

38642/18 от 10.08.2018

ПАО «Мегафон»

Оружейный пер., д. 41,
г. Москва, 127006

АО «МегаЛабс»

Оружейный пер., д. 41, оф. 157
г. Москва, 127006

ООО «СМС-Трафик»

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

ООО «Зебра-Мытищи 2»

Семашко ул., стр. 6Б, г. Мытищи,
Московская обл., 141014

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-185/77-18

«09» августа 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 № 3-18-185/77-18 по признакам нарушения ПАО «Мегафон» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, г. Москва, 127006; ОГРН 1027809169585; ИНН 7812014560), АО «МегаЛабс» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, оф. 157 г. Москва, 127006; ОГРН 1057747083767; ИНН 7713556058), ООО «СМС-Трафик» (место нахождения: Южнопортовый 2-й пр-д, д. 20А, стр. 4, под. 1, эт. 2, г. Москва, 115088; ОГРН 1057746117384; ИНН 7705642257), ООО «Зебра-Мытищи 2» (место нахождения: Семашко ул., стр. 6Б, г. Мытищи, Московская обл., 141014;

ОРГН 1145029009510; ИНН 5029188410) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщений:

1. «ТОЛЬКО 3 ДНЯ ФИТНЕС+БАССЕЙН с ЕЖЕМЕСЯЧНОЙ оплатой 2100/мес 84996539986», поступившего 06.02.2018 в 15:32 от отправителя ZEBRA;

2. «ВНИМАНИЕ Сегодня-ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ 2100р/мес ЕЖЕМЕСЯЧНО 84951504630», поступившего 08.01.2018 в 14:58 от отправителя ZEBRA, в отсутствие предварительного согласия абонента,

в присутствии представителя ООО «СМС-Трафик» в лице <...> (по доверенности <...>),

в отсутствие представителей ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «Зебра-Мытищи 2» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-185/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, г. Москва, 127006; ОГРН 1027809169585; ИНН 7812014560), АО «МегаЛабс» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, оф. 157 г. Москва, 127006; ОГРН 1057747083767; ИНН 7713556058), ООО «СМС-Трафик» (место нахождения: Южнопортовый 2-й пр-д, д. 20А, стр. 4, под. 1, эт. 2, г. Москва, 115088; ОГРН 1057746117384; ИНН 7705642257), ООО «Зебра-Мытищи 2» (место нахождения: Семашко ул., стр. 6Б, г. Мытищи, Московская обл., 141014; ОРГН 1145029009510; ИНН 5029188410), на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщений:

1. «ТОЛЬКО 3 ДНЯ ФИТНЕС+БАССЕЙН с ЕЖЕМЕСЯЧНОЙ оплатой 2100/мес 84996539986», поступившего 06.02.2018 в 15:32 от отправителя ZEBRA;

2. «ВНИМАНИЕ Сегодня-ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ 2100р/мес ЕЖЕМЕСЯЧНО 84951504630», поступившего 08.01.2018 в 14:58 от отправителя ZEBRA, в отсутствие предварительного согласия абонента.

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 «Мегафон» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, г. Москва, 127006) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027809169585; ИНН 7812014560.

АО «МегаЛабс» (место нахождения: Оружейный пер., д. 41, оф. 157 г. Москва, 127006) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 25.05.2005 за основным государственным регистрационным номером 1057747083767; ИНН 7713556058.

ООО «СМС-Трафик» (место нахождения: место нахождения: Южнопортовый 2-й пр-д, д. 20А, стр. 4, под. 1, эт. 2, г. Москва, 115088) 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.

ООО «Зебра-Мытищи 2» (место нахождения: Семашко ул., стр. 6Б, г. Мытищи, Московская обл., 141014) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 25.07.2008 за основным государственным регистрационным номером 1145029009510; ИНН 5029188410.

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

Согласно материалам дела № 3-18-185/77-18 на номер телефона <...> 06.02.2018 в 15:32 и 08.01.2018 в 14:58 поступила спорная реклама от отправителя ZEBRA.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий 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 информация об акции в фитнес-клубе, условия оплаты, сроки действия акции, указан номер 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 <...> смс-сообщения, 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.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 2» он не давал.

ООО «СМС Трафик» в материалы дела представлен договор с физическим лицом, который по мнению Общества, является подтверждением наличия согласия абонента на получение рекламных сообщений.

Между тем, представленный договор заключен с иным лицом, не являющимся абонентом телефонного номера, на который поступили спорные смс-сообщения.

