

39347/18 от 16.08.2018

ПАО «Мегафон»

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

АО «МегаЛабс»

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

request@megalabs.ru

ООО «ДЭНИ КОЛЛ»

Новокузнецкая ул., д. 67, оф. 32/2,
Краснодарский край,
г. Краснодар, 350015

ООО «СМС-Центр»

Семьи Шамшиных ул., д. 64, оф. 706,
г. Новосибирск, 630005

ООО «СМС Аэро»

Маршала Жукова, д. 21,
г. Омск, 644024

Набережная Тухачевского, д. 16, кв. 37,
г. Омск, 644099

**ООО «Спорт Сооружения на
Ткацкой»**

Ткацкая ул., д. 15, стр. 1, пом. VI,
г. Москва, 105318

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-197/77-18

«07» 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, Комиссия, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии: <...>, членов Комиссии: <...>, <...>, рассмотрев дело № 3-18-197/77-18, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы:

«29-31 октября лучшее предложение этого сезона! Круглосуточный фитнес 27900 в год! Или плати раз в месяц 2990! Звони! 84953080144 Ткацкая, 5», поступившей 26.10.2017 в 10:53 от отправителя «FitnessСССР»;

«20-23 Декабря! К Новому году Фитнес карта 20900! 84953080144 Ткацкая5», поступившей 18.12.2017 в 16:42 от отправителя «FitnessСССР»;

«Лови момент! Всего 10 фитнес карт-20900! Звони 84953080144 Ткацкая5», поступившей 27.12.2017 в 13:18 от отправителя «FitnessСССР».

с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в отсутствие представителей ПАО «Мегафон», АО «Мегалабс», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр», ООО «СМС Аэро», ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-197/77-18 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон» (ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560), АО «Мегалабс» (ОГРН 1057747083767; ИНН 7713556058); ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (ОГРН 1144345040883; ИНН 4345404971); ООО «СМС-Центр» (ОГРН 1155476129412; ИНН 5406596785); ООО «СМС Аэро» (ОГРН 1155543029619; ИНН 5507109692); ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой» (ОГРН 5157746174053; ИНН 7719433824) на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы:

«29-31 октября лучшее предложение этого сезона! Круглосуточный фитнес 27900 в год! Или плати раз в месяц 2990! Звони! 84953080144 Ткацкая, 5», поступившей 26.10.2017 в 10:53 от отправителя «FitnessСССР»;

«20-23 Декабря! К Новому году Фитнес карта 20900! 84953080144 Ткацкая5», поступившей 18.12.2017 в 16:42 от отправителя «FitnessСССР»;

«Лови момент! Всего 10 фитнес карт-20900! Звони 84953080144 Ткацкая5», поступившей 27.12.2017 в 13:18 от отправителя «FitnessСССР», с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

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» 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, КПП 770601001.

АО «МегаЛабс» 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, КПП 770601001.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 26.12.2014 за основным государственным регистрационным номером 1144345040883, ИНН 4345404971, КПП 231001001.

ООО «СМС-Центр» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 26.11.2015 за основным государственным регистрационным номером 1155476129412, ИНН 5406596785, КПП 540601001.

ООО «СМС Аэро» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 03.08.2015 за основным государственным регистрационным номером 1155543029619, ИНН 5507109692, КПП 550301001.

ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.12.2015 за основным государственным регистрационным номером 5157746174053, ИНН 7719433824, КПП 771901001.

Поступление указанной рекламы на номер телефона +7-926-466-88-86 подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем 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 акциях фитнес-клуба Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки смс-сообщений на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-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 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 Высшего Арбитражного Суда 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 рекламораспространителя. 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.

Подтверждения наличия согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламы сторонами по делу не представлено.

ООО «Спорт сооружения на Ткацкой» представлена анкета, заполненная другим физическим лицом, который в качестве контакта оставил номер <...>, а также подписал согласие на обработку персональных данных.

