

Согласно списку адресатов

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-60/77-16

«11» июля 2016 г.

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 № 3-18-60/77-16, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы следующего содержания:

«Скидка на все меню 10%! Лапша ждет тебя! Yammy-wok.ru», поступившего 31.10.2014 в 12.43, отправитель: YammyY (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90);

«Сегодня за каждую доставку дарим хрустящую курицу темпура! yammy-wok.ru», поступившего 07.11.2014 в 12.45, отправитель: YammyY (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90);

«Скидка 10 % на все меню 29,30,31 декабря Yammy-wok.ru 4959615104», поступившего 29.12.2014 в 10.32, отправитель: YammyY (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90),

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 отсутствии представителей ПАО «МТС», ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Имобис», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е.Е. (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-60/77-16 возбуждено в отношении ЗАО «Связной загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Имобис», ИП Шаталовой Е.Е. на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы следующего содержания:

«Скидка на все меню 10%! Лапша ждет тебя! Yammy-wok.ru», поступившего 31.10.2014 в 12.43, отправитель: Yammy (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90);

«Сегодня за каждую доставку дарим хрустящую курицу темпура! yammy-wok.ru», поступившего 07.11.2014 в 12.45, отправитель: Yammy (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90);

«Скидка 10 % на все меню 29,30,31 декабря Yammy-wok.ru 4959615104», поступившего 29.12.2014 в 10.32, отправитель: Yammy (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90).

В дальнейшем к участию в деле в качестве лиц, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечены ПАО «МТС», ООО «Информер».

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. 19) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включенного в Единый государственный реестр юридических лиц 10.03.2005 года, за основным государственным регистрационным номером 1057746396113, ИНН 7703544582 КПП 772501001.

ООО «ИнфоБип» (адрес: 109012, г. Москва, ул. Ильинка, д.4, ул. Ильинка,

д.4, а/я 29) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включенного в Единый государственный реестр юридических лиц от 24.11.2009 за основным государственным регистрационным номером 5087746020720, ИНН 7703673690 КПП 771001001.

ООО «Информер» (адрес: 191025, г.Санкт-Петербург, пер. Кузнечный, д. 6, лит. А, пом. 7-Н/ 199106, г. Санкт- Петербург, ул. Канареечная, д.10, кв.47) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включенного в Единый государственный реестр юридических лиц от 03.04.2013 за основным государственным регистрационным номером 1137847136283, ИНН 784048729, КПП 784001001.

ООО «Имобис» (адрес: 194156, г. Санкт-Петербург, пр-т Энгельса, д. 33, корп. 1 лит. А, оф. 307-308) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включенного в Единый государственный реестр юридических лиц от 28.07.2006 за основным государственным регистрационным номером 5067847184114, ИНН 7840343366, КПП 780201001.

ИП Шаталова Е.Е. (адрес: 127422, г. Москва, <...>) является индивидуальным предпринимателем, включенным в Единый государственный реестр Индивидуальных предпринимателей от 30.06.2008 , за основным государственным регистрационным номером 308770000361401 ИНН 771377671008.

Каждое из указанных юридических лиц и указанное физическое лицо являются действующими, сведений о прекращении деятельности не имеется.

Согласно материалам дела № 3-18-60/77-16 рассматриваемая реклама на номер телефона <...>поступила 31.10.2014 в 12.43, 07.11.2014 в 12.45, 29.12.14 в 10.32 от отправителя Yammy (номер, в соответствии с детализацией услуг связи, — +7-916-896-03-90)

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащего текст рассматриваемых сообщений, 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, 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 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 сообщений, в которых содержится информация о возможных скидках на меню кафе, о доставке товара, о возможности получить в подарок иной определенный товар при совершении покупки рекламируемого товара, о сроке, в течение которого предлагаемые условия действуют, а также номер телефона кафе, 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 текстов информационных сообщений 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 поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы ПАО «МТС», ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е.Е., а равно спорных абонентских услуг, он не давал. Сторонами по делу такое согласие также не подтверждено.