Факт того, что заявитель является владельцем телефонного номера <...> подтверждается представленной в материалы дела копией Договора об оказании услуг № 9264668886 от 12.10.2005 и не оспаривается лицами, участвующими в деле.

Таким образом, доказательств получения согласия абонента на получение рассматриваемой рекламы ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС

Трафик», ООО «Зебра Мытищи 2» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Приведенный довод 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 в согласии указан иной номер телефона. 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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 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 рекламы:

1. «ТОЛЬКО 3 ДНЯ ФИТНЕС+БАССЕЙН с ЕЖЕМЕСЯЧНОЙ оплатой 2100/мес 84996539986», поступившего 06.02.2018 в 15:32 от отправителя ZEBRA;

2. «ВНИМАНИЕ Сегодня-ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ 2100р/мес ЕЖЕМЕСЯЧНО 84951504630», поступившего 08.01.2018 в 14:58 от отправителя ZEBRA, 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 распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

В соответствии с письменными пояснениями ПАО «Мегафон» рассылка от отправителя ZEBRA осуществлялась на основании гражданско-правовых отношений, в том числе между ПАО «Мегафон» и АО «МегаЛабс».

Исходя из материалов дела № 3-18-185/77-18, указанная реклама

распространялась на основании последовательно заключенных договоров: Договора № РМИ-МГФ 01012017 от 01.01.2017, заключенного между ПАО «Мегафон» и АО «МегаЛабс» (далее — Договор 1); Договора № ДМИ-СМСТРФК-01-07-2016 от 01.07.2016, заключенного между АО «МегаЛабс» и ООО «СМС Трафик» (далее — Договор 2); Договора № 471/17 от 14.12.2017, заключенного между ООО «СМС Трафик» и ООО «Зебра-Мытищи 2» (далее - Договор 3).

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 1 ПАО «Мегафон» обязуется оказывать АО «МегаЛабс» за вознаграждение услуги, а АО «МегаЛабс» обязуется оплачивать их в порядке и сроки, предусмотренные соглашением и приложением к нему.

В соответствии с пунктом 3.1 Договора 1 в рамках оказания услуги ПАО «Мегафон» обязуется предоставить АО «МегаЛабс» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов АО «МегаЛабс» среди абонентов.

При этом согласно разделу 1 Договора 1 под услугой понимается услуга по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов АО «МегаЛабс» (клиента АО «МегаЛабс») среди абонентов, а также по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса. Абонентом является пользователь услуг связи, с которым ПАО «Мегафон» заключен договор об оказании таких услуг. Под интерфейсом понимаются программные средства ПАО «Мегафон», используемые для управления услугой. Рекламно-информационными материалами (далее — РИМ) являются сообщения, баннеры, направленные на информирование об оказываемых (оказанных) услугах АО «МегаЛабс» (клиента АО «МегаЛабс»), или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставленные АО «МегаЛабс» (клиентом АО «МегаЛабс»), предназначенные для размещения с помощью каналов коммуникации.

В силу пункта 3.2 Договора 1 размещение РИМ АО «МегаЛабс» среди абонентов может осуществляться исключительно с использованием подписи. Согласно разделу 1 Договора 1 под подписью понимается индивидуальная символьная подпись, выбранная АО «МегаЛабс» (клиентом АО «МегаЛабс») для указания в качестве имени отправителя при размещении РИМ, которая будет отображена абоненту в получаемом SMS/MMS-сообщении. В качестве подписи отправителя может использоваться цифровой идентификатор. Цифровым идентификатором является комбинация цифр, которая на основании отдельного соглашения, заключенного между ПАО «Мегафон» и АО «МегаЛабс» (клиентом АО «МегаЛабс»), присваивается АО «МегаЛабс» (клиенту АО «МегаЛабс») и может быть использована для указанная в качестве имени отправителя при размещении РИМ.

В соответствии с пунктом 3.3 Договора 1 АО «МегаЛабс» (клиент АО «МегаЛабс») в случае возникновения необходимости осуществления рассылки РИМ формирует SMS/MMS/USSD-сообщение, баннеров с помощью

интерфейса. Действия доверенного лица, то есть сотрудника АО «МегаЛабс» или клиента АО «МегаЛабс», которому АО «МегаЛабс» (клиент АО «МегаЛабс») предоставил возможность пользоваться интерфейсом, по формированию SMS/MMS/USSD-сообщения, баннеров посредством интерфейса считаются направлением ПАО «Мегафон» оферты в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации.

