

ПАО «МТС»

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

АО «СмартКардЛинк»

2-ой Южнопортовый проезд,
д. 20А, стр. 4, под. 1, эт. 2,
г. Москва, 115088

ООО «СМС Трафик»

2-ой Южнопортовый проезд,
д. 20А, стр. 4, под. 1, эт. 2,
г. Москва, 115088

ООО «Элион»

Марьинский Парк ул., д. 39, корп. 1,
пом. XII, ком. 6А,
г. Москва, 109559

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-100/77-17

«20» сентября 2017 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) в составе:

председателя Комиссии – <...>

членов Комиссии – <...> <...> <...> <...>

рассмотрев дело № 3-18-100/77-17, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством смс-сообщения следующего содержания: «Уважаемый клиент! ООО «КБ «Тальменка-банк» предлагает ставку по вкладам в рублях до 11,7% годовых. Подробности по телефону: +7-495-745-77-24», поступившей 21.10.2016 в 10:21, отправитель: ТВ22, 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 <...> (по доверенности № 0173/14 от 29.12.2014),

в отсутствие представителей АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-100/77-17 возбуждено в отношении ПАО «МТС», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания:

«Уважаемый клиент! ООО «КБ «Гальменка-банк» предлагает ставку по вкладам в рублях до 11,7% годовых. Подробности по телефону: +7-495-745-77-24», поступившей 21.10.2016 в 10:21, отправитель: ТВ22.

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

ПАО «МТС» (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.

АО «СмартКардЛинк» (адрес: 115088, г. Москва, 2-ой Южнопортовый проезд, д. 20А, стр. 4, под. 1, эт. 2) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.09.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700225453, ИНН 7734198004, КПП 772301001.

ООО «СМС Трафик» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.01.2005 за основным государственным регистрационным номером 1057746117384, ИНН 7705642257, КПП 772301001.

ООО «Элион» (адрес: 109559, г. Москва, ул. Марьинский Парк, д. 39, стр. 1, пом. XII, ком. 6А) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 29.09.2016 за основным государственным регистрационным номером 1167746917337, ИНН 7723477052, КПП 772301001.

Согласно материалам дела № 3-18-100/77-17 на номер телефона <...> 21.10.2016 в 10:21 поступила спорная реклама от отправителя: ТВ22.

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

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь — любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие

которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщения, в котором содержатся предложение открыть вклад, указана ставка, отправитель, номер телефона, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к услугам, предоставляемым ООО «КБ «Тальменка-банк».

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...> отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством СМС-сообщения; 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

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

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента

может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного 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 «МТС», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» он не давал.

Письменные доводы, представленные в материалы дела ПАО «МТС», о том, что согласие на получение рассматриваемой рекламы подтверждается заполненной заявителем анкетой в ООО «КБ Тальменка-банк» с указанием на то, что заявитель выразил свое согласие на получение рекламной информации, представляются Комиссии необоснованными в связи со следующим.

Представленная ПАО «МТС» анкета, по мнению Комиссии, не может расцениваться как надлежащее получение согласия абонента на получение рекламы.

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 ПАО «МТС» в материалы дела.

Более того, на запрос Комиссии заявителю относительно того, давал ли заявитель представленное в материалы дела согласие на получение рекламной информации, заявителем был направлен ответ (вх. № 42548-ЭП/17 от 04.09.2017), что такое согласие он не давал, подпись ему не принадлежит. Также, заявитель никогда не был клиентом ООО «КБ Тальменка-банк».

Таким образом, указанное согласие, представленное ПАО «МТС», Комиссия не может считать полученным надлежащим образом.

Следовательно, надлежащих доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «МТС», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» 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», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС

Трафик», ООО «Элион» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-100/77-17, указанная реклама распространялась на основании следующих договоров: Агентского договора № D140755872 от 08.12.2014, заключенного между ПАО «МТС» и АО «СмартКардЛинк» (далее — Договор 1); Договора № 010413 от 01.04.2013, заключенного между АО «СмартКардЛинк» и ООО «СМС Трафик» (далее — Договор 2); Договора № 550/16 от 20.10.2016, заключенного между ООО «СМС Трафик» и ООО «Элион» (далее — Договор 3).

