

ИГ/43332/18 от 10.09.2018

ПАО «Вымпелком»

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

АО «Загрузка»

Ленинская слобода ул., д. 19, комн.
21Ф,
г. Москва, 115280

ООО «Информер»

Энгельса пр-т , д. 33, корп. 1, лит А,
пом. 1Н, оф. 308,
г. Санкт-Петербург, 194156

ООО «Фитнес-Холл 2»

Знаменские Садки ул., д. 1Б,
г. Москва, 117628

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-114/77-18

«04» сентября 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) в составе:

председателя Комиссии – <...>,

членов Комиссии – <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-114/77-18 по факту распространения ПАО «Вымпелком» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр.14; ОГРН 1027700166636; ИНН 7713076301), АО «Загрузка» (место нахождения: 115280, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 19, комн. 21Ф; ОГРН 1057746396113, ИНН 7703544582), ООО «Информер» (место нахождения: 194156, г. Санкт-Петербург, пр-т Энгельса, д. 33, корп. 1, лит А, пом. 1Н, оф. 308; ОГРН 1137847136283; ИНН 7840487294), ООО «Фитнес-Холл 2» (место нахождения: 117628, г. Москва, Знаменские Садки ул., д. 1Б; ОГРН 1127746060848; ИНН 7727771256) на телефонный номер <...> рекламы

посредством СМС-сообщений:

«Массаж «Здоровая спина»5сеансов=4000р;10сеансов=7000;бронь 89636113248», поступившего 09.10.2017 в 16:38 от отправителя FitnesHall;
 «Страшные скидки!2 карты по цене одной!10мес=10450р!Бронь 89636113248», поступившего 24.10.2017 в 14:35 от отправителя FitnesHall;
 «Антихэллоуин!8мес фитнеса=8000р!Всего 17 карт!Бронь по 89636113248», поступившего 30.10.2017 в 15:01 от отправителя FitnesHall;
 «АнтиОливье!Фитнес+хамам 10мес=8750р;5мес=4950р!Бронь 89636113248», поступившего 18.01.2018 в 13:10 от отправителя: FitnesHoll;
 «Финальный SALE! Фитнес+Хамам ГОД=9900р+2мес бесплатно!Бронь 89636113248», поступившего 30.01.2018 в 16:58 от отправителя: FitnesHoll;
 «До 14 февраля!Фитнес+Хамам!14м=10200р;7м=5100м;бронь 89636113248», поступившего 12.02.2018 в 18:13 от отправителя: FitnesHoll;
 «Любимые Цены!Фитнес+Хамам! Год=10200р,бронь 89636113248», поступившего 27.02.2018 в 14:56 от отправителя: FitnesHoll;
 «Фитнес+сауна+хамам! 12мес=9990р*!Только до 31 марта! Бронь 89636113248», поступившего 29.03.2018 в 15:49 от отправителя: FitnesHoll в отсутствие предварительного согласия абонента,
 в отсутствие представителей ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-114/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го Марта, д. 10, стр.14; ОГРН 1027700166636; ИНН 7713076301), АО «Загрузка» (место нахождения: 1152810, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 19, комн. 21Ф; ОГРН 1057746396113, ИНН 7703544582), ООО «Информер» (место нахождения: 194156, г. Санкт-Петербург, пр-т Энгельса, д. 33, корп. 1, лит А, пом. 1Н, оф. 308; ОГРН 1137847136283; ИНН 7840487294), ООО «Фитнес-Холл 2» (место нахождения: 117628, г. Москва, Знаменские Садки ул., д. 1Б; ОГРН 1127746060848; ИНН 7727771256) на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщений:

«Массаж «Здоровая спина»5сеансов=4000р;10сеансов=7000;бронь 89636113248», поступившего 09.10.2017 в 16:38 от отправителя FitnesHall;
 «Страшные скидки!2 карты по цене одной!10мес=10450р!Бронь 89636113248», поступившего 24.10.2017 в 14:35 от отправителя FitnesHall;
 «Антихэллоуин!8мес фитнеса=8000р!Всего 17 карт!Бронь по 89636113248», поступившего 30.10.2017 в 15:01 от отправителя FitnesHall.