При этом согласно пункту 3.4 Договора 1 все действия доверенного лица, совершенные с использованием учетных данных, признаются действиями АО «МегаЛабс». Учетными данными, согласно разделу 1 Договора 1, являются средства идентификации АО «МегаЛабс» (клиента АО «МегаЛабс») при использовании услуг посредством интерфейса, выдаваемые ПАО «Мегафон».

Согласно пункту 3.6 Договора 1 в случае размещения РИМ среди абонентом из базы абонентов АО «МегаЛабс» АО «МегаЛабс» обязуется до размещения РИМ получить согласие абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ).

В соответствии с пунктом 4.3 Договора 1 ПАО «Мегафон» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством интерфейса SMS/MMS/USSD-сообщений, баннеров на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или ПАО «Мегафон», и условиями соглашения. Оператор вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения АО «МегаЛабс» условий соглашения.

В силу пункта 4.7 Договора 1 АО «МегаЛабс» при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов партнера, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы. В силу пункта 4.10 Договора 1 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс» АО «МегаЛабс» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым АО «МегаЛабс» получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение РИМ АО «МегаЛабс» обязуется незамедлительно прекратить размещение SMS/MMS/USSD-сообщений, баннеров посредством интерфейса, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от ПАО «Мегафон».

В соответствии с пунктом 4.11 Договора 1 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы АО «МегаЛабс» АО «МегаЛабс» обязан по требованию ПАО «Мегафон» предоставить письменное согласие абонента на получение рекламы в течение 3 рабочих дней.

Согласно пункту 4.4 Договора 1 ПАО «Мегафон» имеет право незамедлительно прекращать размещение среди абонентов SMS/MMS/USSD-сообщений, баннеров АО «МегаЛабс», в том числе, если они не соответствуют действительности, требованиям действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам ПАО «Мегафон», могут нанести ущерб

деловой репутации ПАО «МегаФон»; не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из Базы абонентов ПАО «МегаФон»; у ПАО «МегаФон» имеются сведения об отзыве абонентом согласия на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов АО «МегаЛабс»; они не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2 АО «МегаЛабс» обязуется оказывать ООО «СМС Трафик» за вознаграждение услуги, а ООО «СМС Трафик» обязуется оплачивать их в порядке и сроки, предусмотренные Договором, приложениями к нему и заявками.

В соответствии с пунктом 3.1 Договора 2 в рамках оказания услуги АО «МегаЛабс» обязуется предоставить ООО «СМС Трафик» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов ООО «СМС Трафик» среди абонентов.

При этом согласно разделу 1 Договора 2 под услугой понимается услуга по размещению посредством каналов коммуникации рекламно-информационных материалов ООО «СМС Трафик» среди абонентов, по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса. Абонентом является пользователь услуг связи, с которым оператором заключен договор об оказании таких услуг. Под интерфейсом понимаются программные средства АО «МегаЛабс», используемые для управления услугой. Рекламно-информационными материалами (далее — РИМ) являются сообщения, направленные на информирование об оказываемых (оказанных) услугах ООО «СМС Трафик», или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые ООО «СМС Трафик», предназначенные для размещения с помощью каналов коммуникации.

В силу пункта 3.2 Договора 2 размещение РИМ ООО «СМС Трафик» среди абонентов может осуществляться исключительно с использованием подписи. Согласно разделу 1 Договора 2 под подписью понимается индивидуальная символьная подпись, выбранная ООО «ОСК» для указания в качестве имени отправителя при размещении РИМ, которая будет отображена абоненту в получаемом SMS/MMS-сообщении. В качестве подписи отправителя может использоваться цифровой идентификатор. Цифровым идентификатором является комбинация цифр, которая на основании отдельного соглашения, заключенного между оператором и ООО «СМС Трафик», присваивается ООО «СМС Трафик» и может быть использована для указанная в качестве имени отправителя при размещении РИМ.

В соответствии с пунктом 3.3 Договора 2 АО «МегаЛабс» оказывает услуги на основании заявок. Согласно пункту 3.6 Договора 2 ООО «СМС Трафик» в случае возникновения необходимости осуществления рассылки РИМ формирует SMS-сообщение с помощью интерфейса. Действия доверенного лица, то есть третьего лица, которому ООО «СМС Трафик» предоставил учетные данные и/или возможность пользования интерфейсом, по формированию SMS-сообщения посредством интерфейса считаются

направлением АО «МегаЛабс» оферты в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации. При этом согласно пункту 3.7 Договора 2 все действия доверенного лица признаются действиями ООО «СМС Трафик».

