

Согласно списку адресатов

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-66/77-16

«16» августа 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, Комиссия) в составе:

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

рассмотрев дело № 3-18-66/77-16, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы следующего содержания:

«Ув. <...>! Преимущество на Range Rover Sport до 1 357 000 р. Только до 20 ноября! Независимость. Ленинградское ш.71. +7(495)795-00-99», поступившего 11.11.2015 в 14:00, отправитель: LAND ROVER;

«Ув. <...>! На Вашем счете 5 000. Потратьте их на специальные предложения сезона до 10 декабря. Сервисный центр « Независимость Jaguar Land Rover. Ленинградское шоссе, д.71. +7 (495) 795-00-99», поступившего 26.11.2015 в 14:07, отправитель: LAND ROVER,

с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 1.03.2006 № 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 представителей ООО «Крафт Телеком» Цимайло Н.Г. (по доверенности б/н от 08.07.2015), ООО «ИНСТАМ» в лице Цимайло Н.Г. (по доверенности № 7 от 12.11.2015);

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

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-66/77-16 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы следующего содержания:

«Ув. <...>! Преимущество на Range Rover Sport до 1 357 000 р. Только до 20 ноября! Независимость. Ленинградское ш.71. +7(495)795-00-99», поступившего 11.11.2015 в 14:00, отправитель: LAND ROVER;

«Ув. <...>! На Вашем счете 5 000. Потратьте их на специальные предложения сезона до 10 декабря. Сервисный центр «Независимость Jaguar Land Rover» Ленинградское шоссе, д.71. +7 (495) 795-00-99», поступившего 26.11.2015 в 14:07, отправитель: LAND ROVER.

В дальнейшем к участию в деле в качестве лиц, в чьих действиях усматриваются признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечены ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА».

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, выслушав доводы представителя ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «Мегафон» (адрес: 115035, г. Москва, Кадашевская наб., д.30) 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.

АО «МегаЛабс» (адрес: 119180, г. Москва, 2-и Казачий пер., д.24, пом.219) 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 «Крафт Телеком» (адрес: 107023, г. Москва, ул. Электrozаводская, д.24, пом.219) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включенного в Единый государственный реестр юридических лиц от 02.12.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107746983266, ИНН 7718828562, КПП 771801001.

ООО «ИНСТАМ» (адрес: 125319, г. Москва, ул. 1-ая Аэропортовская, д.6, пом. VI, комн. 1-4125319, 125480, г. Москва, ул. Планерная, д.3, корп. 6) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включенного в Единый государственный реестр юридических лиц от 21.12.2012 за основным государственным регистрационным номером 1127747273961, ИНН 7714893793, КПП 771401001.

ООО «ААА НПА» (адрес: 105118, г. Москва, ш. Энтузиастов, д.27А) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включенного в Единый государственный реестр юридических лиц от 25.03.2009 за основным государственным регистрационным номером 10977461672221, ИНН 7743738506, КПП 774901001.

Каждое из указанных юридических лиц являются действующим, сведений о прекращении деятельности не имеется.

Согласно материалам дела № 3-18-66/77-16, рассматриваемая реклама на номер телефона <...> поступила 11.11.2015 в 14:00, 26.11.2015 в 14:07 от отправителя LAND ROVER.

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 присутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация.

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

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного sms-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 предоставляемых скидках на автомобиль Range Rover Sport и о специальном предложении в сервисном центре, о конкретных сроках акции, о контактах и адресе продавца, 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 признакам рекламы: распространена посредством sms-сообщения; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного 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 ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» он не давал. Сторонами по делу такое согласие также не подтверждено. Предоставленная анкета от 27.09.2015 о согласии на получение информации по каналам связи (СМС-рассылка) и обработку персональных данных не может быть рассмотрена как предварительное согласие абонента на получение рассматриваемой рекламы, так как в предоставленной ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» анкете указан в графе «Фамилия, Имя, Отчество» не <...>, являющийся заявителем по данному делу, а <...>. В графе «Номер телефона» указанной выше анкеты указан абонентский номер Заявителя, однако <...> предоставил копию Договора об оказании услуг связи № VIN0006-155267 от 06.03.2015 года между Заявителем и ОАО «Мегафон Ретейл» (представителем Оператора

ОАО «Мегафон» (в настоящее время ПАО «Мегафон») действующим по доверенности №5/2034-12 от 19.12.2012 года), где указано что именно он является абонентом, а не <...>.

