

ИГ/25003/18 от 28.05.2018

ПАО «ВымпелКом»

8 Марта ул., д. 10, стр. 14,
г. Москва, 127083

ООО «ДЭНИ КОЛЛ»

Северная ул., д. 327, оф. 835,
г. Краснодар, 350015

ООО «СМС-Центр»

а/я 307, г. Москва, 121151

Пресненская наб., д. 12, оф. А35,
г. Москва, 121151

ООО «Мосалкаторг-Ф»

Б. Филевская ул., д. 21, стр. 2,
г. Москва, 121309

repastkafe@mail.ru

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-84/77-18

«15» мая 2018 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 – <...>,

членов Комиссии – <...><...>,

рассмотрев дело № 3-18-84/77-18, возбужденное в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр», ООО «Мосалкаторг-Ф» по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщений следующего содержания:

«10.06 в Repastcafe обновленное меню. Японская кухня, винная карта и многое другое. Бронь столов по тел. 8-800-500-40-47», поступившей 09.06.2017 в 16:11, отправитель: Repast;

«Чесночные Гренки, Чизкейк, Каппа Маки, в этот теплый вечер, одно из этих блюд-за наш счет! Подробности уточняйте у официанта.8800-500-40-47», поступившей 11.09.2017 в 16:56, отправитель: Repast;

«Удовольствие начинается здесь! <https://repastcafe.ru/stocks/skachaj-prilozhenie-repast-kafe/> Служба доставки 88005004047», поступившей 15.09.2017 в 22:46, отправитель: Repast;

«Друзья! 5 октября в 17.00 приглашаем Вас на «Осенний Гастроужин». Специальное меню, нормандская еда и атмосфера гарантированы! 88005004047», поступившей 28.09.2017 в 21:01, отправитель: Repast,

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 ООО «Мосалкоторг-Ф» в лице Гуторовой А.В. (приказ № 1 о вступлении в должность директора от 10.04.2018),

в отсутствие представителей ПАО «ВымпелКом», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-84/77-18 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр», ООО «Мосалкоторг-Ф» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщений следующего содержания:

«10.06 в Repastcafe обновленное меню. Японская кухня, винная карта и многое другое. Бронь столов по тел. 8-800-500-40-47», поступившей 09.06.2017 в 16:11, отправитель: Repast;

«Чесночные Гренки, Чизкейк, Каппа Маки, в этот теплый вечер, одно из этих блюд-за наш счет! Подробности уточняйте у официанта.8800-500-40-47», поступившей 11.09.2017 в 16:56, отправитель: Repast;

«Удовольствие начинается здесь! <https://repastcafe.ru/stocks/skachaj-prilozhenie-repast-kafe/> Служба доставки 88005004047», поступившей 15.09.2017 в 22:46, отправитель: Repast;

«Друзья! 5 октября в 17.00 приглашаем Вас на «Осенний Гастроужин». Специальное меню, нормандская еда и атмосфера гарантированы! 88005004047», поступившей 28.09.2017 в 21:01, отправитель: Repast.

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 «ВымпелКом» (адрес: 127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр 14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (адрес: 350015, г. Краснодар, ул. Северная, д. 327, оф. 835) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, за основным государственным регистрационным номером 1144345040883, ИНН 4345404971, КПП 231001001.

ООО «СМС Центр» (адрес: 123112, Пресненская наб., д. 12, оф. А35) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, за основным государственным регистрационным номером 1117746756489, ИНН 7724805644, КПП 772501001.

ООО «Мосалкаторг-Ф» (адрес: 121309, г. Москва, ул. Б. Филевская, д. 21, стр. 2) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, за основным государственным регистрационным номером 1137746289009, ИНН 7730684194, КПП 773001001.

Согласно материалам дела № 3-18-84/77-18 на номер телефона <...> 09.06.2017 в 16:11, 11.09.2017 в 16:56, 15.09.2017 в 22:46, 28.09.2017 в 21:01 по сетям электросвязи поступила рассматриваемая реклама от отправителя Repast.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом и ПАО «ВымпелКом» 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. Текст рекламных сообщений не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама, исходя из ее содержания, не имеет ограничений по кругу лиц.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорных СМС-сообщений 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 продукция, предлагаемая кафе «Репаст», Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к продукции, реализуемой Repast.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщений; адресована неопределенному кругу лиц; 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 от ПАО «ВымпелКом», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр», ООО «Мосалкоторг-Ф» он не давал.