Согласно пункту 3.6 Договора 1 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов ООО «СМС Трафик» ООО «СМС Трафик» обязуется получить согласие абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ) для целей размещения РИМ. Письменное согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер, по которому абонент дал согласие на получение SMS-сообщений.

В соответствии с пунктом 4.3 Договора 2 АО «МегаЛабс» вправе осуществлять проверку размещаемых посредством интерфейса SMS-сообщений на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или оператора, и условиями Договора 2. АО «МегаЛабс» вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения ООО «ОСК» условий Договора 2.

В силу пункта 4.7 Договора 2 ООО «СМС Трафик» при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов ООО «СМС Трафик», гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы. В силу пункта 4.11 Договора 2 ООО «СМС Трафик» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым ООО «СМС Трафик» получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение РИМ от ООО «СМС Трафик» ООО «СМС Трафик» обязуется незамедлительно прекратить размещение SMS-сообщений посредством интерфейса, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от АО «МегаЛабс».

В соответствии с пунктом 4.12 Договора 2 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы ООО «СМС Трафик» ООО «СМС Трафик» обязан по требованию АО «МегаЛабс» и/или оператора предоставить письменное согласие абонента на получение рекламы в течение 3 рабочих дней.

Согласно пункту 4.4 Договора 2 АО «МегаЛабс» имеет право незамедлительно прекращать размещение среди абонентов SMS-сообщений ООО «СМС Трафик», в том числе, если они не соответствуют действительности, требованиям действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам АО «МегаЛабс» и/или оператора, могут нанести ущерб деловой репутации АО «МегаЛабс» и/или оператора; не получено либо отозвано согласие абонента на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из Базы абонентов оператора; у АО «МегаЛабс» имеются сведения об отзыве абонентом согласия на получение рекламы при размещении РИМ среди абонентов из базы абонентов ООО «СМС Трафик»; они не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации.

Федерации о рекламе.

В соответствии с разделом 2 Договора 3 ООО «СМС Трафик» обязуется оказывать ООО «Зебра-Мытищи 2» услуги доступа к системе (далее — услуги), а ООО «Зебра-Мытищи 2» обязуется оплачивать услуги на условиях, предусмотренных Договором 3. ООО «Зебра-Мытищи 2» оказывает услуги в соответствии Правилами оказания услуг (далее — Правила). ООО «Зебра-Мытищи 2», 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.

Согласно пункту 15.1 Правил, ООО «Зебра-Мытищи 2» обязуется самостоятельно определять содержание сообщений, формировать их текст и определять список абонентов и абонентских номеров для отправки сообщений.

При этом в соответствии с разделом 1 Договора 3 под абонентом понимается пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации, являющийся одновременно пользователем услуг ООО «Зебра-Мытищи 2» и обменивающийся с ООО «Зебра-Мытищи 2» сообщениями. Сообщением является информация, отправленная абоненту, которая может быть получена, зафиксирована и доступна для обработки, извлечения и восприятия на абонентском устройстве. Под СПАМом понимается сообщение, предназначенное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту (абонентам) без его (их) предварительного согласия или не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного имени отправителя.

В силу пункта 3.2.2 Договора 3 ООО «Зебра-Мытищи 2» обязано в случаях, предусмотренных законом, получить от абонента, которому ООО «Зебра-Мытищи 2» 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 «Зебра-Мытищи 2» не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно пункту 12.1 Правил не допускается со стороны ООО «Зебра-Мытищи 2» отправлять через систему спам-сообщения, сообщения оскорбительного или клеветнического характера, сообщения, разжигающие национальную, расовую или религиозную рознь, сообщения порнографической

направленности, сообщения, нарушающие нормы, действующего законодательства Российской Федерации.

Также согласно пункту 15.2 Правил ООО «Зебра-Мытищи 2» обязуется сообщать в течение 1 (Один) рабочего дня ООО «СМС Трафик» абонентские номера абонентов, выразивших отказ от получения сообщений от ООО «Зебра-Мытищи 2», для включения ООО «СМС Трафик» данных номеров в стоп-лист абонентов.