Следовательно, доказательств получения надлежащим образом оформленного согласия абонента на получение рекламы ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» 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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-66/77-16, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: Генерального соглашения № 3 от 02.11.2015 заключенного между ПАО «Мегафон» и ЗАО «МегаЛабс» (далее — Договор 1) и Дополнительного соглашения № 42-4 к нему (далее — Дополнительное соглашение); Договора № МР-МИ-КРФТТ-10.10.2014 от 10.10.2014, заключенного между ЗАО «Мега Лабс» и ООО «Крафт Телеком» (далее — Договор 2); Договора № 106 от 31.12.2013 между ООО «Крафт Телеком» и ООО «Мобильные сервисы» (в настоящее время ООО «ИНСТАМ») (далее — Договор 3); Договора оказания услуг № 315 от 01.08.2013 между ООО «Мобильные сервисы» (в настоящее время ООО «ИНСТАМ») и ООО «ААА НПА» («Независимость Премиум Север»- Филиал ООО «ААА НПА») (далее — Договор 4).

Согласно Спецификации (приложение к Дополнительному соглашению) на оказание услуги «Мобильное информирование» ПАО «Мегафон» оказывает ЗАО «МегаЛабс» услугу «Мобильное информирование», которая понимается как деятельность ПАО «Мегафон по рассылке SMS-сообщений и USSD-сообщений, содержащих РМ и/или ИМ ООО «МегаЛабс» (или третьего лица), от ООО «МегаЛабс» до оборудования связи ПАО «Мегафон». Так же согласно пункту 2.2 Дополнительного соглашения, услуга оказывается ООО «МегаЛабс» при условии получения ООО «МегаЛабс» предварительного согласия конечного получателя (под которым согласно Договору 1 понимается физическое или юридическое лицо, являющееся абонентом ПАО «Мегафон» , получающее/отправляющее информацию с помощью SMS-сообщений и USSD-сообщений от/к ООО «МегаЛабс»/ООО «МегаЛабс» в рамках услуги), являющегося абонентом (пользователем) ПАО «Мегафон», выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого конечного покупателя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки SMS-сообщений.

Так же пункт 2.8 Дополнительного соглашения устанавливает, что использование услуги ООО «МегаЛабс» для отправки РМ и/или ИМ посредством SMS-сообщений означает наличие у ООО «МегаЛабс» согласия конечного получателя, предусмотренного пунктами 2.2 и 2.12 Дополнительного соглашения. В соответствии с пунктом 2.9 Дополнительного соглашения, ООО «МегаЛабс» обязуется использовать интерфейсы для передачи РМ и/или ИМ конечным получателем только после получения от конечного получателя согласия на получение рассылки. В случае не подтверждения либо отзыва согласия конечного покупателя на получение РМ и/или ИМ посредством SMS-сообщений (рассылки) от ООО «МегаЛабс», ООО «МегаЛабс» обязуется прекратить направление РМ и/или ИМ посредством SMS-сообщений такому конечному получателю, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия ООО «МегаЛабс» от ООО «МегаФон».

Согласно пункту 2.13 Дополнительного соглашения ООО «МегаЛабс» обязан по требованию ПАО «МегаФон» предоставлять документальное подтверждение предварительного согласия конечного покупателя на получение РМ и/или ИМ посредством SMS-сообщений от ООО «МегаЛабс» (третьих лиц), использующего услугу. Согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер, по которому конечный покупатель дал согласие на получение РМ и/или ИМ через SMS-сообщения, должен быть указан в соответствии с международным форматом.