Следовательно, доказательств получения согласия абонента на получение

рекламы ПАО «МТС», ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е.Е, не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «МТС», ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е.Е. информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

В соответствии с Российским планом нумерации, а также письменными пояснениями, номер +7-916-896-03-90, с которого поступили спорные смс-сообщения принадлежит номерной емкости ПАО «МТС». Кроме того, в соответствии с письменными пояснениями ПАО «МТС», рассматриваемые смс-сообщения от отправителя Yammy поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой на абонентский номер заявителя с короткого сервисного номера, выделенного ЗАО «Связной загрузка» в рамках заключенного между Обществами договора.

Исходя из материалов дела № 3-18-60/77-16, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: агентского договора № D140755812 от 09.12.2014 заключенного между ПАО «МТС» и ЗАО «Связной загрузка» (далее — Договор 1); договора оказания услуг предоставления доступа к системе и обработки данных № А-58/14р от 01.08.2014, заключенного между ЗАО «Связной загрузка» и ООО «ИнфоБип» (далее — Договор 2); договора оказания услуг № 0101102014 от 01.10.2014 между ООО «ИнфоБип» и ООО «Информер» (далее — Договор 3); Публичной оферты «Условия оказания услуги «смс-рассылка» (размещена в общем доступе на сайте по ссылке: <http://sms-manager.ru/condition>), заключенной между ООО «Информер» и ИП Шаталовой Е.Е. (далее — Оферта).

В соответствии с письменными пояснениями ООО «ИнфоБип», данные об участии в рассылке рассматриваемых сообщений ООО «Имобис» были представлены Обществом ошибочно, так как у ООО «Имобис» также имелись договорные отношения с ИП Шаталовой Е.Е. В дальнейшем данная ошибка была обнаружена и ООО «ИнфоБип» представил в адрес Московского УФАС России необходимые документы, в том числе копию договора с ООО «Информер», на основании которого в действительности распространялись рассматриваемые сообщения. Причины не доверять сведениям, сообщенным Обществом, у Комиссии Московского УФАС России отсутствуют.

Согласно пункту 2.1 Договора 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, ЗАО «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. (п.22.1 ст.2 Фз «О 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, ЗАО «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. 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 пользователям.

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 на условиях, которые устанавливает ПАО «МТС».

Согласно пункту 2.1 Договора 2 ЗАО «Связной загрузка» по заданию ООО «Инфобип» оказывает последнему технологические услуги по обработке, отправке сообщений, формируемых и отправляемых ООО «ИнфоБип» (клиентом ООО «Инфобип») и организацию взаимодействия между ООО «Инфобип» и абонентом при помощи системы (далее- услуги).

При этом, согласно Разделу 1 «Основные определения» Договора 2, абонентом является физическое лицо (гражданин) или юридическое лицо с которым оператор заключил договор об оказании услуг подвижной связи при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации/или имеющее электронный почтовый адрес и получающее сообщения/обменивающееся с ООО «ИнфоБип» сообщениями в порядке и на условиях, определенных настоящим договором; системой является принадлежащий ЗАО «Связной загрузка» комплекс оборудования и программного обеспечения, который позволяет получать, обрабатывать и передавать в форме различных типов сообщений данные, поступающие от абонента и адресуемые ООО «ИнфоБип», а так же в обратном порядке — от ООО «ИнфоБип», адресуемые абоненту; смс-сообщением является совокупность систематизированных алфавитно-текстовых или цифровых знаков информационного содержания, которая генерируется ЗАО «Связной загрузка» и предназначена к передаче абонентам в электронной форме, согласно принятым стандартам передачи коротких текстовых сообщений (SMS) – рекомендация GSM 03.40 (GSM recommendation 03.40) - по сети подвижной связи оператора; СПАМом (SPAM) является сообщение, отправленное ООО «ИфоБип» и предназначенное по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту(абонентам) без его (их) предварительного согласия и/или не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе содержащие несуществующие или фальсифицированные имя отправителя, а так же сообщения, соответствующие

критериям недобросовестной/недостоверной рекламы, содержащимся в Федеральных законах «О рекламе» и «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»;

В соответствии с пунктом 3.2.2 Договора 2, ООО «ИнфоБип» обязан не использовать права и(или) технические возможности, полученные в соответствии с настоящим договором для осуществления действий, запрещенных законодательством РФ (таких как проведение азартных игр, направление абонентам информации без согласия последних на ее получение и т. д.), а в соответствии с пунктом 3.2.5 Договора 2 ООО «ИнфоБип» обязан не отправлять через систему ЗАО «Связной загрузка» сообщения, которые будут соответствовать признакам СПАМ(SPAM).