Надлежащих доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «ВымпелКом», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр», ООО «Мосалкоторг-Ф» 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 «ВымпелКом», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр», ООО «Мосалкоторг-Ф» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего заявление в Московское УФАС России, на получение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-84/77-18, указанная реклама распространялась на основании следующих договоров: Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 576974438 от 13.11.2015, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (далее — Договор 1); Договора № 102/SMS от 01.10.2016, заключенного между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС Центр» (далее — Договор 2); Договора № 463933 от 26.12.2016, заключенного между ООО «СМС Центр» и ООО «Мосалкаторг-Ф» (далее — Договор 3).

При этом, ПАО «ВымпелКом» пояснило, что на день заключения с заявителем договора № 621027377 от 16.11.2016 были утверждены и действовали Условия оказания услуг связи «Билайн» (далее — Условия).

Согласно пункту 2.1 Условий договор заключается путем подписания бланка договора абонентом и оператором или уполномоченным им лицом. Указанный бланк договора содержал графу, в которой было указано, что абонент согласен на получение рекламной информации от ПАО «ВымпелКом» и третьих лиц. Данное условие содержало альтернативный вариант — графу «не согласен», в которой при отсутствии у абонента желания получать рекламу, он имел возможность поставить соответствующую отметку.

Как пояснило ПАО «ВымпелКом», заявитель, подписав договор об оказании услуг связи «Билайн», подтвердил, что ознакомлен и согласен с условиями оказания услуг связи «Билайн». Таким образом, согласие на получение рекламы от заявителя получено надлежащим образом.

Между тем, доказательств вышеизложенному ПАО «ВымпелКом» не представлено.

Более того, ПАО «ВымпелКом» пояснило, что непосредственно договор № 621027377 от 16.11.2016, заключенный с заявителем утерян, в связи с чем представить его копию невозможно.

При этом, согласно копии вышеуказанного договора, представленной заявителем в материалы дела, заявитель прямо указал, что на получение рекламной информации и рассылок не согласен.

Довод ПАО «ВымпелКом» о том, что пункт 8.13 Условий предусматривал для абонента возможность выразить отказ от получения рекламной рассылки в процессе получения услуг связи, представляется Комиссии необоснованным в связи со следующим.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Поэтому включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Согласно представленным документам и сведениям, договор, заключаемый между оператором и абонентом, по своей природе является

договором присоединения.

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

Согласно разделу 1 Общих условий, рассматриваемые Условия являются составной частью Договора об оказании услуг связи «Билайн» и регулируют отношения между ПАО «ВымпелКом» и абонентом при оказании оператором услуг связи.

Таким образом, у потенциального абонента нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора. Отказ лица от одного из условий такого договора приравнивается к отказу от заключения договора в целом.

Комиссия приходит к выводу, что подобное навязывание абоненту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В данном случае у лица, заключившего договор, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий.

Следовательно, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «ВымпелКом» не представлено.

Также, исходя из материалов дела, Договор 1 состоит из соглашения между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ПАО «ВымпелКом», положений Договора 1, бланка к Договору 1, условий, принятых в рамках публичных оферт.

В соответствии с подпунктом 1 пункта 4.1 части 4 Договора 1 абонент обязан использовать Услуги исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с предпринимательской деятельностью и получением дохода.

При этом, согласно разделу «Термины и определения» Договора 1 под услугой понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Под услугами в рамках Договора понимаются услуги подвижной радиотелефонной связи; телематические услуги связи; услуги связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, услуги связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, дополнительные услуги, оказываемые оператором абоненту в соответствии с правилами оказания соответствующего вида услуг и условиями выданных оператору лицензий.

Согласно подпункту 4 пункта 4.1 части 4 Договора 1 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязан не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации): для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок и т. д.

Таким образом, Договор, заключенный между ПАО «ВымпелКом» и

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не содержит условия предоставления услуг, связанных с распространением рекламы, а равно напрямую запрещает абоненту использовать телефонный номер для целей предпринимательской деятельности и получения дохода.