Пункт 2.18 Дополнительного соглашения устанавливает, что в случае нарушения вышеуказанных обязательств (пункт 2.2, пункт 2.9-2.13 Дополнительного соглашения) ООО «МегаФон» так же вправе ограничить, приостановить или прекратить оказание услуги. Так же согласно пункту 5.3 Дополнительного соглашения ПАО «МегаФон» имеет право не принимать к размещению либо незамедлительно прекращать размещение РМ ООО «МегаЛабс» если они не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе. Согласно пункту 5.5 Дополнительного соглашения ООО «МегаЛабс» гарантирует соответствие размещаемых РМ требованиями Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ « О рекламе».

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2 ЗАО «МегаЛабс» обязуется оказывать ООО «Крафт Телеком» за вознаграждение услуги, а ООО «Крафт Телеком» обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные настоящим Договором 2, приложениями к нему и согласованными сторонами заявками.

Согласно разделу 1 «Определения» Договора 2 под абонентом следует понимать пользователя услугами связи, с которыми оператором заключен договор об оказании таких услуг; под услугой следует понимать услугу по проведению рекламных кампаний ООО «Крафт Телеком» путем организации подключения и предоставлению доступа к интерфейсу для целей размещения РМ и/или ИМ ООО «Крафт Телеком» (клиента ООО «Крафт Телеком») с

помощью каналов коммуникации среди абонентов, предоставивших свое согласие на получение РМ и ИМ ООО «Крафт Телеком» (клиенту «Крафт Телеком») и поддержке функционирования интерфейса; под рекламными материалами (РМ) следует понимать информацию, направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставления ООО «Крафт Телеком», предназначенная для размещения с помощью каналов коммуникации; под информационными материалами (ИМ) следует понимать сообщения, направленные на информирование абонентов об оказанных (оказываемых) ООО «Крафт Телеком» (Клиентом ООО «Крафт Телеком») услугах.

Согласно пункту 4.3 Договора 2 ЗАО «МегаЛабс» вправе осуществлять проверку направляемых через интерфейс текстов на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации. В соответствии с пунктом 4.4 Договора 2 ЗАО «МегаЛабс» имеет право незамедлительно прекращать направление абонентам текстов ООО «Крафт Телеком», если:

- содержат рекламу, не релевантную политике оператора по позиционированию оператора на рынке услуг связи или не релевантную рекламной политике ЗАО «МегаЛабс»;

- они не соответствуют действительности, требованию действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам ЗАО «МегаЛабс» и/или оператора, могут нести ущерб деловой репутации ЗАО «МегаЛабс» и/или оператора;

- не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы;

- они не соответствуют требованиям законодательства РФ о рекламе.

Так же пункт 4.7 Договора 2 устанавливает, что ООО «Крафт Телеком» гарантирует полученное и надлежащим образом оформленное согласие абонентов-адресатов на получение РМ.

В соответствии с пунктом 4.11 Договора 2 ООО «Крафт Телеком» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым ООО «Крафт Телеком» получено предварительное согласие абонентов на такую рассылку. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение ИМ и/или РМ от ООО «Крафт Телеком», ООО «Крафт Телеком» обязуется прекратить направление текстов в интерфейс, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от ЗАО «МегаЛабс».

Согласно, пункту 4.12 Договора 2 ООО «Крафт Телеком» обязан по требованию ЗАО «МегаЛабс» предоставить письменное согласие абонента на получение ИМ и/или РМ. Также пунктом 4.15 Договора 2 предусмотрено, что ЗАО «МегаЛабс» вправе заблокировать возможность использования ООО «Крафт Телеком» при получении жалоб от абонентов или претензий от оператора или компетентных государственных органов либо в случае нарушения ООО «Крафт Телеком» требований к РМ или ИМ, в том числе требований по получению согласий абонентов на получение РМ.