Согласно пункту 2.1 Договора 1, ПАО «МТС» поручает, а АО «СмартКардЛинк» обязуется от своего имени, но за счет ПАО «МТС» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуг заказчикам рассылки, а именно:

- осуществлять поиск и привлечение заказчиков рассылки;
- заключать договоры на оказание услуг в порядке и на условиях, предусмотренных приложением 6 к Договору 1, при необходимости подписывать соглашения об изменении/расторжении договоров на услуги;
- обеспечивать доступ заказчикам рассылки к SMS-центру ПАО «МТС» через оборудование для целей оказания услуг и др.

Согласно пункту 3.2.8 Договора 1, в случае отказа пользователя от получения SMS-сообщения согласно пункту 3.5.4 Договора 1, ПАО «МТС» по факту получения такого отказа информирует об этом АО «СмартКардЛинк» с указанием номера, с которого пользователь просит прекратить подписку.

Также в соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 1, АО «СмартКардЛинк» принимает на себя обязательство до начала оказания услуг обеспечить получение от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений — рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (пункт 22.1 статьи 2 ФЗ «О связи»). В случае направления пользователям рекламных сообщений, то также обеспечить получение от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласия от пользователей на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи согласие пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно пункту 22.1 статьи 2 ФЗ «О связи».

Согласно пункту 3.3.11 Договора 1, АО «СмартКардЛинк» обязуется в случае получения информации от ПАО «МТС» согласно пункту 3.2.8

АО «СмартКардЛинк» в обязательном порядке информирует заказчика рассылки о прекращении отправки SMS-сообщений пользователям, которые отказались через ПАО «МТС» от получения сообщений с конкретного номера.

В свою очередь, в соответствии с пунктом 3.5.3 Договора 1, в случае нарушения АО «СмартКардЛинк» пунктов 2.1.4, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.6, 3.3.8 Договора 1 ПАО «МТС» имеет право приостановить исполнение поручения до полного устранения АО «СмартКардЛинк» выявленных нарушений, которые должны быть устранены в течение 30 календарных дней со дня выявления нарушения.

Согласно пункту 3.5.4 Договора 1, ПАО «МТС» вправе не осуществлять доставку SMS-сообщений пользователям, которые отказались от получения SMS-сообщений с конкретного номера может быть предоставлен пользователями в порядке и на условиях, которые устанавливает ПАО «МТС».

Также согласно пункту 1.3 Приложения № 6 к Договору 1, заказчик рассылки должен гарантировать, что SMS-сообщения будут направляться только тем пользователям, которые дали заказчику рассылки предварительное и надлежаще оформленное согласие на получение ими рекламы или информационных SMS рассылок по сетям электросвязи.

При этом согласно разделу 1 Договора 1, под услугой понимается рассылка SMS-сообщений от заказчиков рассылки пользователям. Под пользователем понимается физическое или юридическое лицо, заключившее с ПАО «МТС» договор на оказание услуг связи и являющееся пользователем услуг заказчика рассылки, а также давшее предварительное и надлежащее оформленное согласие заказчиком рассылки в случае направления Заказчиком рассылки рекламных SMS таким пользователям. Под заказчиком рассылки понимается лицо, осуществляющее рассылку пользователю.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2, АО «СмартКардЛинк» оказывает обязуется оказывать услуги по информационному и технологическому обеспечению проекта ООО «СМС Трафик» в открытых телекоммуникационных сетях, включая оказание услуг по приему АО «СмартКардЛинк» от ООО «СМС Трафик» сообщений, их обработке и отправке на SMSC Оператора для передачи пользователям информационных SMS-сообщений при помощи шлюза Access Aggregator).

Исходя из пункта 3.4 Договора 2 ООО «СМС Трафик» обязуется получить от пользователя предварительное письменное согласие на получение информационных SMS-сообщений в рамках проекта.

Далее, в соответствии с пунктом 3.5 Договора 2 ООО «СМС Трафик» обязано исключить передачу сообщений пользователям без получения их предварительного согласия.