В дальнейшем в ходе рассмотрения настоящего дела Комиссией Московского УФАС России установлено, что согласно дополнениям заявителя к первоначальному заявлению, на телефонный номер <...> также посредством СМС-сообщений распространялась реклама следующего содержания:

«АнтиОливье!Фитнес+хамам 10мес=8750р;5мес=4950р!Бронь 89636113248», поступившего 18.01.2018 в 13:10 от отправителя: FitnesHoll;

«Финальный SALE! Фитнес+Хамам ГОД=9900р+2мес бесплатно!Бронь 89636113248», поступившего 30.01.2018 в 16:58 от отправителя: FitnesHoll;

«До 14 февраля!Фитнес+Хамам!14м=10200р;7м=5100м;бронь 89636113248», поступившего 12.02.2018 в 18:13 от отправителя: FitnesHoll;

«Любимые Цены!Фитнес+Хамам! Год=10200р,бронь 89636113248», поступившего 27.02.2018 в 14:56 от отправителя: FitnesHoll;

«Фитнес+сауна+хамам! 12мес=9990р*!Только до 31 марта! Бронь 89636113248», поступившего 29.03.2018 в 15:49 от отправителя: FitnesHoll.

При рассмотрении дела № 3-18-114/77-18, а также вновь выявленных фактов, Комиссии Московского УФАС России необходимо было дать правовую оценку однородных сообщений, направленных одним и тем же отправителем в адрес одного лица.

На основании изложенного Комиссией Московского УФАС России вновь выявленные факты распространения на номер заявителя рекламы посредством СМС-сообщений от отправителя : FitnesHoll были приобщены к материалам дела 3-18-114/77-18.

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» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8-го 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 «Загрузка (место нахождения: 1152810, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 19, комн. 21Ф) 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.

ООО «Информер» (место нахождения: 194156, г. Санкт-Петербург, пр-т Энгельса, д. 33, корп. 1, лит А, пом. 1Н, оф. 308) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 03.04.2013 за основным государственным регистрационным номером 1137847136283; ИНН 7840487294.

ООО «Фитнес-Холл 2» (место нахождения: 117628, г. Москва, Знаменские Садки ул., д. 1Б) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 02.02.2012 за основным государственным регистрационным номером 1127746060848; ИНН 7727771256.

Каждое из указанных юридических лиц является действующим, сведений

о прекращении деятельности не имеется.

Согласно материалам дела № 3-18-114/77-18 на номер телефона <...> рекламы посредством СМС-сообщений:

«Массаж «Здоровая спина»5сеансов=4000р;10сеансов=7000;бронь 89636113248», поступившего 09.10.2017 в 16:38 от отправителя FitnesHall;
 «Страшные скидки!2 карты по цене одной!10мес=10450р!Бронь 89636113248», поступившего 24.10.2017 в 14:35 от отправителя FitnesHall;
 «Антихэллоуин!8мес фитнеса=8000р!Всего 17 карт!Бронь по 89636113248», поступившего 30.10.2017 в 15:01 от отправителя FitnesHall;
 «АнтиОливье!Фитнес+хамам 10мес=8750р;5мес=4950р!Бронь 89636113248», поступившего 18.01.2018 в 13:10 от отправителя: FitnesHoll;
 «Финальный SALE! Фитнес+Хамам ГОД=9900р+2мес бесплатно!Бронь 89636113248», поступившего 30.01.2018 в 16:58 от отправителя: FitnesHoll;
 «До 14 февраля!Фитнес+Хамам!14м=10200р;7м=5100м;бронь 89636113248», поступившего 12.02.2018 в 18:13 от отправителя: FitnesHoll;
 «Любимые Цены!Фитнес+Хамам! Год=10200р,бронь 89636113248», поступившего 27.02.2018 в 14:56 от отправителя: FitnesHoll;
 «Фитнес+сауна+хамам! 12мес=9990р*!Только до 31 марта! Бронь 89636113248», поступившего 29.03.2018 в 15:49 от отправителя: FitnesHoll в отсутствие предварительного согласия абонента.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими тексты 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, исключаящим 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 об услугах фитнес-клуба, их стоимости, скидках, контактном номере телефона, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством sms-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из 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 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.

