

Согласно списку адресатов

РЕШЕНИЕ

«07» ноября 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 № 3-18-119/77-18, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы: «ЧЕРНАЯ ПЯТНИЦА!!!Скидка 30%-40%8985199001189858083887 fitform.ru», поступившего 15.11.2017 в 18:36 от отправителя «FitForm», 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 «МТС», ООО «Инновационные технологии», ООО «ЛТРР», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «Фит Форм» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-119/77-18 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ООО «Инновационные технологии», ООО «ЛТРР» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы: «ЧЕРНАЯ ПЯТНИЦА!!!Скидка 30%-40%8985199001189858083887 fitform.ru», поступившего 15.11.2017 в 18:36 от отправителя «FitForm», 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.

Далее определениями по делу № 3-18-119/77-18 к участию в деле в качестве лиц, в чьих действиях также содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе были привлечены ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «Фит Форм».

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 «МТС» 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.

ООО «Инновационные технологии» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.04.2014 за основным государственным регистрационным номером 1147746473676, ИНН 7707833031, КПП 771801001.

ООО «ЛТТР» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 13.09.2013 за основным государственным регистрационным номером 1137847343897, ИНН 7839484348, КПП 783901001.

ООО «ДиСиАй Проджектс» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 29.11.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107847396117, ИНН 7839435372, КПП 783901001.

ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 27.07.2016 за основным государственным регистрационным номером 1167847306220, ИНН 7814659162, КПП 781401001.

ООО «Фит Форм» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 18.02.2016 за основным государственным регистрационным номером 1167746179039, ИНН 7722355654, КПП 772001001.

Согласно материалам дела № 3-18-119/77-18 рассматриваемая реклама поступила на телефонный номер <...> 15.11.2017 в 18:36 от отправителя «FitForm».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается

фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем в материалы дела, а также материалами, представленными ПАО «МТС», ООО «Инновационные технологии», ООО «ЛТРР», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ».

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, проводимой ООО «Фит Форм», 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 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.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить, что предоставленное рекламодателю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны рекламодателей, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Стороны ссылаются на то, что согласие было получено от абонента путем подписания им 13.09.2016 анкеты на получение карты ООО «Фит Форм», в которой Пантелеева Н.А. выражает согласие на передачу всех сведений для получения рекламной информации в sms и на электронный почтовый адрес.

Однако в своем заявлении Пантелеева Н.А. утверждает, что никогда не пользовалась услугами ООО «Фит Форм». Также заявитель 15.09.2018 (до направления спорного сообщения) отправила через официальную группу «Фитнес клуб Fitform Фитформ в Реутове» в социальной сети «В контакте» требование о прекращении направления на ее телефонный номер рекламных сообщений. При этом в ответе на указанное обращение заявителя было указано, что для рассылки ООО «Фит Форм» пользуется услугами третьих лиц и не обладает информацией о номерах, на которые она осуществляется.

Более того, анализируя представленные в дело документы и сведения,

представленные ответчиками и заявителем, Комиссией Московского УФАС России были выявлены различия между почерком и подписью заявителя в согласии на обработку персональных данных, представленного в Московское УФАС России, с почерком и подписью приложенной Анкеты.

Таким образом, в связи с совокупностью вышеуказанных фактов и обстоятельств, в данном конкретном случае Московским УФАС России не подтверждено надлежащее согласие абонента на распространение рекламы от ПАО «МТС», ООО «Инновационные технологии», ООО «ЛТТР», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «Фит Форм».

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «МТС», ООО «Инновационные технологии», ООО «ЛТТР», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «Фит Форм» информации о наличии либо отсутствие согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на распространение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-119/77-18, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

- договор об оказании услуг № <...>, заключенный между ООО «Фит Форм» и ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ» (далее — Договор);
- договор № <...>, заключенный между ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ» и ООО «ДиСиАй Проджектс» (далее — Договор 1);
- договор № <...>, заключенный между ООО «ДиСиАй Проджектс» и ООО «Инновационные технологии» (Договор 2);
- агентский договор № <...>, заключенный между ООО «Инновационные технологии» и ПАО «МТС» (Договор 3).

В соответствии с пунктом 1.1. Договора, ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ» оказывает за плату ООО «Фит Форма» услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающего формирование, доставку и подтверждение о доставке sms-сообщений в течение определенного периода.

Согласно пункту 3.2.2 Договора 1, ООО «Фит Форма» обязано получить от адресата, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией ООО «Фит Форма», письменное или устное согласие на получение таких сообщений.

В соответствии с пунктом 4.1.1 Договора, ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ» вправе блокировать оказание услуг ООО «Фит Форма» в системе при рассылке ООО «Фит Форма» sms-сообщений, соответствующих признакам спама, sms-сообщений оскорбительного или клеветнического характера, разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь, SMS-сообщений порнографической направленности.

При этом в соответствии с пунктом 2.7 Договора, под спамом

понимается рассылка sms-сообщений рекламного характера, которая осуществлена на мобильные телефоны абонентов без предварительного согласия абонентов или заведомо вводящая абонентов в заблуждение относительно характера этих sms-сообщений или их отправителя.

Согласно пункту 1.1 Договора 1, ООО «ДиСиАй Проджектс» предоставляет ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ» услуги по доступу к системе для формирования и отправки sms-сообщений на мобильные терминалы абонентов, приема sms-сообщений с мобильных терминалов абонентов в соответствии с правилами предоставления услуг, пользовательским соглашением и действующими тарифами ООО «ДиСиАй Проджектс», согласованными сторонами.

В соответствии с пунктом 2.1.3 Договора 1, ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ» обязано получить от абонента, на мобильный терминал которого планируется отправка sms-сообщений, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение sms-сообщений.

