

ИГ/53866 от 16.11.2016
ПАО «МТС»

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

ЗАО «Связной загрузка»

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

ООО «БИФРИ»

197110, г. Санкт-Петербург,
ул. Лодейнопольская, д. 5, лит. А

ИП Левчуку А.Д.

<...>

РЕШЕНИЕ

«30» июня 2016 года

г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой, К.С. Сучковой,

рассмотрев дело № 3-18-237/77-15, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания:

«Hyundai с ВЫГОДОЙ 50 000 р. + поддержка по программе Утилизации + зимняя резина в подарок до 20.09! Бронируйте: +74957558844», поступившей 11.09.2014 в 14:22, отправитель: «HyundaiROLF» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи, представленной ПАО «МТС» — +7-914-799-10-01), с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ПАО «МТС» в лице Нуритдинова А.Р. (по доверенности № 0130/15 от 07.07.2015);

в отсутствие представителей ЗАО «Связной Загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчука А. Д. (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-237/77-15 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчука А.Д. на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания:

«Hyundai с ВЫГОДОЙ 50 000 р. + поддержка по программе Утилизации+зимняя резина в подарок до 20.09! Бронируйте: +74957558844», поступившей 11.09.2014 в 14:22, отправитель: «HyundaiROLF» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи, представленной ПАО «МТС» — +7-914-799-10-01).

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

ПАО «МТС» (адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001.

ЗАО «Связной загрузка» (адрес: 115280, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 26, пом. XII, ком. 8) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 10.03.2005 за основным государственным регистрационным номером 1057746396113, ИНН 7703544582, КПП 772501001.

ООО «БИФРИ» (адрес: 197110, г. Санкт-Петербург, ул. Лодейнопольская, д. 5, лит. А) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 10.02.2003 за основным государственным регистрационным номером 1037828024090, ИНН 7813133641, КПП 781301001.

ИП Левчук А. Д. (адрес: <...>) является индивидуальным предпринимателем, включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей 09.09.2013 за основным государственным регистрационным номером 313784725200517, ИНН 780437205633.

Согласно материалам дела № 3-18-237/77-15 на номер телефона +7-915-233-33-03 11.09.2014 в 14:22 поступила спорная реклама от отправителя: «HyundaiROLF» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи, представленной ПАО «МТС» — +7-914-799-10-01).

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи.

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 сообщения, в котором содержится информация о возможности приобретения Hyundai с выгодой и дополнительными бонусами, указан номер телефона, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

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

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

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

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

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

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

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчука А. Д. он не давал. Сторонами по делу такое согласие также не подтверждено.

В силу пункта 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Письменные доводы, представленные в материалы дела ООО «БИФРИ», о том,

что согласие на получение рассматриваемой рекламы подтверждается анкетой, заполненной заявителем, отклоняются Комиссией как необоснованные в связи со следующим.

Представленная анкета не содержит наименования лица, которому дается согласия на распространение рекламы. Кроме того, исследовав рассматриваемую анкету, Комиссия Московского УФАС России критически относится к достоверности данной подписи, так как помимо изображения смс-рекламы, заявителем в адрес Московского УФАС России было представлено согласие на обработку персональных данных, которое было подписано собственноручно заявителем. Подпись заявителя в заявлении отличается от подписи, представленной ООО «БИФРИ» в материалы дела. Также, как было указано выше, заявитель не давал своего согласия на получение рекламной рассылки от Hyundai Rolf.

Следовательно, надлежащих доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчуком А.Д. 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 «БИФРИ», ИП Левчуком А. Д. информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего заявление в Московское УФАС России, на получение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

В соответствии с письменными пояснениями, номер, с которого поступило спорное смс-сообщения принадлежит номерной емкости ПАО «МТС». Кроме того, в соответствии с письменными пояснениями ПАО «МТС», рассматриваемое смс-сообщение от отправителя Hyundai Rolf 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 № 3-18-237/77-15, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: агентского договора № D130000041 от 01.12.2013, заключенного между ПАО «МТС» и ООО «Инвест Телеком» (далее — Договор 1), права и обязанности стороны (ООО «Инвест Телеком») по этому договору перешли к ЗАО «Связной Загрузка» в результате правопреемства на основании соглашения от 18.05.2014; субагентского договора № А-105/14р от 08.12.2014, заключенного между ЗАО «Связной Загрузка» и ООО «БИФРИ» (далее - Договор 2); договора возмездного оказания услуг № SMSD2001/14-01ТО от 20.01.2014, заключенного между ООО «БИФРИ» и ИП Левчуком А. Д. (далее — Договор 3).