Доказательств получения согласия абонента на получение рассматриваемой рекламы ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Приведенный вывод также доказывает вину всех лиц, участвующих в распространении рассматриваемой рекламы, так как в случае проявления надлежащей осмотрительности и проверки наличия либо отсутствия согласия абонента на получение рекламы, было бы выявлено, что согласие абонента отсутствует. А равно распространения ненадлежащей рекламы можно было бы избежать в случае исполнения всеми субъектами своих обязанностей, предусмотренным как законодательством Российской Федерации так и договорами.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка»,

ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» информации о наличии либо отсутствии согласия на получение рекламы гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

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:

«Массаж «Здоровая спина»5сеансов=4000р;10сеансов=7000;бронь 89636113248», поступившего 09.10.2017 в 16:38 от отправителя FitnesHall;
 «Страшные скидки!2 карты по цене одной!10мес=10450р!Бронь 89636113248», поступившего 24.10.2017 в 14:35 от отправителя FitnesHall;
 «Антихэллоуин!8мес фитнеса=8000р!Всего 17 карт!Бронь по 89636113248», поступившего 30.10.2017 в 15:01 от отправителя FitnesHall;
 «АнтиОливье!Фитнес+хамам 10мес=8750р;5мес=4950р!Бронь 89636113248», поступившего 18.01.2018 в 13:10 от отправителя: FitnesHoll;
 «Финальный SALE! Фитнес+Хамам ГОД=9900р+2мес бесплатно!Бронь 89636113248», поступившего 30.01.2018 в 16:58 от отправителя: FitnesHoll;
 «До 14 февраля!Фитнес+Хамам!14м=10200р;7м=5100м;бронь 89636113248», поступившего 12.02.2018 в 18:13 от отправителя: FitnesHoll;
 «Любимые Цены!Фитнес+Хамам! Год=10200р,бронь 89636113248», поступившего 27.02.2018 в 14:56 от отправителя: FitnesHoll;
 «Фитнес+сауна+хамам! 12мес=9990р*!Только до 31 марта! Бронь 89636113248», поступившего 29.03.2018 в 15:49 от отправителя: FitnesHoll в отсутствие предварительного согласия абонента, а равно 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 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.

При этом законодательно установленное определение рекламодателя в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-114/77-18, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 496629095 от 10.12.2013, заключенного между ПАО «Вымпелком» и ЗАО «Связной Загрузка» (в настоящее время АО «Загрузка» (далее — Договор 1) и дополнительного

соглашения № 3 от 11.05.2015 к Договору 1 (далее — Дополнительное соглашение к Договору 1); Договора № СМС-06/17 от 28.02.2017, заключенного между ЗАО «Связной Загрузка» (в настоящее время АО «Загрузка» и ООО «Информер» (далее — Договор 2); Акцепта на публичную оферту об оказании услуги «Рассылка сообщений» ООО «Фитнес Холл 2» от 31.03.2017 и правил оказания услуг «СМС-рассылки» (далее — Договор 3).

Согласно пункту 1.1 Дополнительного соглашения к Договору 1, в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» ПАО «Вымпелком» предоставляет АО «Загрузка» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу ПАО «Вымпелком» для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами АО «Загрузка» и/или АО «Загрузка». При этом под рассылкой подразумевается отправление сообщений на программно-аппаратный комплекс ПАО «Вымпелком» для дальнейшей отправки ПАО «Вымпелком» данного сообщения на мобильный терминал пользователя.

В соответствии с пунктом 4.2 Дополнительного соглашения к Договору 1, АО «Загрузка» осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили АО «Загрузка» и/или партнерам свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также обязуется сообщать ПАО «Вымпелком» актуальные даты получения согласий АО «Загрузка» и/или партнерами до даты осуществления рассылок на номера соответствующих пользователей.

Согласно пункту 4.9 Дополнительного соглашения к Договору 1 в случае нарушения АО «Загрузка», в том числе, вышеуказанного пункта ПАО «Вымпелком» вправе с предварительным уведомлением приостановить оказание услуг по до устранения АО «Загрузка» соответствующих нарушений, в частности до представления подтверждения согласия пользователей или расторгнуть Дополнительное соглашение к Договору 1 в одностороннем порядке.

В соответствии с пунктом 2.1.1 Договора 2 ООО «Информер» поручает, а АО «Загрузка» берет на себя обязательства по оказанию услуги по предоставлению ООО «Информер» доступа к коммуникационной платформе исполнителя (КПИ) для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы ООО «Информер» либо клиента ООО «Информер» (информацию о самом ООО «Информер»/клиенте ООО «Информер» или о предоставляемых ООО «Информер»/клиентом ООО «Информер» услугах), формируемых и отправляемых ООО «Информер», для дальнейшей отправки СМС-сообщений ООО «Информер» абонентам.