Однако исходя из материалов дела, лицо, которое заполняло вышеуказанную анкету, не является абонентом телефонного номера <...>.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламы от ООО «Спорт сооружения на Ткацкой».

Исходя из материалов дела № 3-18-83/77-18, 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-ДЕНИКОЛЛ-01072016 от 01.07.2016, заключенного между АО «МегаЛабс» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (далее — Договор 2);
- Партнерского договора № 106/SMS от 01.01.2017, заключенного между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр» (далее — Договор 3);
- Договора оказания услуг № 409671 от 29.09.2015, заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «СМС Аэро» (далее — Договор 4);
- Договора возмездного оказания услуг № 1710-000973 от 16.10.2017, заключенного между ООО «СМС Аэро» и ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой» (далее — Договор 5).

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.

Согласно пункту 2.1 Договора 2, АО «МегаЛабс» обязуется оказывать ООО «ДЭНИ КОЛЛ» за вознаграждение услуги, а АО «МегаЛабс» обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные соглашением и приложением к нему.

В соответствии с пунктом 3.1 Договора 2 в рамках оказания услуги АО «МегаЛабс» обязуется предоставить ООО «ДЭНИ КОЛЛ» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» среди абонентов.

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

В силу пункта 3.2 Договора 1 размещение РИМ ООО «ДЭНИ КОЛЛ» среди абонентов может осуществляться исключительно с использованием подписи. Согласно разделу 1 Договора 1 под подписью понимается индивидуальная символьная подпись, выбранная ООО «ДЭНИ КОЛЛ» для указания в качестве имени отправителя при размещении РИМ, которая будет отображена абоненту в получаемом SMS-сообщении. В качестве подписи отправителя может использоваться цифровой идентификатор. Цифровым идентификатором является комбинация цифр, которая на основании отдельного соглашения, заключенного между оператором и ООО «ДЭНИ КОЛЛ», присваивается ООО «ДЭНИ КОЛЛ» 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 «ДЭНИ КОЛЛ» в случае возникновения необходимости осуществления рассылки РИМ формирует SMS-сообщение с помощью интерфейса. Действия доверенного лица, то есть третьего лица, которому ООО «ДЭНИ КОЛЛ» 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 «ДЭНИ КОЛЛ».

Согласно пункту 3.6 Договора 2 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов ООО «ДЭНИ КОЛЛ» ООО «ДЭНИ КОЛЛ» 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 «ДЭНИ КОЛЛ» 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 «ДЭНИ КОЛЛ» обязуется использовать в интерфейсе только те абонентские номера, по которым ООО «ДЭНИ КОЛЛ» получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия абонента на получение РИМ от ООО «ДЭНИ КОЛЛ» ООО «ДЭНИ КОЛЛ» 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 «ДЭНИ КОЛЛ» ООО «ДЭНИ КОЛЛ» 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 «ДЭНИ КОЛЛ», 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 «ДЭНИ КОЛЛ»; они не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 3 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязуется оказывать ООО «СМС-Центр» услуги путем предоставления доступа к сервису рассылки SMS-сообщений ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и обеспечению возможности пользования сервисом ООО «ДЭНИ КОЛЛ» для самостоятельной отправки

ООО «СМС-Центр» SMS-сообщений абонентам, а ООО «СМС-Центр» обязуется принимать и оплачивать оказанные ООО «ДЭНИ КОЛЛ» услуги в соответствии с условиями Договора 3.

При этом в соответствии с разделом 1 Договора 3 под абонентом понимается физическое лицо, индивидуальный предприниматель или юридическое лицо, пользующееся услугами оператора на основании договора об оказании соответствующих услуг с выделением для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации. SMS-сообщением является короткое сообщение, которое может быть принято Абонентом на абонентское устройство. СПАМом является рассылка SMS-сообщений рекламного или иного характера, осуществляемая на абонентские устройства без предварительного согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно отправителя SMS-сообщений или его содержания (в том числе содержащее ложную информацию). Под услугами понимаются действия ООО «ДЭНИ КОЛЛ» по предоставлению ООО «СМС-Центр» технической возможности отправки на оборудование оператора и далее на абонентское устройство абонентам SMS-сообщений и HLR-запросов.