Согласно пункту 6.5 Договора 2 ООО «СМС Трафик» несет ответственность за рассылку сообщений тем пользователям, которые не

выразили прямо свое согласие на их получение.

При этом согласно разделу 1 Договора 2 под пользователем понимается физическое лицо, являющееся абонентом оператора и принимающее участие в проекте ООО «СМС Трафик»; под проектом понимается организуемый ООО «СМС Трафик» комплекс мероприятий, предусматривающих взаимодействие с пользователями на основе услуг, оказываемых АО «СмартКардЛинк»; под информационным SMS-сообщением понимается SMS-сообщение, формируемое АО «СмартКардЛинк» в результате обработки полученного от ООО «СМС Трафик» сообщения информационного характера, и отправленное на SMSC оператора для передачи пользователям в рамках оказания услуг.

Согласно пункту 2.1 Договора 3, ООО «СМС Трафик» обязуется оказывать ООО «Элион» услуги доступа к системе, а ООО «Элион» обязуется оплачивать услуги на условиях Договора 3.

В свою очередь, в соответствии с пунктом 2.3 Договора 3, ООО «Элион», пользуясь услугами, заказывает тем самым ООО «СМС Трафик» обеспечить, в частности:

- комплекс необходимых технических и организационных мероприятий, обеспечивающих рассылку сообщений, в том числе по сети подвижной радиотелефонной связи (то есть массовую отправку одинаковых сообщений абонентам с целью распространения какой-либо информации);
- комплекс необходимых технических и организационных мероприятий, обеспечивающих передачу абонентам индивидуальных сообщений, содержащих цифровые, буквенные или буквенно-цифровые сочетания (например, коды, пароли), а также иных адресных сообщений, содержащих различную информацию.

В соответствии с пунктом 3.2.1 Договора 3, ООО «Элион» обязан получить от абонента, которому ООО «Элион» планирует отправлять сообщение, предварительное согласие, выраженное посредством совершения абонентом действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщения. Сообщение считается отправленным без предварительного согласия абонента, если ООО «Элион» не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно пункту 3.2.2 Договора 3, ООО «Элион» обязано по требованию ООО «СМС Трафик» в течение 3 (три) рабочих дней после получения требования предоставлять ООО «СМС Трафик», оператору или уполномоченному органу государственной власти документ, подтверждающий согласие абонента, указанное в пункте 3.2.1 Договора 3.

В соответствии с пунктом 3.2.3 Договора 3, ООО «Элион» обязано соблюдать требования Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О

персональных данных», получать в необходимых случаях согласие физических лиц на обработку их персональных данных и передачу их третьим лицам, в частности, получать согласие физического лица на передачу документов, содержащих его персональные данные, в которых содержится его волеизъявление на получение сообщения от ООО «Элион», ООО «СМС Трафик», оператору и уполномоченному органу государственной власти для целей подтверждения наличия такого согласия.

Согласно пункту 3.2.4 Договора 3, ООО «Элион» обязано по требованию ООО «СМС Трафик» в течение 3 (трех) рабочих дней после получения требования предоставить ООО «СМС Трафик», оператору или уполномоченному органу государственной власти документ, подтверждающий согласие физических лиц на обработку их персональных данных и передачу их третьим лицам, в частности, согласие физического лица на передачу документов, содержащих его персональные данные, в которых содержится его волеизъявление на получение сообщения от ООО «Элион», ООО «СМС Трафик», оператору и уполномоченному органу государственной власти для целей подтверждения наличия такого согласия.

В соответствии с пунктом 3.2.5 Договора 3, ООО «Элион» обязано по требованию ООО «СМС Трафик» в течение 2 (два) рабочих дней направить абоненту сообщение, информирующее о полученном ООО «Элион» согласии на получение сообщений, или сообщение, содержащее контактную информацию ООО «Элион».

Также, согласно пункту 3.3.1 Договора 3, ООО «СМС Трафик» вправе требовать от ООО «Элион» предоставления ООО «СМС Трафик», оператору или уполномоченному органу государственной власти документа, подтверждающего согласие абонента, указанное в пункте 3.2.1 Договора 3.