При этом согласно Разделу 1 Договора 2 под абонентами понимаются лица, получающие информацию с помощью СМС-сообщений, с

использованием СМСЦ оператора и являющиеся также пользователями услуг сотовой связи стандарта GSM, предоставившие ООО «Информер» согласие на получение от него рекламных и/или информационных материалов в СМС-сообщениях. Коммуникационной платформой исполнителя (КПИ) признается аппаратно-программный комплекс, принадлежащий АО «Загрузка», способный осуществлять передачу телематических электронных сообщений от ООО «Информер» до СМСЦ либо иного оборудования Оператора/партнера оператора в реальном масштабе времени для дальнейшей конвертации оператором телематических электронных сообщений в СМС-сообщения и отправки СМС-сообщений на мобильные телефоны абонентов. Оператором является оператор мобильной сотовой связи, имеющий лицензию на осуществление соответствующей деятельности. Под СПАМом понимается рассылка СМС-сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована ООО «Информер» без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких СМС-сообщений или их отправителя.

В соответствии с пунктом 3.1.3 Договора 2 ООО «Информер» обязуется обеспечить соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании СМС-сообщений и гарантировать, что СМС-сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации, не содержит нецензурных слов и выражений на любом языке, объект рекламирования соответствует политике и требованиям операторов, а также что СМС-сообщения не нанесут ущерб деловой репутации операторов, не содержат политическую агитацию.

Согласно пункту 3.1.4 Договора 2 ООО «Информер» обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствует, объявляются СПАМом.

В соответствии с пунктом 3.4.4 Договора 2 АО «Загрузка» вправе не принимать сообщения к отправке, а также незамедлительно приостановить или прекратить оказание услуг в случае признаков нарушения ООО «Информер» в том числе вышеуказанных требований и/или действующего законодательства Российской Федерации, в том числе поступлении запросов от партнеров АО «Загрузка», в том числе операторов и/или контролирующих органов. Возобновление оказания АО «Загрузка» услуг производится только после устранения ООО «Информер» допущенных нарушений. Такая приостановка/прекращение оказания услуг не является нарушением АО «Загрузка» своих обязательств по Договору 2.

В соответствии с пунктом 3.1 Договора 3 ООО «Информер» на возмездной основе оказывает ООО «Фитнес-Холл 2» услуги по обеспечению доступа к Системе (далее - Услуги), в соответствии с действующими Тарифами ООО «Информер», закрепленными в Личном кабинете ООО «Фитнес-Холл 2».

При этом в соответствии с разделом 2 Договора 3 под Услугами

понимаются услуги ООО «Информер» по предоставлению доступа к системе и выполнению заказов в соответствии с условиями Договора 3. Подписчиком является получатель добровольно подписавшийся на получение Сообщений от Заказчика в форме, которая в случае необходимости может служить безоговорочным тому подтверждением. Получателем признается любое физическое и(или) юридическое лицо, получающие Сообщения, отправленные ООО «Фитнес-Холл 2» с использованием Системы. Под Системой понимается комплекс программных средств ООО «Информер», обеспечивающих ООО «Фитнес-Холл 2» возможность пользоваться услугами «СМС-рассылка», «МЭЙЛ-рассылка», «ВАЙБЕР-рассылка», а также возможность контроля своего электронного виртуального счета. Сообщением является отдельно взятое электронное сообщение, формируемое и отправляемое ООО «Фитнес-Холл 2» через систему. В рамках услуги «СМС-рассылка» сообщение передается оператору для преобразования оператором в СМС-сообщение и отправки на мобильные терминалы подписчиков. В рамках услуги «МЭЙЛ-рассылка» сообщение передается почтовому сервису, обслуживающему электронный адрес конкретного подписчика для преобразования в МЭЙЛсообщение и последующей его доставки подписчику. В рамках услуги «ВАЙБЕР-рассылка» сообщение передается на техническую платформу приложения Viber (владелец – компания Viber Media S.à r.l.) для последующей доставки подписчику через приложение Viber, установленное на мобильном терминале подписчика. СПАМом признается рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная получателям без предварительного согласия получателей, а также рассылка, вводящая получателей в заблуждение относительно содержания сообщений или их отправителя, в том числе: массовая рассылка несогласованных предварительно с получателем сообщений, т.е. рассылка множеству получателей или множественная рассылка одному получателю, рассылка информации получателям, высказавшим ранее явное нежелание получать данную информацию.

В соответствии с пунктом 4.3.3 Договора 3 ООО «Фитнес-Холл 2» обязано не использовать систему для рассылки СПАМа, для передачи Сообщений, так или иначе нарушающих действующее законодательство РФ.