В соответствии с пунктом 4.3 Договора 3 ООО «СМС-Центр» самостоятельно формирует SMS-сообщения, инициирует отправку SMS-сообщений HLR-запросов, производит выбор конкретных настроек и опций оказания услуг и совершает другие действия в рамках оказания ООО «ДЭНИ КОЛЛ» услуг по Договору 3.

Согласно пункту 3.1 Договора 3 ООО «СМС-Центр» обязуется самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от абонента, на абонентский номер которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в рамках оказания услуг. Также ООО «СМС-Центр» обязуется использовать услуги исключительно в соответствии с общепризнанными нормами международного права, нормами законодательства Российской Федерации и страны места регистрации оператора абонента, включая законодательство о рекламе, об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также социальными, моральными, этическими нормами и принципами, и только для передачи информации абонентам, от которых получено предварительное письменное согласие на получение SMS-сообщений; не использовать права и/или технические возможности, полученные в соответствии с Договором 3, для осуществления действий, запрещенных законодательством Российской Федерации или страной места регистрации оператора абонента (таких как проведение азартных игр, направление абонентам информации без согласия последних на ее получение и

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

В соответствии с пунктами 3.4.4 и 11.4 Договора 3 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» вправе приостанавливать от оказание услуг с последующим отказом от исполнения Договора 3 в одностороннем внесудебном порядке в том числе в случае нарушения ООО «СМС-Центр» вышеуказанных условий Договора 3.

Согласно пункту 2.1 Договора 4 ООО «СМС-Центр» предоставляет ООО «СМС Аэро» услуги доступа к сервису smsc.ru для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, а также для интеграции сервисов ООО «СМС Аэро» для отправки и приема сообщений через API в соответствии с правилами предоставления услуг, действующими тарифами ООО «СМС-Центр», согласованными сторонами и на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 95480 от 26.01.2012, выданной ООО «СМС-Центр» Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

В соответствии с пункт 2.2 Договора , при пользовании услугами ООО «СМС Аэро» самостоятельно без участия ООО «СМС-Центр» формирует базу телефонных номеров абонентов (адресов электронной почты) для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора.

При этом в соответствии с пунктом 1.11 Договора 4, под абонентом понимается физическое или юридическое лицо, пользующееся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из операторов связи.

В соответствии с пунктом 3.2.1 Договора 4, ООО «СМС Аэро» обязано соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении Договора в отношении использования услуг, требования законодательства других стран, в которые выполняется рассылка сообщений, а также норм международного права.

Согласно пункту 3.2.3 Договора 4, ООО «СМС Аэро» в обязан в обязательном порядке получить от абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующим этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщений, в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

В соответствии с пунктом 3.2.5 Договора 4, ООО «СМС Аэро» обязано не использовать подключение к сервису smsc.ru, в том числе для рассылки СПАМа.

Согласно пункту 1.10 Договора 4, под СПАМом понимается рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная без предварительного согласия Абонентов или адресатов, а также рассылка, вводящая абонентов или адресатов в заблуждение относительно содержания сообщений или их отправителя.

В соответствии с пунктом 3.3.1 Договора 4, ООО «СМС-Центр» вправе блокировать личный кабинет ООО «СМС Аэро» при рассылки последним сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5 Договора 4.

Согласно пункту 2.1 Договора 5, ООО «СМС Аэро» обязуется оказать ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой» услуги технической поддержки обеспечения взаимодействия между ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой» и операторами сотовой связи посредством электронного интерфейса, принадлежащего исполнителю.

В соответствии с пунктом 2.2 Договора 5, используя электронный интерфейс, ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой» самостоятельно формирует поручение на отправку sms-сообщений к исполнению оператором связи.