Согласно пункту 3.3.1 Договора 3 ООО «СМС Трафик» вправе в случаях, предусмотренных законом, требовать от ООО «Зебра-Мытищи 2» предоставления ООО «СМС Трафик», оператору или уполномоченному органу государственной власти документа, подтверждающего согласие абонента, указанное в пункте 3.2.2 Договора 3.

При этом в соответствии с пунктом 5.4 Договора 3 в случае нарушения условий пункта 12 Правил, ООО «СМС Трафик» немедленно приостанавливает оказание услуг. Кроме того, в силу пункта 7.3 Договора 3 при нарушении ООО «Зебра-Мытищи 2» пункта 12 Правил ООО «СМС Трафик» имеет право немедленно в одностороннем внесудебном порядке отказаться от исполнения Договора 3.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «Зебра Мытищи 2» к ООО «СМС Трафик», от него последовательно к АО «МегаЛабс», ПАО «Мегафон» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

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

Согласно статье 309 Гражданского кодекса обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 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.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 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 выше установленных действий Обратного ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра

Мытищи 2» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

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 Обратного ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 2» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Таким образом Обратного ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 2» являются рекламодателями рекламы:

1. «ТОЛЬКО 3 ДНЯ ФИТНЕС+БАССЕЙН с ЕЖЕМЕСЯЧНОЙ оплатой 2100/мес 84996539986», поступившего 06.02.2018 в 15:32 от отправителя ZEBRA;

2. «ВНИМАНИЕ Сегодня-ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ 2100р/мес ЕЖЕМЕСЯЧНО 84951504630», поступившего 08.01.2018 в 14:58 от отправителя ZEBRA.

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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 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 приняты Комиссией Московского УФАС России в связи со следующим.

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

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

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

Как установлено выше, лицами, участвующими в деле, осуществляется

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

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

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

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

По мнению ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», в связи с тем, что Общества не осуществляют непосредственное направление смс-сообщений абонентам, по их мнению, нарушения части 1 статьи 18 в их действиях отсутствуют.

Между тем Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что само по себе наличие вышерассмотренных договоров является свидетельством осуществления ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик» определенных действий направленных на доведение рекламы до ее получателей, а равно наличия у Обществ статуса рекламодателей.

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 пунктом 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 (пунктом 3 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), запрету на злоупотребление правом (пункт 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Из совокупного токования положений рассмотренных договоров с очевидностью усматривается, что оказываемые ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик» услуги используются, в том числе, в целях рекламного характера для продвижения услуг ООО «Зебра на Бакунинской» и привлечения к ним максимально возможного внимания со стороны потенциальных потребителей. Таким образом ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи SMS-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях таких звеньев, как оператор связи и иные посредники, предоставляющие доступ к различным программам по отправке SMS-сообщений, сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Оценивая приведенные договоры, следует признать, что ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик» 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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик» являлись неотъемлемой частью единой цепочки лиц, осуществлявших действия по доведению рекламы до абонента и обладают статусом рекламораспространителей.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 2» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы:

1. «ТОЛЬКО 3 ДНЯ ФИТНЕС+БАССЕЙН с ЕЖЕМЕСЯЧНОЙ оплатой 2100/мес 84996539986», поступившего 06.02.2018 в 15:32 от отправителя ZEBRA;

2. «ВНИМАНИЕ Сегодня-ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ 2100р/мес ЕЖЕМЕСЯЧНО 84951504630», поступившего 08.01.2018 в 14:58 от отправителя ZEBRA, направленной без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении

указанной рекламы, ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 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, спорное сообщение было распространено 08.01.2018 и 06.02.2018.

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 «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 2» нарушившими часть 1 статьи 18 Закон о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством смс-сообщений рекламы:

«ТОЛЬКО 3 ДНЯ ФИТНЕС+БАССЕЙН с ЕЖЕМЕСЯЧНОЙ оплатой 2100/мес 84996539986», поступившего 06.02.2018 в 15:32 от отправителя ZEBRA;

«ВНИМАНИЕ Сегодня-ПОСЛЕДНИЙ ДЕНЬ АКЦИИ 2100р/мес ЕЖЕМЕСЯЧНО 84951504630», поступившего 08.01.2018 в 14:58 от отправителя ZEBRA, направленной без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Выдать ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ООО «Зебра Мытищи 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

П.В. Олейник

Члены Комиссии

Н.С. Уварова

А.А. Калашникова