Согласно пункту 4.3.5 Договора 3 ООО «Фитнес-Холл 2» обязано пользоваться услугами ООО «Информер», строго соблюдая требования действующего законодательства РФ, в том числе (но не ограничиваясь) Федерального закона № 38-ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4.3.9 Договора 3 ООО «Фитнес-Холл 2» обязано самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно иметь от получателей, которым ООО «Фитнес-Холл 2» планирует отправлять сообщения, письменное согласие на получение таких сообщений, которое может быть предъявлено ООО «Информер» в качестве безоговорочного доказательства согласия получателя на получение таких сообщений.

В свою очередь ООО «Информер» в соответствии с пунктом 4.2.1

Договора 3 имеет право в случае несоблюдения ООО «Фитнес-Холл 2» настоящих условий, приостановить оказание услуг, в том числе заблокировать личный кабинет ООО «Фитнес-Холл 2», с уведомлением об этом ООО «Фитнес-Холл 2» в письменной форме и/или с использованием средств связи.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ПАО «Вымпелком» при заключении Дополнительного соглашения к Договору 1 взяло на себя обязательства по оказанию АО «Загрузка» услуг по предоставлению доступа к программно-аппаратному комплексу, в том числе для целей отправки рекламных сообщений. Более того Дополнительным соглашением к Договору 1 установлена обязанность АО «Загрузка» по получению согласия на распространение рекламы абоненту.

В связи с тем, что ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер» не осуществляет непосредственное направление смс-сообщений абонентам, по мнению Обществ, нарушения части 1 статьи 18 в их действиях отсутствуют.

Между тем Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что само по себе наличие рассматриваемых договора является свидетельством осуществления ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер» определенных действий направленных на доведение рекламы до ее получателей, а равно наличия у Обществ статуса рекламораспространителей.

Вместе с тем, по смыслу приведенной нормы права, а также в целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Следовательно, невозможно каким-либо образом снять ответственность любого из лиц, участвовавших в распространении рекламы посредством сетей электросвязи в связи с осуществлением таким лицом даже исключительно технических функций.

Обратное может привести либо к необоснованному возложению на лицо ответственности за чужие нарушения и, как следствие, несоблюдению конституционно закрепленного частью 1 статьи 19 Конституции Российской Федерации принципа всеобщего равенства перед законом и судом и предусмотренного частью 1 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации принципа юридического равенства участников гражданских правоотношений, либо, наоборот, к злоупотреблению своими правами со стороны участников таких правоотношений, стремящихся одновременно извлечь выгоду из своего незаконного поведения и избежать ответственности за совершенные нарушения, что противоречит законодательно закрепленным принципам добросовестности участников гражданских правоотношений (часть 3 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), недопустимости

извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), запрету на злоупотребление правом (часть 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Из совокупного толкования положений рассматриваемых договоров с очевидностью усматривается, что оказываемые ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер» услуги используются, в том числе, в целях рекламного характера для продвижения заказчика по договору и/или его партнеров, товаров, работ и услуг на рынке и привлечения к ним максимально возможного внимания со стороны потенциальных потребителей. Таким образом, ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи sms-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях такого звена, как оператор связи, сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Оценивая приведенные пункты упомянутого соглашения, следует признать, что ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер» в настоящем случае были осведомлены о том, что предоставляемые ими услуги будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер» являлись неотъемлемой частью единой цепочки лиц, осуществлявших действия по доведению рекламы до абонента и обладают статусом рекламодателей.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение sms-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «Фитнес-Холл 2» к ООО «Информер», от него последовательно АО «Загрузка», 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 sms-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 «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» 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 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» рассматриваемые сообщения не достигли бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» являются рекламодателями рекламы, поступившей на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщений:

«Массаж «Здоровая спина»5сеансов=4000р;10сеансов=7000;бронь 89636113248», поступившего 09.10.2017 в 16:38 от отправителя FitnesHall;

«Страшные скидки!2 карты по цене одной!10мес=10450р!Бронь 89636113248», поступившего 24.10.2017 в 14:35 от отправителя FitnesHall;

«Антихэллоуин!8мес фитнеса=8000р!Всего 17 карт!Бронь по 89636113248», поступившего 30.10.2017 в 15:01 от отправителя FitnesHall;

«АнтиОливье!Фитнес+хамам 10мес=8750р;5мес=4950р!Бронь 89636113248», поступившего 18.01.2018 в 13:10 от отправителя: FitnesHoll;