Согласно пункту 3.4 Договора 5, ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой» обязуется формировать поручения на отправку sms-сообщений при наличии согласия на получение таких сообщений от получателей сообщений. ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой» самостоятельно и за свой счет предварительно получает такие согласия, урегулирует претензии любых третьих лиц, в том числе получателей сообщений, органов государственной власти по всем вопросам, вытекающим из условий Договора 5.

В соответствии с пунктом 3.6 ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой» обязуется не формировать поручения для оператора связи о направлении sms-сообщений, которые не соответствуют действующему законодательству, в том числе: спам, сообщения, содержащие недостоверную информацию или ненормативную лексику, sms-сообщения мошеннического характера и др.

Согласно пункту 4.2.5 Договора 5 ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой» обязано не производить рассылку спама, нежелательных sms-сообщений, sms-сообщений рекламного характера, если от абонента не было получено предварительное согласие на их получение.

При этом согласно пункту 1.12 Договора 5 под СПАМом понимается электронное сообщение, предназначенное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту и (или) пользователю без их предварительного согласия и не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе ввиду

указания на нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя.

В соответствии с пунктом 4.2.6 Договора 5 ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой» обязано осуществлять отправку sms-сообщений только тем абонентам, которые выразили свое согласие на получение отправляемых sms-сообщений в любой законной форме.

Согласно пункту 5.2 Договора 5 в случае невыполнения ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой» обязательств, предусмотренных пунктами 3.4., 3.6, 4.2.5, 4.2.6, 4.2.7, и 4.2.8 Договора 5, ООО «СМС Аэро» вправе заблокировать доступ к электронному интерфейсу ООО «Спортивные Сооружения на Ткацкой».

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение sms-сообщений осуществляется ПАО «Вымпелком» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей, что стороной по делу не оспаривается.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение sms-сообщений осуществляется путем их передачи последовательно от ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», 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 sms-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

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

ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

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

получение.

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

Обратного ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям. Дополнительным квалифицирующим признаком является также и то, что заявителем направлялось заявление в адрес рекламодателя с требованием прекратить рекламную рассылку на его телефонный номер.

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 ГК РФ не подлежит 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 ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон», приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон» 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 рекламы на телефонный номер <...> от отправителя «FitnessСССР» 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.

На основании изложенного, ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон» являются рекламодателями рекламы:

«29-31 октября лучшее предложение этого сезона! Круглосуточный фитнес 27900 в год! Или плати раз в месяц 2990! Звони! 84953080144 Ткацкая, 5», поступившей 26.10.2017 в 10:53 от отправителя «FitnessСССР»;

«20-23 Декабря! К Новому году Фитнес карта 20900! 84953080144 Ткацкая5», поступившей 18.12.2017 в 16:42 от отправителя «FitnessСССР»;

«Лови момент! Всего 10 фитнес карт-20900! Звони 84953080144 Ткацкая5», поступившей 27.12.2017 в 13:18 от отправителя «FitnessСССР».

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, ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, в материалы дела 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 ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон» предписания 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 ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы:

«29-31 октября лучшее предложение этого сезона! Круглосуточный фитнес 27900 в год! Или плати раз в месяц 2990! Звони! 84953080144 Ткацкая, 5», поступившей 26.10.2017 в 10:53 от отправителя «FitnessСССР»;

«20-23 Декабря! К Новому году Фитнес карта 20900! 84953080144 Ткацкая5», поступившей 18.12.2017 в 16:42 от отправителя «FitnessСССР»;

«Лови момент! Всего 10 фитнес карт-20900! Звони 84953080144 Ткацкая5», поступившей 27.12.2017 в 13:18 от отправителя «FitnessСССР».

2. Выдать ООО «Спорт Сооружения на Ткацкой», ООО «СМС Аэро», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», АО «Мегалабс», ПАО «Мегафон» предписание 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

<...>

<...>