Кроме того, согласно пункту 4.2 дополнительного соглашения № 1 от 09.11.2015 к Договору 1 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и или партнерам свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также обязуется сообщать ПАО «ВымпелКом» актуальные даты получения вышеуказанных согласий ООО «ДЭНИ КОЛЛ» партнерами до даты осуществления рассылок на номера соответствующих пользователей. ООО «ДЭНИ КОЛЛ» по требованию ПАО «ВымпелКом» в течение срока указанного требования, но не более 10 рабочих дней с даты получения соответствующего запроса предоставляет ПАО «ВымпелКом» данные и документы, подтверждающие наличие согласия пользователей на получение рекламных информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также информацию о партнерах, являющихся инициаторами рассылки.

Также согласно пункту 4.7 дополнительного соглашения № 1 от 09.11.2015 к Договору 1 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обеспечивает соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании текстов коротких текстовых сообщений, в том числе недобросовестной, недостоверной рекламы/информации.

При этом в случае нарушения ООО «ДЭНИ КОЛЛ» данного условия, ПАО «ВымпелКом» вправе не принимать к исполнению заказы на рассылку, незамедлительно приостановить оказание услуг ООО «ДЭНИ КОЛЛ» до устранения последним нарушений.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязуется оказывать ООО «СМС-Центр» услуги путем предоставления доступа к сервису рассылки sms-сообщений ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и обеспечению возможности использования сервисом ООО «ДЭНИ КОЛЛ» для самостоятельной отправки ООО «СМС-Центр» sms-сообщений абонентам, а ООО «СМС-Центр» обязуется принимать и оплачивать оказанные ООО «ДЭНИ КОЛЛ» услуги в соответствии с условиями Договора 2.

Согласно пункту 3.1.2 Договора 2 ООО «СМС-Центр» обязуется самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от абонента, на абонентское устройство которого планируется отправка sms-сообщений, согласие на получение таких sms-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление абонента на получение sms-сообщений для предоставления его ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в рамках оказания услуг.

В соответствии с пунктом 3.1.3 Договора 2 ООО «СМС-Центр» обязуется использовать услуги исключительно в соответствии с общепризнанными нормами международного права, нормами законодательства Российской

Федерации и страны места регистрации оператора абонента, включая законодательство о рекламе, об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также социальными, моральными, этическими нормами и принципами (не использовать услуги для передачи sms-сообщений, оскорбляющих человеческое достоинство, пропагандирующих насилие, расовую или национальную вражду и т. п.), и только для передачи информации абонентам, от которых получено предварительное согласие на получение sms-сообщений.

Согласно пункту 3.1.10 Договора 2 ООО «СМС-Центр» обязуется не использовать услуги для распространения СПАМа, т.е. рассылать sms-сообщения только абонентам, от которых ООО «СМС-Центр» самостоятельно и за его счет в обязательном порядке предварительно (до рассылки SMS-сообщений) получены надлежащим образом оформленные согласия на получение таких sms-сообщений.

В соответствии с пунктом 3.4.4.4 Договора 2 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» вправе приостанавливать оказание услуг в случае нарушения ООО «СМС-Центр» обязательств, предусмотренных пунктами 3.1.7-3.1.10, 3.1.16 Договора 2.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 3 ООО «СМС Центр» предоставляет ООО «Мосалкаторг-Ф» услуги доступа к сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки сообщений из Личного кабинета, а также для интеграции сервисов ООО «Мосалкаторг-Ф» для отправки и приема сообщений через API в соответствии с Правилами предоставления Услуг, действующими тарифами ООО «СМС-Центр», согласованными сторонами и на основании Лицензии на право оказания телематических услуг связи № 140902 от 26.01.2012, выданной ООО «СМС-Центр» Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Согласно пункту 2.2 Договора 3 ООО «Мосалкаторг-Ф» самостоятельно без участия ООО «СМС-Центр» формирует базу телефонных номеров абонентов (адресов электронной почты) для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями Договора 3.