Согласно пункту 3.3 ООО «Инвест Телеком» принимает на себя, в том числе, следующие обязательства:

- осуществлять оказание услуг ООО «Инвест Телеком» только абонентам, являющимся Пользователями (пункт 3.3.2);
- до начала оказания услуг ООО «Инвест Телеком» получить от Пользователя предварительное согласие на их получение (пункт 3.3.5);

- без получения от ПАО «МТС» согласия на распространение рекламы с использованием сервисного номера не осуществлять распространение рекламы с использованием такого номера (пункт 3.3.6).
- в случае получения согласия ПАО «МТС» на распространение рекламы с использованием Сервисного номера осуществлять распространение рекламы с использованием такого номера только среди Пользователей, давших ООО «Инвест Телеком» предварительное и надлежащее согласие на получение от последнего рекламы по сетям электросвязи (пункт 3.3.7).

Согласно пункту 3.4.2 ООО «Инвест-Телеком» имеет право привлекать третьих лиц для оказания услуг ООО «Инвест-Телеком» и обработки исходящих смс-сообщений, посредством предоставления им доступа только к своему оборудованию. При этом, ООО «Инвест-Телеком» несет ответственность за их работу, как за свою собственную и оплачивает из собственных средств.

При этом, согласно Разделу 1 Договора 1, под услугой понимаются справочно-информационные услуги, оказываемые ООО «Инвест-Телеком» пользователям в случае получения их предварительного согласия на оказание таких услуг. Пользователем является физическое или юридическое лицо, заключившее с ПАО «МТС» договор на оказание услуг связи, и выразившее согласие на получение услуг ООО «Инвест-Телеком».

Согласно пункту 3.5.3 Договора 1, в случае нарушения ООО «Инвест-Телеком», в том числе, пункта 3.3.7 Договора 1, ПАО «МТС» вправе приостановить оказание смс-услуги до полного устранения ООО «Инвест-Телеком» выявленных нарушений, которые должны быть устранены в течение 30 календарных дней со дня выявления нарушения.

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

- осуществлять поиск и привлечение заказчиков рассылки;
- заключать договоры на оказание услуг в порядке и на условиях, предусмотренных Приложением № 6 к Договору 2, при необходимости подписывать соглашения об изменении/расторжении договоров на услуги;
- обеспечить доступ заказчикам рассылки к смс-центру ЗАО «Связной Загрузка» через оборудование для целей оказания услуг;
- осуществлять расчеты с заказчиками рассылки за услуги по ценам, приведенным в Приложении № 6 к Договору 2, и ведение всей отчетной документации;
- осуществлять взаимодействие с заказчиком рассылки по всем вопросам, связанным с оказанием услуг, готовить и направлять ответы на запросы/претензии заказчиков рассылки.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 2, ООО «БИФРИ» обязуется обеспечить получение от заказчиков рассылки документального подтверждения/письменных гарантий наличия предварительного и надлежащего согласия от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений —

рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи. В случае направления пользователям рекламных сообщений также обеспечить получение от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии наличия согласия от пользователей на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи. Согласие пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно пункту 22.1 статьи 2 ФЗ «О связи».

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

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

При этом, в соответствии с Разделом 1 под пользователем понимается физическое или юридическое лицо, заключившее с Оператором договор на оказание услуг связи и являющееся пользователем услуг заказчика рассылки, а также давшее предварительное и надлежаще оформленное согласие заказчиком рассылки в случае направления заказчиком рассылки рекламных смс таким пользователям.

Под заказчиком понимается лицо, осуществляющее рассылку пользователю.

