

ПАО «Мегафон»

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

127055, г. Москва,
ул. Новослободская, д. 23

АО «МегаЛабс»

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

ООО «Раппорто»

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

ООО «Альмера ТС»

127015, г. Москва,
Бумажный проезд, д. 14, стр. 2

РЕШЕНИЕ

«11» августа 2016

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 – И.С. Гудковой,
членов Комиссии – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой,

рассмотрев дело № 3-18-104/77-16, возбужденное по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> рекламы «СКИДКА 20% на всю ОБУВЬ при покупке от 2-х пар. До 15.05 +74957755000», поступившей 09.04.2015 в 13:07 от отправителя «ОРТЕКА», 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 посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ООО «Альмера ТС» в лице Н.С. Жогу (по доверенности № 99 от 11.11.2015),

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

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-104/77-16 возбуждено в отношении ООО «Альмера ТС», ООО «Рапporto» АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения рекламы «СКИДКА 20% на всю ОБУВЬ при покупке от 2-х пар. До 15.05 +74957755000», поступившей 09.04.2015 в 13:00 от отправителя «ОРТЕКА».

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ООО «Альмера ТС» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 16.01.2003 за основным государственным регистрационным номером 1037700032040, ИНН 7716152776, КПП 771401001.

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

АО «МегаЛабс» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 25.05.2005 за основным государственным регистрационным номером 1057747083767, ИНН 7713556058, КПП 770601001.

ПАО «Мегафон» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027809169585, ИНН 7812014560, КПП 770601001.

Согласно материалам дела № 3-18-104/77-16 09.04.2015 в 13:07 на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения поступила реклама «СКИДКА 20% на всю ОБУВЬ при покупке от 2-х пар. До 15.05 +74957755000» от отправителя «ОРТЕКА».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем (вх. № 13066 от 17.04.2015).

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

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

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

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс-сообщения.

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

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

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

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

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена 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 материалах дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

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

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

Исходя из текста сообщения, в котором содержится информация об условиях акции при покупке обуви, указан номер телефона и дата завершения акции, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя.

Согласно представленным ООО «Рапporto» и АО «МегаЛабс» материалам, абонент давал свое согласие на получение информации о проводимых рекламных акциях, маркетинговых программ, анкетирования. Однако заявитель представил документы, подтверждающие его отказ от рекламной рассылки на номер <...>. Данный отказ надлежащим образом получен ООО «Альмера ТС» 28.01.2015, что подтверждается имеющейся в материалах дела копией уведомления о

вручении.

В соответствии с пунктом 1 статьи 18 Закона о рекламе, рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Из материалов дела установлено, что реклама распространялась 09.04.2015, т. е. после отказа абонента от рекламной рассылки.

Как пояснило ООО «Альмера ТС», отправка смс-сообщения рекламного характера произведена на номер заявителя после отказа на получение такой информации в связи с техническим сбоем, произошедшим в программе.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективных причинах невозможности выполнить требования заявителя о прекращении распространения на телефонный номер <...> информационных сообщений, в том числе рекламы ООО «Альмера ТС», ООО «Раппорто», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон», в материалах дела не представлено.

Согласно данным предоставленными ПАО «Мегафон» абонентский номер +7-926-555-06-24 закреплен за ПАО «Мегафон».

В соответствии с письменными пояснениями ПАО «Мегафон» буквенное обозначение «ОРТЕКА», с которого поступило спорное смс-сообщение, выделено АО «МегаЛабс» в рамках оказания услуги «Мобильное информирование».

Исходя из материалов дела № 3-18-104/77-16, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

дополнительного соглашения № 42/4 к Генеральному соглашению от 30.04.2010, заключенного между АО «МегаЛабс» и ПАО «Мегафон» (далее — Соглашение);

договора об оказании услуг № МР-МИ-РПТ-24.10.2014 от 24.10.2014, заключенного между ООО «Раппорто» и АО «МегаЛабс» (далее — Договор 1);

договора о предоставлении доступа к системе Rapporto № КСР-09/14 от 01.09.2014, заключенного между ООО «КОНМАРК-СР» и ООО «Раппорто» (далее — Договор 2);

договора на оказание услуг № 15104-СР от 18.09.2014, заключенного между ООО «Альмера ТС» и ООО «КОНМАРК-СР» (далее — Договор 3).

В соответствии с пунктом 2.1 Соглашения ПАО «Мегафон» обязуется оказывать АО «МегаЛабс» за вознаграждение услуги, а АО «МегаЛабс» обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Соглашением и приложениями к нему.

При этом под услугой, согласно пункту 2.1 Соглашения, понимается услуга по размещению посредством каналов коммуникации рекламных информационных материалов АО «МегаЛабс» (Клиента АО «МегаЛабс») среди абонентов, а также по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса.

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

В соответствии с пунктом 3.6 Соглашения в случае размещения рекламных-

информационных материалов среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс», АО «МегаЛабс» обязуется до размещения рекламно-информационных материалов получить согласие абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных.