В пункте 3.2.9 Договора 2 указано, что ООО «ИнфоБип» обязан до начала оказания услуг получить от абонентов предварительное согласие на получение смс-сообщений ООО «ИнфоБип».

Согласно пункту 3.2.11 Договора 2 ООО «ИнфоБип» обязан осуществлять распространение рекламы с использованием имени отправителя только среди абонентов, давших ООО «ИнфоБип» предварительное и надлежащее согласие на получение от последнего рекламы по сетям электросвязи.

Согласно пункту 3.3.3 Договора 2 ЗАО «Связной загрузка» вправе приостановить исполнение своих обязательств по договору в случае нарушения ООО «ИнфоБип» условий пункта 3.2.5 Договора 2, а так же в соответствии с пунктом 3.3.4 Договора 2 вправе заблокировать доступ ООО «ИнфоБип» к пользованию услугами, если тот будет неоднократно оперировать сообщениями, которые соответствуют признакам СПАМа (SPAM). В соответствии с пунктом 3.3.5 Договора 2 при выявлении факта прохождения указанных выше смс-сообщений ЗАО «Связной загрузка» об этом информирует ООО «ИнфоБип» а так же имеет право заблокировать такие сообщения при наличии технической возможности. В пункте 5.3 Договора 2 ответственность за включение в сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству возлагается на ООО «ИнфоБип». Согласно с пунктом 5.4 Договора 2 ООО «ИнфоБип» предоставляет ЗАО «Связной загрузка» данные, подтверждающие наличие согласия абонентов.

Согласно пункту 2.1 Договора 3 ООО «ИнфоБип» обязуется оказывать ООО «Информер» услуги в порядке и объеме, согласованном сторонами в настоящем договоре (Договор 3), приложениях, дополнительных соглашениях к нему, а ООО «Информер» обязуется принимать оказанные ООО «ИнфоБип» услуги и оплачивать их в соответствии с условиями настоящего договора.

При этом согласно разделу 1 «Термины и определения» Договора 3 под абонентом понимается лицо, пользующееся услугами связи оператора на основании договора об оказании соответствующих услуг с выделением для этих целей абонентского номера; под системой понимается информационная

система ООО «ИнфоБип» , представляющая собой комплекс программно-технических средств, позволяющих ООО «Информер» пользоваться услугами, предоставленными ООО «ИнфоБип» в соответствии с условиями настоящего Договора 3 и приложений к нему, являющихся неотъемлемой частью Договора 3; под услугами понимается комплекс услуг связи по организации передачи информации в форме сообщений, а именно: (I) передача сообщений от ООО «Информер» с целью последующей передачи абонентам и(или) (II) иные услуги, оказываемые ООО «ИнфоБип» ООО «Информер» в соответствии с приложениями и дополнительными соглашениями к настоящему договору, заключенными сторонами и являющимися неотъемлемой частью настоящего Договора 3, передача информации происходит посредством сети интернет через систему; под смс-сообщением (Short Message Service сообщение) понимается короткое текстовое сообщение, предназначенное для отправки на мобильные терминалы; под мобильным терминалом понимается мобильный радиотелефонный аппарат, используемый абонентом в сетях подвижной радиотелефонной связи стандарта GSM; под СПАМ понимается рассылка сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована ООО «Информер» без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких сообщений или их отправителя, в том числе: массовая рассылка несогласованных предварительно с абонентом сообщений, т. е. рассылка множеству абонентов или множественная рассылка одному абоненту, рассылка информации получателям, высказавшим ранее явное нежелание получать данную информацию.