При этом, пункт 7.1 Договора 2 устанавливает, что стороны несут ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации. В соответствии с пунктом 7.2 Договора 2 в случае полного или частичного неисполнения, либо ненадлежащего исполнения ООО «Крафт Телеком» своих обязательств по настоящему договору (Договор 2), ЗАО «МегаЛабс» имеет право по своему выбору либо приостановить исполнение своих обязательств по настоящему договору (Договору 2), либо отказаться от их исполнения и потребовать от ООО «Крафт Телеком» возмещения убытков. Согласно пункту 7.4 Договора 2 РМ и ИМ, предоставляемые ООО «Крафт Телеком» ЗАО «МегаЛабс», должны по содержанию строго соответствовать требованиям законодательства Российской Федерации, в противном случае ЗАО «МегаЛабс» может в одностороннем порядке отказаться от выполнения своих обязательств по настоящему договору (Договор 2), письменно предупредив ООО «Крафт Телеком» о наступлении вышеуказанных обстоятельств, до момента предоставления ООО «Крафт Телеком» других РМ и/или ИМ, не противоречащих законодательству Российской Федерации.

При этом, исходя из определений, указанных в Договоре 3, под абонентом следует понимать лицо, получающее информацию от ООО «ИНСТАМ», с использованием выделенного сервисного номера, и имеющее договорные отношения с оператором сотовой связи; под технической системой (системой) следует понимать программный комплекс, установленный на территории ООО «Крафт Телеком», используемый для технического обеспечения предоставления контент-услуг абонентам в реальном масштабе времени посредством сети оператора/операторов сотовой связи с использованием абонентских терминалов для ведения учета оказанных ООО «ИНСТАМ» услуг; под мобильным терминалом следует понимать мобильный радиотелефонный аппарат, используемый абонентом в сети оператора связи; под SMS-сообщением следует понимать короткое текстовое сообщение, содержащее информацию в цифровом текстовом формате, которое передается оператором сотовой связи при помощи оборудования своей сети от мобильного терминала абонента до технической базы исполнителя и от технической базы исполнителя до мобильного терминала абонента, по специально выделенным сервисным номерам; под СПАМом следует понимать SMS-сообщение (графическое, аудио-, видео-сообщение), рекламного характера, на получение которого абонент не давал согласия.

Согласно пункту 2.4.5 Договора 3 ООО «ИНСТАМ» обязуется не использовать подключение к технической базе ООО «Крафт Телеком» для отправки СПАМа. А ООО «Крафт Телеком» согласно пункту 2.5 Договора 3 сохраняет за собой право при нарушении ООО «ИНСТАМ» пункта 2.4.5 Договора 3 приостановить оказание услуг и направить ООО «ИНСТАМ» письменное уведомление о расторжении договора.

В соответствии с пунктом 6.1 Договора 3 за невыполнение или ненадлежащее выполнение своих обязательств по договору стороны несут

ответственность в соответствии с действующим законодательством РФ и договором. Согласно пункту 6.3 Договора 3 ООО «ИНСТАМ» гарантирует, что все SMS MMS сообщения, отправляемые в рамках настоящего договора не являются спамом, по своему содержанию полностью сосуществуют нормам действующего международного и российского законодательства, в том числе законодательству о рекламе. Так же пункт 6.6 Договора 3 ООО «ИНСТАМ» гарантирует, что содержание контент-услуг соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе нормам закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 4 ООО «ИНСТАМ» оказывает ООО «ААА НПА» услуги по информированию подписчиков о работах и услугах, оказываемых ООО «ИНСТАМ» в рамках производственной деятельности.