В соответствии с пунктом 3.2.3 Договора 3 ООО «Мосалкаторг-Ф» обязано в обязательном порядке получить от абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженного посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщений, в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

Согласно пункту 3.2.5 Договора 3 ООО «Мосалкаторг-Ф» обязано не использовать подключение к сервису SMSC.RU для рассылки СПАМа.

При этом согласно пункту 1.10 Договора 3 под СПАМом понимается рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная без

предварительного согласия абонентов или адресатов, а также рассылка, вводящая абонентов или адресатов в заблуждение относительно содержания сообщений или их отправителей.

В соответствии с пунктом 3.3.1 Договора 3 ООО «СМС Центр» вправе блокировать личный кабинет ООО «Мосалкаторг-Ф» при рассылке последним сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5 Договора 1.

Согласно пункту 6.6 Договора 3 ООО «Мосалкаторг-Ф» гарантирует ООО «СМС Центр» наличие согласий абонентов и адресатов, полученных в порядке ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи».

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи последовательно от ООО «Мосалкаторг-Ф» к ООО «СМС Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» 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 ГК РФ, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ООО «Мосалкаторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

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

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

Обратного ООО «Мосалкаторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены

обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

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 (далее также ГК РФ) не подлежит защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 ГК РФ предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры ООО «Мосалкоторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» 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 ООО «Мосалкоторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» 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 на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщений, поступивших 09.06.2017 в 16:11, 11.09.2017 в 16:56, 15.09.2017 в 22:46, 28.09.2017 в 21:01 от отправителя Repast 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, несет рекламодатель.

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

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

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> осуществили ООО «Мосалкоторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом».

На основании изложенного, ООО «Мосалкоторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» являются рекламодателями вышеуказанных рекламных сообщений.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе ООО «Мосалкоторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» не представлено.

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 регулируются законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.

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

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

Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации

понесенных убытков. Однако, данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договора, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

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

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

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Мосалкоторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы следующего содержания:

«10.06 в Repastcafe обновленное меню. Японская кухня, винная карта и многое другое. Бронь столов по тел. 8-800-500-40-47», поступившей 09.06.2017 в 16:11, отправитель: Repast;

«Чесночные Гренки, Чизкейк, Каппа Маки, в этот теплый вечер, одно из этих блюд-за наш счет! Подробности уточняйте у официанта.8800-500-40-47», поступившей 11.09.2017 в 16:56, отправитель: Repast;

«Удовольствие начинается здесь! <https://repastcafe.ru/stocks/skachaj-prilozhenie-repast-kafe/> Служба доставки 88005004047», поступившей 15.09.2017 в 22:46, отправитель: Repast;

«Друзья! 5 октября в 17.00 приглашаем Вас на «Осенний Гастроужин». Специальное меню, нормандская еда и атмосфера гарантированы! 88005004047», поступившей 28.09.2017 в 21:01, отправитель: Repast, без предварительного согласия абонента на ее получение.

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 ООО «Мосалкоторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» 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 09.06.2017 в 16:11, 11.09.2017 в 16:56, 15.09.2017 в 22:46, 28.09.2017 в 21:01.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности в настоящем случае 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 ООО «Мосалкоторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений ненадлежащей рекламы следующего содержания:

«10.06 в Repastcafe обновленное меню. Японская кухня, винная карта и многое другое. Бронь столов по тел. 8-800-500-40-47», поступившей 09.06.2017 в 16:11, отправитель: Repast;

«Чесночные Гренки, Чизкейк, Каппа Маки, в этот теплый вечер, одно из этих блюд-за наш счет! Подробности уточняйте у официанта.8800-500-40-47», поступившей 11.09.2017 в 16:56, отправитель: Repast;

«Удовольствие начинается здесь! <https://repastcafe.ru/stocks/skachaj-prilozhenie-repast-kafe/> Служба доставки 88005004047», поступившей 15.09.2017 в 22:46, отправитель: Repast;

«Друзья! 5 октября в 17.00 приглашаем Вас на «Осенний Гастроужин». Специальное меню, нормандская еда и атмосфера гарантированы! 88005004047», поступившей 28.09.2017 в 21:01, отправитель: Repast.

2. Выдать ООО «Мосалкоторг-Ф», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «ВымпелКом» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении 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

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

Исполнитель: <...>