Пункт 3.2.3 Договора 3 устанавливает, что ООО «Информер» обязуется использовать услуги исключительно в соответствии с нормами законодательства Российской Федерации и страны места регистрации оператора абонента, включая законодательство о рекламе и только для передачи информации абонентам, от которых получено предварительное письменное на получение таких сообщений . В соответствии с пунктом 3.2.4 Договора 3 ООО «Информер» обязуется не использовать услугу для распространения СПАМа.

Согласно пункту 3.2.7 Договора 3 ООО «Информер» обязуется не использовать права и/или технические возможности, полученные в соответствии с настоящим договором, для осуществления действий, запрещенных законодательством Российской Федерации или страной места регистрации оператора абонента (таких как направление абонентам информации без согласия последних на ее получение). Так же пункт 3.2.8 Договора 3 устанавливает, что ООО «Информер» обязан предоставлять ООО «ИнфоБип» по его запросам документы и достоверные сведения, в том числе письменное согласие абонента на получение сообщений ООО «Информер», которые ООО «ИнфоБип» запрашивает в рамках оказания услуг по настоящему договору (Договор 3).

Согласно пункту 3.2.12 Договора 3 ООО «Информер» обязуется не использовать услуги для направления сообщений содержащих информацию или рекламу, запрещенную для распространения на территории РФ или страны места нахождения оператора абонента, в том числе информацию рекламного характера и иного характера, направленную на привлечение внимания к работам, услугам и товарам, запрещенным к распространению на территории РФ и(или) страны места нахождения оператора абонента и противоречащим и не соответствующим требованиям законодательства РФ и(или) страны места нахождения оператора абонента.

В соответствии с пунктом 3.3.5 Договора 3 ООО «ИнфоБип» вправе приостановить оказание услуг в случае, если факт передачи или содержание сообщения в рамках оказания услуг по настоящему договору нарушает условия настоящего Договор 3 с обязательным уведомлением ООО «Информер» по электронной почте о таком приостановлении.

Так же пункт 5.3 Договора 3 устанавливает, что при поступлении ООО «ИнфоБип» информации о нарушении ООО «Информер» условий договора, ООО «ИнфоБип» вправе немедленно приостановить оказание услуг и проводит внутренне расследование с привлечением ООО «Информер».

В соответствии с пунктом 3.1 Оферты ООО «Информер» на возмездие основе оказывает ИП Шаталовой услуги по обеспечению доступа к системе(далее-услуги) в соответствии с действующими тарифами ООО «Информер», закрепленными в личном кабинете ИП Шаталовой Е.Е.

Согласно разделу 2 «Термины и определения» Оферты под абонентом понимается пользователь услуг оператора; под системой - комплекс программных средств ООО «Информер», обеспечивающих ИП Шаталовой Е.Е. возможность настройки и отправки смс-сообщений, получения отчетов о доставке смс-сообщений, а так же возможность контроля своего виртуального счета, под смс-сообщением - текстовое информационное сообщение, пропускаемое через технические средства абонента, оператора и ООО «Информер» и содержащее 160 буквенных/цифровых латинских символов(в т.ч. пробелы) или 70 буквенных/цифровых нелатинских символов (в т.ч. пробелы), в случае превышения количества знаков размер и расчет одного смс-сообщения составляет 153 латинских и 67 нелатинских символов; под СПАМ - рассылка смс-сообщений рекламного характера, осуществляемая на телефоны абонентов без предварительного согласия абонентов, а так же рассылка, вводящая подписчиков и/или абонентов в заблуждение относительно содержания смс сообщений или их отправителей; под услугами, услугой «смс-рассылки» услуги ООО «Информер» по предоставлению доступа к системе в соответствии с условиями оферты.

Согласно пункту 4.1.5 Оферты ООО «Информер» обязан осуществлять оказание услуг, соблюдая требования действующего законодательства и права третьих лиц. В соответствии с пунктом 4.2.2 Оферты ООО «Информер» имеет право проверять содержание смс-сообщений, формируемых и использованием

системы, потребовать от ИП Шаталовой Е.Е., чтобы во всех отправляемых ИП Шаталовой Е.Е. смс-сообщениях содержалась контактная информация ИП Шаталовой Е.Е. Так же согласно пункту 4.2.4 Оферты, ООО «Информер» имеет право приостановить оказание услуг по техническим, технологическим и иным причинам, препятствующим оказанию услуг, на время устранения таких причин.