В соответствии с разделом 1 Договора 4 «Термины и определения» под услугами следует понимать действия ООО «ИНСТАМ», направленные на отправку на мобильный терминал подписчика SMS-сообщения, MMS-сообщений, голосовых сообщений и HLR-запросов, получение с мобильного терминала подписчика SMS-сообщений, отправку подписчику e-mail сообщений, а так же формирование статистики по исходящим и входящим сообщениям; под SMS-сообщением следует понимать короткое текстовое сообщение (до 160 символов латинице, до 70 символов в кириллице), которое может быть отправлено и принято подписчиком на с/на мобильный терминал; под СПМом следует понимать рассылку сообщений рекламного характера, осуществляемую на мобильные терминалы подписчиков, заведомо вводящая подписчиков в заблуждение относительно содержания указанных сообщений/запросов или их отправителя; под мобильным терминалом следует понимать технические средства, позволяющие пользоваться услугами подвижной радиотелефонной связи.

В пункте 5.1 Договора 4 установлено, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения своих обязательств по настоящему договору стороны несут ответственность в соответствии с действующим законодательством РФ. Согласно пункту 5.4 Договора 4 ООО «ААА Независимость Премьер Авто» гарантирует, что содержание контент-услуг соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе закону о рекламе. Так же в соответствии с пунктом 10.12 Договора 4 ООО «ААА Независимость Премьер Авто» гарантирует, что все сообщения, отправляемые в рамках договора(Договора 4), не являются спамом по своему содержанию полностью сосуществуют нормам действующего международного и российского законодательства.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи ООО «ААА НПА» к ООО «ИНСТАМ», от него последовательно к ООО «Крафт Телеком», ЗАО «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.

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 «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА», 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 «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» 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 «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» 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 «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» 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 11.11.2015 в 14:00, 26.11.2015 в 14:07 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> от отправителя Yammy 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 распространитель.

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 определенное распространителя рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности им относительно ее содержания.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» 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 «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ПАО «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» являются рекламодателями рекламы:

«Ув. <...>! Преимущество на Range Rover Sport до 1 357 000 р. Только до 20 ноября! Независимость. Ленинградское ш.71. +7(495)795-00-99», поступившего 11.11.2015 в 14:00, отправитель: LAND ROVER;

«Ув. <...>! На Вашем счете 5 000. Потратьте их на специальные предложения сезона до 10 декабря. Сервисный центр « Независимость Jaguar Land Rover. Ленинградское шоссе, д.71. +7 (495) 795-00-99», поступившего 26.11.2015 в 14:07, отправитель: LAND ROVER.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Мегафон, ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» 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 принята Комиссией Московского УФАС России в связи со следующим.

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

Так отношения по распространению посредством средств связи рекламной информации регулируется законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.

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

Как установлено выше, лицами, участвующими в деле, осуществляется

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

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

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 11.11.2015 в 14:00, 26.11.2015 в 14:07 на телефонный номер <...> от отправителя LAND ROVER без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» 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 «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» 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 11.11.2015, 26.11.2015.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности на дату оглашения резолютивной части решения не 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 «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт

Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении 11.11.2015 в 14:00, 26.11.2015 в 14:07 на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы:

«Ув. <...>! Преимущество на Range Rover Sport до 1 357 000 р. Только до 20 ноября! Независимость. Ленинградское ш.71. +7(495)795-00-99», поступившего 11.11.2015 в 14:00, отправитель: LAND ROVER;

«Ув. <...>! На Вашем счете 5 000. Потратьте их на специальные предложения сезона до 10 декабря. Сервисный центр « Независимость Jaguar Land Rover. Ленинградское шоссе, д.71. +7 (495) 795-00-99», поступившего 26.11.2015 в 14:07, отправитель: LAND ROVER.

2. Выдать ПАО «Мегафон», ЗАО «МегаЛабс», ООО «Крафт Телеком», ООО «ИНСТАМ», ООО «ААА НПА» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

П.В. Олейник

Н.С. Уварова