приложение 1 к Договору 3) и действующими тарифами ООО «Страмедиа», согласованными сторонами (Приложение 2 к Договору 3).

Согласно пункту 3.2.1 Договора 3, ООО «Корса» обязано использовать услугу только для передачи информации абонентам сервиса, в соответствии с нормами законодательства Российской Федерации, в том числе: в соответствии с Федеральным законом «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ РФ, а также в соответствии с законодательством других стран, абонентам которых выполняется рассылка смс-сообщений, а также согласно нормам международного права.

В соответствии с пунктом 3.2.3 Договора 3, ООО «Корса» обязано не использовать услугу для распространения ненужной получателю, не запрошенной информации: в частности, являются недопустимым действия ООО «Страмедиа» по массовой рассылке несогласованных предварительно с получателями смс-сообщений (под массовой рассылкой подразумевается как рассылка множеству получателей, так и множественная рассылка одному получателю) и рассылке информации получателям, высказавшим ранее явное нежелание получать эту информацию.

В соответствии с пунктом 3.2.5 Договора 3, ООО «Корса» обязано не использовать подключение к системе для организации СПАМа.

Кроме того, согласно пункту 3.2.6 Договора 3, ООО «Корса» обязано получить от абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщений, согласие на получение таких смс-сообщений в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности получения смс-сообщения абонентом.

При этом, согласно Разделу 1 Договора 3, оператором является оператор сети сотовой радиотелефонной связи, имеющий соответствующие лицензии и разрешения, предусмотренные действующим законодательством страны местонахождения оператора; абонентом является физическое или юридическое лицо, пользующееся услугами связи оператора; под смс-сообщением понимается короткое текстовое сообщение, которое может быть принято и отправлено оператором на сотовый телефон; под СПАМом понимается рассылка смс-сообщений рекламного характера, осуществленная на телефоны абонентов без предварительного согласия абонентов, а также рассылка, вводящая абонентов в заблуждение относительно содержания смс-сообщений и их отправителя.

Согласно пункту 5.6 Договора 3, при поступлении ООО «Страмедиа» информации о нарушении ООО «Корса» пунктов 3.2.1, 3.2.2, 3.2.4-3.2.6 Договора 3, ООО «Страмедиа» немедленно приостанавливает оказание услуг.

В соответствии с пунктом 7.1 Договора 3, при нарушении ООО «Корса»

условий Договора 3 об оплате услуг, а также пунктов 3.2.1, 3.2.2, 3.2.4-3.2.6 Договор 3 может быть расторгнут ООО «Страмедиа» в одностороннем порядке.

ООО «Корса» в письменном пояснении указало, что ООО «Спорт Сооружение 3» само формирует текст сообщения и отправляет запрос (СМС-сообщение) на абонента из личного кабинета по своим абонентским базам, а ООО «Корса» передает сообщение согласно правилам и стандарту GSM на SMS-центр сотового оператора абонента. 30.06.15 в 12:58 ООО «Корса» был зафиксирован запрос на абонента <...>.

В соответствии с письменным пояснением ООО «Корса», Общество сотрудничает с ООО «Спорт Сооружение 3» с марта 2014 года, однако подтверждающих данные сведения документов (копий неоднократно запрашиваемого договора) ООО «Корса» не представлено. В то же время в Московское УФАС ООО «Спорт Сооружение 3» был представлен договор б/н от 01.11.2015, заключенный с ООО «Корса». Данный договор вступил в силу после установленного факта распространения спорного смс-сообщения, и соответственно не имеет отношения к делу.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров, представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «Корса» к ООО «Страмедиа», от него к ЗАО «Связной загрузка», а от него к 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 Гражданского кодекса 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», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, 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», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» 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 Гражданского кодекса Российской Федерации не подлежит судебной 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», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» 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 ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» рекламораспространителями 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 30.06.2015 в 12:58 рекламы фитнес клуба СССР на номер телефона <...> от отправителя «fitnessСССР» 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 рекламодатель и рекламодатель.

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

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

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> в силу имеющихся между ними гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» являются рекламодателями рекламы «Фитнес клуб СССР приглашает Вас на бесплатный гостевой визит! Покажи это смс — получи 1 день фитнеса+бассейн! Запись по тел. 84952419686 Фитнес клуб СССР М.Нагатинская. Предложение действительно до 10.07.15.», поступившей 30.06.2015 в 12:58, отправитель: «fitnessСССР».

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», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» 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 могут 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 регулируются законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.

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

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

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

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 30.06.2015 в 12:58 на телефонный номер +7-916-143-03-55 от отправителя: «fitnessСССР» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» 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 ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы. Согласно представленным в материалах дела документам и сведениям, спорное сообщение было распространено 17.06.2015.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности в настоящем случае истек.

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», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» нарушившими требования части 1 статьи 18 при распространении на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы «Фитнес клуб СССР приглашает Вас на бесплатный гостевой визит! Покажи это смс — получи 1 день фитнеса+бассейн! Запись по тел. 84952419686 Фитнес клуб СССР М.Нагатинская. Предложение действительно до 10.07.15.», поступившей 30.06.2015 в 12:58 от отправителя «fitnessСССР», распространенной без надлежащим образом оформленного согласия абонента.

2. В отношении ООО «Спорт Сооружение 3» производство по делу прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Корса» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с истечением срока привлечения к административной ответственности.

В полном объеме Решение изготовлено 02.08.2016.

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

Председатель Комиссии

Н.В. Орлов

Члены Комиссии

П.В. Олейник

Н.С. Уварова