Согласно пункту 4.3.3 Оферты, ИП Шаталова Е.Е. обязана не использовать систему для рассылки СПАМ-сообщений. Пункт 4.3.5 Оферты устанавливает, что ИП Шаталова Е.Е. обязана пользоваться услугами ООО «Информер», строго соблюдая требования действующего законодательства РФ, в том числе, Федерального закона № 38-ФЗ «О рекламе». В соответствии с пунктом 4.3.7 Договора 4 ИП Шаталова Е.Е. обязана самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно получить от абонентов, которым ИП Шаталова Е.Е. планирует отправлять смс-сообщения, письменное согласие на получение таких смс-сообщений, которое может быть предъявлено в качестве безоговорочного доказательства согласия абонента на получение таких смс-сообщений.

Согласно пункту 7.1 Оферты стороны несут ответственность по своим обязательствам в соответствии с действующим законодательством РФ. Так же в пункте 7.8 Оферты установлено, что в случае невыполнения и/или нарушения ИП Шаталовой Е.Е. обязательств, предусмотренных пунктом 4.3 Оферты, ООО «Информер» вправе приостановить оказание услуг и выполнение обязательств, предусмотренных пунктом 4.1 настоящей Оферты, до момента выполнения ИП Шаталовой Е.Е. нарушенных ей условий в полном объеме, расторгнуть заключенный между ИП Шаталовой Е.Е. и ООО «Информер» договор возмездного оказания услуг в одностороннем порядке.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ИП Шаталовой Е.Е. к ООО «Информер», от него последовательно к ООО «ИнфоБип», ЗАО «Связной загрузка», 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 «ИнфоБип»,

ООО «Информер», ИПП Шаталова Е.Е. 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», ЗАО «Связной загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е.Е. 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, 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 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 «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталова Е.Е. 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», ЗАО «Связной загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталову Е.Е. 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 31.10.14 в 12.43, 07.11.14 в 12.45, 29.12.14 в 10.32 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> от отправителя Yammy (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90) 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 рекламораспространители.

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

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

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

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталова Е. Е. 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 и исключительно в совокупности которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е. Е. рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталова Е. Е. являются рекламораспространителями рекламы:

«Скидка на все меню 10%! Лапша ждет тебя! Yammy-wok.ru», поступившего

31.10.2014 в 12.43, отправитель: YammY (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90);

«Сегодня за каждую доставку дарим хрустящую курицу темпура! yammy-wok.ru», поступившего 07.11.2014 в 12.45, отправитель: YammY (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90);

«Скидка 10 % на все меню 29,30,31 декабря YammY-wok.ru 4959615104», поступившего 29.12.2014 в 10.32, отправитель: YammY (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90).

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 «ИнфоБип», ООО «Информер» 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 рекламораспространителями.

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 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 рекламораспространителями, 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 «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е.Е. установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 31.10.14 в 12.43, 07.11.14 в 12.45, 29.12.14 в 10.32 на телефонный номер <...> от отправителя Yamy (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90) без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е.Е. не предоставлено.

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 «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е.Е. предписаний 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, спорные сообщения были распространены 31.10.2014, 07.11.2014, 29.12.2014.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности на дату оглашения резолютивной части решения 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 «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталову Е.Е. нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении 31.10.2014 в 12.43, 07.11.2014 в 12.45, 29.12.2014 в 10.32 на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы:

«Скидка на все меню 10%! Лапша ждет тебя! Yammy-wok.ru», от отправителя Yammy (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90) без предварительного согласия абонента;

«Сегодня за каждую доставку дарим хрустящую курицу темпура! yammy-wok.ru», от отправителя Yammy (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90) без предварительного согласия абонента;

«Скидка 10 % на все меню 29,30,31 декабря Yammy-wok.ru 4959615104», от отправителя Yammy (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90), направленной без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Информер», ИП Шаталовой Е.Е 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: Уварова Н. С., тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. 159)