Согласно пункту 4.3 Соглашения ПАО «Мегафон» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством интерфейса SMS/MMS/USSD-сообщений на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или ПАО «Мегафон», и условиям Соглашения. ПАО «Мегафон» вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «МегаЛабс» условий Соглашения.

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

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

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

Также, согласно пункту 4.10 Соглашения, в случае размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс» АО «МегаЛабс» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым АО «МегаЛабс» получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение рекламно-информационных материалов АО «МегаЛабс» обязуется незамедлительно прекратить размещение SMS/MMS/USSD – сообщений посредством интерфейса, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от ПАО «Мегафон». Согласно пункту 4.11 Соглашения в случае размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс» АО «МегаЛабс» обязан по требованию ПАО «Мегафон» предоставить письменное

согласие абонента на получение рекламы в течении 3 рабочих дней.

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

Согласно пункту 4.16 Соглашения ПАО «Мегафон» вправе блокировать возможность использования АО «МегаЛабс» какой-либо подписи в случае нарушения АО «МегаЛабс» требований к рекламно-информационным материалам, в том числе требований по получению согласия абонентов на получение рекламы, а также в случаях, указанных в пункте 4.4 Соглашения.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 1 АО «МегаЛабс» обязуется оказывать ООО «Рапporto» за вознаграждение услуги, а АО «МегаЛабс» обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Договором 1, приложениями к нему и согласованными сторонами заявками. При этом под услугой, согласно пункту 1.1 Договора 1, понимается услуга по проведению рекламных компаний ООО «Рапporto» путем организации подключения и предоставлению доступа к интерфейсу для целей размещения рекламных материалов и/или информационных материалов ООО «Рапporto» (Клиента ООО «Рапporto») с помощью каналов коммуникации среди абонентов, предоставивших свое согласие на получении рекламных материалов и информационных материалов ООО «Рапporto» (Клиенту ООО «Рапporto») и поддержке функционирования интерфейса.

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

Из пункта 3.7 Договора 1 следует, что ООО «Рапporto» обязуется получить предварительное согласие абонента, выраженное посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных материалов и информационных сообщений. Согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер, по которому абонент дал согласие на получение SMS/MMS-сообщений. Абонентский номер, по которому абонент дал согласие на получение SMS/MMS-сообщений, должен быть указан в соответствии с международным форматом. Также, в соответствии с пунктом 3.8 Договора 1 ООО «Рапporto» обязуется получить согласие у абонента, среди которых предполагается размещение рекламных материалов и информационных сообщений в канале SMS/MMS-сообщений, на использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их упоминания в тексте) для целей распространения

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

Также, согласно пункту 4.11 Договора 1 ООО «Рапporto» обязуется

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

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

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

В соответствии с пунктом 4.4 Договора 1 АО «МегаЛабс» имеет право незамедлительно прекращать направление абонентам текстов ООО «Рапporto», если не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы, а также если они не соответствуют действительности, требованиям действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам АО «МегаЛабс» и/или оператора, могут нанести ущерб деловой репутации АО «МегаЛабс» и/или оператора.

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

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2 ООО «Рапporto» за обусловленную плату предоставляет ООО «КОНМРАК-СР» доступ к системе, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов различных SMS-рассылок, управление ими и прочее.

В дополнительных соглашениях к Договору 2 имеется перечень альфа-нумерических имен используемых клиентами заказчика (т. е. ООО «КОНМРАК-СР»). В нем указывается юридическое лицо/клиент и номер отправителя (альфа/короткий цифровой). В данном перечне указано юридическое лицо ООО «Альмера ТС» и соответствующий номер отправителя - «ОРТЕКА».

Согласно пункту 3.3.2 Договора 2 ООО «КОНМАРК-СР» обязан получить предварительное письменное согласие от абонента, на номер телефона которого будет производиться отправка SMS-сообщений, а также любым доступным

способом отказаться от дальнейшего получения SMS-сообщений. Из пункта 3.3.6 Договора 2 следует, что ООО «КОНМАРК-СР» обязан не допускать при использовании системы нарушение прав и законных интересов третьих лиц, в т.ч. абонентов, а так же не допускать своими действиями причинения убытков и/или вреда указанным лицам.

В свою очередь, в соответствии с пунктом 3.2.3 Договора 2 ООО «Раппорто» имеет право по своему усмотрению, в одностороннем порядке приостановить доступ к системе ООО «КОНМАРК-СР» до момента исполнения им нарушенного обязательства или прекратить выполнение своих обязательств по Договору 2 без каких-либо штрафных санкций в свой адрес и/или без возмещения убытков ООО «КОНМАРК-СР», связанных с прекращением или приостановлением оказания услуг, в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения ООО «КОНМАРК-СР» обязанностей, предусмотренных п. 3.3.6 и/или п. 3.3.7 Договора 2.