В соответствии с пунктом 3.3.2 Договора 3, ООО «СМС Трафик» вправе требовать от ООО «Элион» предоставления ООО «СМС Трафик», оператору или уполномоченному органу государственной власти документа, подтверждающего согласие физических лиц на обработку их персональных данных и передачу их третьим лицам, в частности, согласие физического лица на передачу документов, содержащих его персональные данные, в которых содержится его волеизъявление на получение сообщения от ООО «Элион», ООО «СМС Трафик», оператору и уполномоченному органу государственной власти для целей подтверждения наличия такого согласия.

Согласно пункту 3.3.3 Договора 3, ООО «СМС Трафик» вправе потребовать от ООО «Элион» направить абоненту сообщение, информирующее о полученном ООО «Элион» согласии на получение сообщений, или сообщение, содержащее контактную информацию ООО «Элион».

При этом, согласно пункту 3.3.5 Договора 3, ООО «СМС Трафик» вправе приостановить оказание услуг по Договору 3 в случае, если требование 3.3.3

Договора 3 не будет выполнено в течение 3 (трех) рабочих дней.

Также, согласно пункту 11 Приложения 1 к Договору 3 (далее — Приложение), не допускается со стороны ООО «Элион» отправлять через систему СПАМ-сообщения.

При этом, в соответствии с пунктом 12 Приложения, ООО «СМС Трафик» имеет право заблокировать доступ ООО «Элион» к системе при нарушении пункта 11 Приложения.

В соответствии с пунктом 15 Приложения, ООО «СМС Трафик» также обязуется вести и регулярно обновлять стоп-листы абонентов в соответствии с обращениями абонентов в службу поддержки оператора или к ООО «Элион» с выражением отказа от получения информации от ООО «Элион», ООО «Элион» ежемесячно получает у ООО «СМС Трафик» абонентские номера абонентов, выразивших отказ от получения информации от ООО «Элион», и включенных в стоп-лист абонентов.

При этом, согласно разделу 1 Договора 3, под абонентом понимается пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации, а также пользующийся услугами ООО «Элион», имеющий электронный почтовый адрес и обменивающийся с ООО «Элион» сообщениями в порядке и на условиях, определенных Договором 3. Под сообщением понимается информация, посланная ООО «Элион» абоненту, которая получена, зафиксирована и доступна для обработки, извлечения и восприятия на абонентском устройстве абонента. Под СПАМом понимается сообщение, отправленное ООО «Элион» и предназначенное по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленное абонента (абонента) без его (их) предварительного согласия или не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе содержащее несуществующее или фальсифицированное имя отправителя.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «Элион» к ООО «СМС Трафик», от ООО «СМС Трафик» к АО «СмартКардЛинк», от АО «СмартКардЛинк» 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 (далее — 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.

ПАО «МТС», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» 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», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» 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 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 ГК РФ не подлежит судебной 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, ПАО «МТС», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» 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», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» 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-сообщения следующего содержания: «Уважаемый клиент! ООО «КБ «Тальменка-банк» предлагает ставку по вкладам в рублях до 11,7% годовых. Подробности по телефону: +7-495-745-77-24», поступившей 21.10.2016 в 10:21, отправитель: ТВ22, 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 рекламодатели.

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.

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», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» 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. 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 «МТС», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения следующего содержания: «Уважаемый клиент! ООО «КБ «Тальменка-банк» предлагает ставку по вкладам в рублях до 11,7% годовых. Подробности по телефону: +7-495-745-77-24», поступившей 21.10.2016 в 10:21, отправитель: ТВ22, без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения

указанной рекламы, ПАО «МТС», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» 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», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

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», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения следующего содержания: «Уважаемый клиент! ООО «КБ «Тальменка-банк» предлагает ставку по вкладам в рублях до 11,7% годовых. Подробности по телефону: +7-495-745-77-24», поступившей 21.10.2016 в 10:21, отправитель: ТВ22, без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ПАО «МТС», АО «СмартКардЛинк», ООО «СМС Трафик», ООО «Элион» 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 <...>

Члены Комиссии <...>

<...>

<...>

<...>

Исполнитель: Н <...>