Согласно пункту 2.1.6 Договора 1, ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ» обязано не использовать подключение к системе ООО «ДиСиАй Проджектс» для организации спама, для намеренной передачи сообщений, могущих привести к нарушению работоспособности оборудования ООО «ДиСиАй Проджектс», для массовой передачи сообщений оскорбительного или клеветнического характера, или сообщений, разжигающих национальную, расовую, или религиозную рознь, равно как и не способствовать попыткам подобного использования подключения к оборудованию ООО «ДиСиАй Проджектс» третьими лицами.

В соответствии с пунктом 2.4.1 Договора 1, ООО «ДиСиАй Проджектс» вправе блокировать оказание услуг ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ» в системе при рассылке последним sms-сообщений, соответствующих признакам спама, sms-сообщений оскорбительного, клеветнического характера, разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь, sms-сообщений порнографической направленности.

Согласно пункту 2.1 Договора 2, ООО «Инновационные технологии» предоставляет за плату ООО «ДиСиАй Проджектс» доступ к сервису для самостоятельного осуществления ООО «ДиСиАй Проджектс» отправок созданных, сформированных и изготовленных ООО «ДиСиАй Проджектс» sms, mms-сообщений на мобильные терминалы абонентов через операторов в течение определенного периода в определенном объеме в соответствии с действующими тарифами ООО «Инновационные технологии» и условиями предоставления услуг.

В соответствии с пунктом 3.2.3 Договора 2, ООО «ДиСиАй Проджектс» обязан обеспечить получение от абонента, которому планируется отправка

mms, sms-сообщений, согласие на получение таких mms, sms-сообщений в такой форме, в т.ч. электронной, которая будет являться надлежащей и достаточной, для оператора связи и государственных органов, в целях подтверждения наличия согласия абонента на получение mms, sms-сообщений.

Согласно пункту 3.2.7 Договора 2, ООО «ДиСиАй Проджектс» обязан не использовать подключение к сервису для организации спама.

При этом в соответствии с пунктом 1.6 Договора 2, под спамом понимается рассылка sms-сообщений, mms рекламного характера или содержащих информацию, запрещенную к распространению действующим законодательством РФ, и/или осуществленная абонентам без предварительного согласия абонентов, а также рассылка, вводящая абонентов в заблуждение относительно содержания sms-сообщений, mms или их отправителя.

Согласно пункту 3.3.1 Договора 2, ООО «Инновационные технологии» вправе заблокировать личный кабинет ООО «ДиСиАй Проджектс» при рассылке последним mms, sms-сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1, 3.2.3, 3.2.5, 3.2.6 Договора 2 при условии незамедлительного уведомления ООО «ДиСиАй Проджектс».

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 3, ПАО «МТС» поручает, а ООО «Инновационные технологии» обязуется от своего имени, но за счет ПАО «МТС» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказанию услуги заказчикам рассылки.

При этом согласно пункту 1.3 Договора 3, под услугой понимается рассылка sms-сообщений от заказчиков рассылки пользователям и связанные с ней дополнительные услуги.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 3, ООО «Инновационные технологии» до начала оказания услуг обязано получить от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений, - рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи.

Согласно пункту 3.5.4 Договора 3, ПАО «МТС» вправе в случае нарушения ООО «Инновационные технологии» пунктов 2.1.4, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.6 и 3.3.8 Договора 3 приостановить оказание услуги, исполнение поручения до полного устранения ООО «Инновационные технологии» выявленных нарушений, которые должны быть устранены в течение 30 календарных дней со дня выявления нарушения.

В соответствии с пунктом 1.1 Приложения № 1 к Договору 3 (далее — Приложение), оборудование ООО «Инновационные технологии» принимает заявки на рассылку заказчиков в формате, предусмотренном оборудованием ООО «Инновационные технологии», проверяет их соответствие условиям к рассылкам Договора 3, исключает те рассылки, которые не соответствуют требованиям договора.

Согласно пункту 1.3 Приложения, оборудования ПАО «МТС» передает sms-сообщения на номер пользователя в течение 15 секунд с момента получения sms-сообщения от оборудования ООО «Инновационные технологии».

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи последовательно от ООО «Фит Форм» к ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», 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 делает 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 «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» 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 «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям. Дополнительным квалифицирующим признаком является также и то, что заявителем направлялось заявление в адрес рекламораспространителя 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 «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» 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 «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» 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 <...> посредством СМС-сообщения рекламы: «ЧЕРНАЯ ПЯТНИЦА!!!Скидка 30%-

40%8985199001189858083887 fitform.ru», поступившего 15.11.2017 в 18:36 от отправителя «FitForm» 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 определенное распространителя рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности им относительно ее содержания.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> осуществлено в силу имеющихся между ООО «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу и исключительно в совокупности которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий данными лицами рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ООО «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» являются рекламодателями рекламы «ЧЕРНАЯ ПЯТНИЦА!!! Скидка 30%-40%8985199001189858083887 fitform.ru», поступившей 15.11.2017 в 18:36 от отправителя «FitForm».

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 «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» 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.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 15.11.2017 в 18:36 рекламы на телефонный номер <...> от отправителя «FitForm» без предварительного согласия абонента на ее получение.

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 «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» 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 ООО «Фит Форм», ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС»

нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы: «ЧЕРНАЯ ПЯТНИЦА!!!Скидка 30%-40%8985199001189858083887 fitform.ru», поступившей 15.11.2017 в 18:36 от отправителя «FitForm», без согласия абонента на её получение.

2. Прекратить производство по делу в отношении ООО «ЛТТР».

3. Выдать ООО «Фит Форм» к ООО «МЕДИА КОНТЕКСТ», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «Инновационные технологии», ПАО «МТС» 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: <...>,

тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. <...>)