Правилами предоставления доступа к системе (Приложение № 1 к Договору 2) пунктом 10 не допускается рассылка ООО «КОМАРК-СР» с использованием системы SMS-сообщений абонентам без их предварительного письменного согласия.

В соответствии с пунктом 1.5 Договора 2 под спамом понимается рассылка SMS-сообщений рекламного характера, осуществленная на телефоны абонентов без их предварительного согласия, а также рассылка, вводящая абонентов в заблуждение относительно содержания SMS-сообщений или их отправителя.

Согласно пункту 1.7 Договора 2 абонентом является физическое или юридическое лицо, пользующееся услугами подвижной радио-телефонной связи одного из лицензированных операторов.

Согласно пункту 1.1 Договора 3, ООО «КОНМАРК-СР» обязуется оказывать маркетинговые, рекламные и прочие услуги ООО «Альмера ТС», в том числе рассылку SMS-сообщений.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 3 ООО «КОНМАРК-СР» приступает к оказанию услуг с даты поступления предоплаты и/или предоставления ООО «Альмера ТС» всех материалов/информации, в т.ч. баз данных и оригинал-макетов, необходимых для оказания услуг, если иное не согласовано в Бланке заказов.

В свою очередь из Бланка заказа № 30 от 01.04.2015 к Договору 3 следует, что ООО «Альмера ТС» передало базу данных, а также шаблон sms-сообщения, содержащий следующую информацию «СКИДКА 20% на всю ОБУВЬ при покупке от 2-х пар. До 15.05 +74957755000».

Из пункта 2.5 Договора 3 следует, что ООО «Альмера ТС» обязано незамедлительно предоставлять всю информацию и документы ООО «КОНМАРК-СР» для оказания услуг по Договору 3, а также принимать все необходимые разумные меры для устранения обстоятельств, препятствующих выполнению обязательств по Договору 3.

Согласно пункту 4.6 Договора 3 ООО «Альмера ТС» гарантирует, что предоставленные им материалы и информация, в том числе содержащие персональные данные, получены/созданы на законном основании, их использование в рамках оказания услуг по Договору 3 не нарушит прав третьих

лиц и законодательства РФ, в том числе о рекламе, о персональных данных, об охраняемых результатах интеллектуальной деятельности и средствах индивидуализации. Также ООО «Альмера ТС» гарантирует, что имеет в необходимой форме согласие получателей информации/материалов, на получение указанных материалов/информации, и/или согласие на обработку персональных данных, если это предусмотрено законодательство РФ.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «Альмера ТС» к ООО «КОНМАРК-СР», от «КОНМАРК-СР» последовательно к ООО «Раппорто», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

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

ООО «Альмера ТС» является первым рекламораспространителем, в связи с тем, что АО «Альмера ТС» сформировала базу номеров, на которые распространялась реклама, а, следовательно, непосредственно участвовала в распространении рекламы.

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.

ООО «Альмера ТС», «КОНМАРК-СР», ООО «Раппорто», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

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

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

Обратного ООО «Альмера ТС», «КОНМАРК-СР», ООО «Раппорто», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса

частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче смс-сообщений рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 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, ООО «Альмера ТС», «КОНМАРК-СР», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «Альмера ТС», «КОНМАРК-СР», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» 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 09.04.2015 в 13:07 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> от отправителя «ОРТЕКА» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатели.

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

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

При этом законодательно установленное определение распространителя

рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ООО «Альмера ТС», ООО «КОНМАРК-СР», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» 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 ООО «Альмера ТС», ООО «КОНМАРК-СР», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ООО «Альмера ТС», ООО «КОНМАРК-СР», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» являются рекламодателями рекламы «СКИДКА 20% на всю ОБУВЬ при покупке от 2-ух пар. До 15.05 +74957755000», поступившей 09.04.2016 в 13:07 от отправителя «ОРТЕКА».

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ООО «Альмера ТС», ООО «КОНМАРК-СР», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Ссылки лиц, участвующих в деле, на Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи), в частности на тот факт, что данным законом исключается ответственность оператора связи за рассылку его клиентами смс-сообщений, не соответствующих требованиям закона и условиям договора, не может быть 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. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за

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

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Альмера ТС», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 09.04.2015 в 13:07 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> от отправителя «ОРТЕКА» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ООО «Альмера ТС», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой

ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

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 рекламароспространителем 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.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Альмера ТС», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Альмера ТС», ООО «Рапporto», АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» нарушившими часть 1 статьи 18 в связи с распространением 09.04.2015 в 13:07 на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы «СКИДКА 20% на всю ОБУВЬ при покупке от 2-ух пар. До 15.05 +74957755000» от отправителя «ОРТЕКА», без предварительного согласия абонента.

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

3. 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.

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

Председатель Комиссии

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

П.В. Олейник

Н.С. Уварова

Исполнитель: Устинова А.А.
8 (495) 784-75-05. (доб. 154)