Согласно пункту 1.1 Договора 3 ООО «БИФРИ» обязуется оказывать ИП Левчуку А.Д. услуги по передаче сообщений ИП Левчука А.Д. через смс-центр оператора, с целью последующей передачи абонентам посредством технологии «SMS», а ИП Левчук А.Д. обязуется принимать оказанные ООО «БИФРИ» услуги и оплачивать их в соответствии с условиями Договора 3.

В соответствии с пунктом 2.3 Договора 3 стороны отдельно оговорили, что ИП Левчук А.Д. обязуется получить согласие абонентов, которым направляются сообщения, на получение абонентами таких сообщений в порядке и в форме, предусмотренной применимым законодательством.

Согласно пункту 2.8 Договора 3 ИП Левчук А.Д. обязуется самостоятельно и за свой счет, способами, исключающими несение убытков ООО «БИФРИ», в максимально короткий срок рассматривать и разрешать претензии, жалобы и иные обращения абонентов и третьих лиц, связанные с содержанием и фактом передачи сообщений ИП Левчука А.Д., осуществляемым ООО «БИФРИ» по заданию ИП Левчука А.Д., и с иными вопросами, находящимися вне компетенции ООО «БИФРИ». ИП Левчук А.Д. обязуется в течение 1 (одного) рабочего дня информировать ООО «БИФРИ» о получении вышеуказанных обращений и о результатах их рассмотрения. В случае если полученное ИП Левчуком А.Д. обращение связано с некачественным оказанием услуг ООО «БИФРИ», ИП Левчук А.Д. обязуется незамедлительно по получению такого обращения передать его на рассмотрение ООО «БИФРИ».

В соответствии с пунктом 2.9 Договора 3 ИП Левчук А.Д. обязуется обеспечить соблюдения требований применимого законодательства при обработке персональных данных абонентов в той мере, в которой обеспечение таких требований применимого законодательства может быть исполнено лицом, заключившим соглашение с обладателем персональных данных, и представлять исполнителя в отношениях с абонентами по вопросам, связанным с обработкой персональных данных.

При этом, согласно Вводному разделу, под абонентом понимаются лица, пользующиеся услугами операторов на основании договора об оказании соответствующих услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров, представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ИП Левчука А.Д. к ООО «БИФРИ», от него последовательно к ЗАО «Связной Загрузка», от него последовательно к ПАО «МТС» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

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

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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 «БИФРИ», ИП Левчук А.Д. 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 «БИФРИ», ИП Левчуком А.Д. 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 в понимании гражданского законодательства Российской Федерации.

Кроме того, согласно пункту 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 «БИФРИ», ИП Левчук А.Д. приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчука А.Д. 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 11.09.2014 в 14:22 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> от отправителя «Hyundai ROLF» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-914-799-10-01) 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 в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

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

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчуком А.Д. рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчук А.Д. являются рекламодателями рекламы «Hyundai с ВЫГОДОЙ 50 000 р. + поддержка по программе Утилизации+зимняя резина в подарок до 20.09! Бронируйте: +74957558844», поступившей 11.09.2014 в 14:22 от отправителя «Hyundai ROLF» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-914-799-10-01).

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 «БИФРИ», ИП Левчуком А.Д. 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, в том числе рекламного характера, подпадающих под понятие СПАМ. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

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

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчука А.Д. установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 11.09.2014 в 14:22 на телефонный номер <...> от отправителя «Hyundai ROLF» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-914-799-10-01) без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчуком А.Д. не представлено.

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

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

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

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчуку А.Д. 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.

Комиссией Московского УФАС установлено, что на момент вынесения настоящего решения, срок давности привлечения к административной ответственности ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчука А.Д. 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 «БИФРИ», ИП Левчука А. Д. нарушившими часть 1 статьи 18 при распространении 11.09.2014 в 14:22 на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы «Hyundai с ВЫГОДОЙ 50 000 р. + поддержка по программе Утилизации+зимняя резина в подарок до 20.09! Бронируйте: +74957558844» от отправителя «Hyundai ROLF» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-914-799-10-01).

2. Выдать ПАО «МТС», ЗАО «Связной загрузка», ООО «БИФРИ», ИП Левчуку А.Д. предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

К.С. Сучкова

Исполнитель: Уварова Н.С. 8 (495) 784-75-05 (доб. 159)