«Финальный SALE! Фитнес+Хамам ГОД=9900р+2мес бесплатно!Бронь 89636113248», поступившего 30.01.2018 в 16:58 от отправителя: FitnesHoll;

«До 14 февраля!Фитнес+Хамам!14м=10200р;7м=5100м;бронь 89636113248», поступившего 12.02.2018 в 18:13 от отправителя: FitnesHoll;

«Любимые Цены!Фитнес+Хамам! Год=10200р,бронь 89636113248», поступившего 27.02.2018 в 14:56 от отправителя: FitnesHoll;

«Фитнес+сауна+хамам! 12мес=9990р*!Только до 31 марта! Бронь 89636113248», поступившего 29.03.2018 в 15:49 от отправителя: FitnesHoll в отсутствие предварительного согласия абонента.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, не законной по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» 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 договор, 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщений:

«Массаж «Здоровая спина»5сеансов=4000р;10сеансов=7000;бронь 89636113248», поступившего 09.10.2017 в 16:38 от отправителя FitnesHall;

«Страшные скидки!2 карты по цене одной!10мес=10450р!Бронь 89636113248», поступившего 24.10.2017 в 14:35 от отправителя FitnesHall;

«Антихэллоуин!8мес фитнеса=8000р!Всего 17 карт!Бронь по

89636113248», поступившего 30.10.2017 в 15:01 от отправителя FitnesHall;
«АнтиОливье!Фитнес+хамам 10мес=8750р;5мес=4950р!Бронь
89636113248», поступившего 18.01.2018 в 13:10 от отправителя: FitnesHoll;
«Финальный SALE! Фитнес+Хамам ГОД=9900р+2мес бесплатно!Бронь
89636113248», поступившего 30.01.2018 в 16:58 от отправителя: FitnesHoll;
«До 14 февраля!Фитнес+Хамам!14м=10200р;7м=5100м;бронь
89636113248», поступившего 12.02.2018 в 18:13 от отправителя: FitnesHoll;
«Любимые Цены!Фитнес+Хамам! Год=10200р,бронь 89636113248»,
поступившего 27.02.2018 в 14:56 от отправителя: FitnesHoll;
«Фитнес+сауна+хамам! 12мес=9990р*!Только до 31 марта! Бронь
89636113248», поступившего 29.03.2018 в 15:49 от отправителя: FitnesHoll в
отсутствие предварительного согласия абонента.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» 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 «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» 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 09.10.2017, 24.10.2017, 30.10.2017, 18.01.2018, 30.01.2018, 12.02.2018, 27.02.2018, 29.03.2018.

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 «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» нарушившими часть 1 статьи 18 Закон о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщений:

«Массаж «Здоровая спина»5сеансов=4000р;10сеансов=7000;бронь 89636113248», поступившего 09.10.2017 в 16:38 от отправителя FitnesHall;

«Страшные скидки!2 карты по цене одной!10мес=10450р!Бронь 89636113248», поступившего 24.10.2017 в 14:35 от отправителя FitnesHall;

«Антихэллоуин!8мес фитнеса=8000р!Всего 17 карт!Бронь по 89636113248», поступившего 30.10.2017 в 15:01 от отправителя FitnesHall;

«АнтиОливье!Фитнес+хамам 10мес=8750р;5мес=4950р!Бронь 89636113248», поступившего 18.01.2018 в 13:10 от отправителя: FitnesHoll;

«Финальный SALE! Фитнес+Хамам ГОД=9900р+2мес бесплатно!Бронь 89636113248», поступившего 30.01.2018 в 16:58 от отправителя: FitnesHoll;

«До 14 февраля!Фитнес+Хамам!14м=10200р;7м=5100м;бронь 89636113248», поступившего 12.02.2018 в 18:13 от отправителя: FitnesHoll;

«Любимые Цены!Фитнес+Хамам! Год=10200р,бронь 89636113248», поступившего 27.02.2018 в 14:56 от отправителя: FitnesHoll;

«Фитнес+сауна+хамам! 12мес=9990р*!Только до 31 марта! Бронь 89636113248», поступившего 29.03.2018 в 15:49 от отправителя: FitnesHoll в отсутствие предварительного согласия абонента.

2. Выдать ПАО «Вымпелком», АО «Загрузка», ООО «Информер», ООО «Фитнес-Холл 2» 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

<...>

<...>