

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-6040/2020

г. Москва

Резолютивная часть оглашена «15» июля 2020 года.
Изготовлено в полном объеме «28» августа 2020 года.

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) в составе:

председателя Комиссии: <...>ой,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-6040/2020, возбужденное в отношении ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденина Романа Викторовича по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя MirUdach.ru рекламы следующего содержания:

«Новые участки с видом на лес! Уже в продаже! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 23.05.2019 в 11:01;

«Участки с коммуникациями на Юге Подмосковья! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 06.06.2019 в 11:05;

«В продаже появились новые интересные участки! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 20.06.2019 в 11:03;

«Очаровательные участки по специальной цене! mirudach.ru +74957419477», поступившей 18.07.2019 в 11:01;

«Летние цены на участки с коммуникациями! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 15.08.2019 в 11:45;

«Участки в Подмосковье в красивых местах! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 29.08.2019 в 11:02;

«Успей купить классный участок по летним ценам! mirudach.ru 84957419477», поступившей 12.09.2019 в 11:05;

«В продаже появились большие участки! Акция! mirudach.ru +74957419477», поступившей 10.10.2019 в 12:01,

в отсутствие ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденина Р.В. (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-6040/2020 возбуждено в отношении



ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденина Р.В. на основании заявления физического лица по факту распространения посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя MirUdach.ru следующей рекламы:

«Новые участки с видом на лес! Уже в продаже! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 23.05.2019 в 11:01;

«Участки с коммуникациями на Юге Подмосковья! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 06.06.2019 в 11:05;

«В продаже появились новые интересные участки! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 20.06.2019 в 11:03;

«Очаровательные участки по специальной цене! mirudach.ru +74957419477», поступившей 18.07.2019 в 11:01;

«Летние цены на участки с коммуникациями! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 15.08.2019 в 11:45;

«Участки в Подмосковье в красивых местах! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 29.08.2019 в 11:02;

«Успей купить классный участок по летним ценам! mirudach.ru 84957419477», поступившей 12.09.2019 в 11:05;

«В продаже появились большие участки! Акция! mirudach.ru +74957419477», поступившей 10.10.2019 в 12:01.

От ПАО «Вымпелком» поступило ходатайство от 11.06.2020 (вх. № 44039-ЭП/20 от 25.06.2020) о рассмотрении дела в отсутствие представителей Общества.

В своих письменных пояснениях ПАО «Вымпелком» также обращает внимание на то, что Письмом ФАС России от 03.04.2020 № ИА/27895/20 «О дистанционном рассмотрении жалоб, проведении внеплановых проверок, рассмотрении обращений о включении сведений в отношении участников закупок, поставщиков (подрядчиков, исполнителей) в реестр недобросовестных поставщиков» установлен перечень контрольных мероприятий в отношении субъектов контроля, осуществляемых в дистанционном режиме. При этом, как верно указано ПАО «Вымпелком», в указанный перечень не были включены мероприятия, направленные на реализацию прав при рассмотрении антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, поскольку данное письмо касается иных процедур, в частности проводимых в рамках Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Кроме того, данное письмо направлено на обеспечение непрерывного функционирования антимонопольного органа в период нерабочих дней, установленных Указами Президента Российской Федерации от 25.03.2020

№ 206 «Об объявлении в Российской Федерации нерабочих дней», от 02.04.2020 № 239 «О мерах по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)».

Целесообразно отметить, что вышеуказанные меры также распространяются на период, установленный Указом Президента Российской Федерации от 28.04.2020 № 294 «О продлении действия мер по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)».

При этом, данное письмо ФАС России относится к организациям, на которые не распространяется действие Указов, а равно которые не приостанавливали свою деятельность в период объявленных нерабочими дней.

Однако с 12.05.2020 период нерабочих дней отменен на территории Российской Федерации, а с 09.06.2020 на территории города Москвы Указом Мэра от 08.06.2020 № 68-УП «Об этапах снятия ограничений, установленных в связи с введением режима повышенной готовности» отменены ограничения. В частности в соответствии с пунктом 5 данного указа в случае, если настоящим указом не предусмотрено установление уполномоченным органом исполнительной власти города Москвы на основании предписания Управления Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по городу Москве специальных требований, доступ посетителей и (или) работников в здания, строения, сооружения (помещения в них), на территории организаций и индивидуальных предпринимателей возобновляется с соблюдением требований, установленных Управлением Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по городу Москве, указом Мэра Москвы № 12-УМ.

Таким образом, организации, для которых не установлен особый режим функционирования и возобновления работы, например кафе, рестораны, фитнес-клубы, бассейны и т. п., с 09.06.2020 имеют возможность возобновить свою работу в полном объеме с соблюдением мер предосторожности и профилактики распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19).

Кроме того, ПАО «Вымпелком» является оператором связи, который в силу законодательства Российской Федерации и выданных лицензий обязан непрерывно оказывать услуги связи. Общество относится к категории непрерывно действующих организаций (Письмо Минтруда от 27.03.2020 № 14-4/10/П-274П «О дополнении Рекомендаций работникам и работодателям в связи с Указом Президента РФ от 25.03.2020 № 206», Указ Мэра Москвы от 29.03.2020 № 34-УМ).

Комиссия Московского УФАС России была назначена на 15.07.2020, то есть после снятия ограничительных мер на территории города Москвы и возобновления деятельности большинства организаций, за исключением тех, для которых установлен особый режим выхода из таких ограничений.

В соответствии с поручением руководителя Федеральной антимонопольной службы от 12.05.2020 № 01-016-ИА/ПР (далее - Поручение) структурным подразделениям и территориальным органам ФАС России необходимо возобновить в полном объеме рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства, дел о нарушениях законодательства о рекламе, дел об административных правонарушениях, ходатайств в рамках экономической концентрации. При этом согласно Поручению, рассмотрение вышеуказанных дел осуществлять преимущественно с использованием видеоконференцсвязи.

Комиссия приходит к выводу о том, что рассмотрение рассматриваемого дела с использованием видеоконференцсвязи не нарушает процессуальные права лиц, участвующих в деле. В частности стороны по делу не лишены возможности представлять документы и сведения, которые, по их мнению, имеют значение для принятия окончательного решения; давать устные и письменные пояснения, заявлять ходатайства, задавать вопросы, пользоваться иными процессуальными правами. Также лица, участвующие в деле, не были лишены возможности знакомиться с материалами дела.

От лиц, участвующих в деле, также не поступали мотивированные ходатайства или заявления о проведении очного рассмотрения настоящего дела.

Таким образом, процедура рассмотрения настоящего дела посредством видеоконференцсвязи в настоящий момент в полной мере отвечает как интересам сторон по делу, так и публичным интересам по возможному принятию мер для предотвращения распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19).

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

ПАО «Вымпелком» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700166636, ИНН 7713076301, КПП 771301001.

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

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: 770701001.

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: 770701001.

ИП Холоденина Р.В. является индивидуальным предпринимателем, включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей 25.07.2017 за основным государственным регистрационным номером 317502900038275, ИНН 400101123722.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается скриншотами экрана мобильного телефона, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и оператором связи.

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.

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.

Данная текстовая информация направлена на привлечение внимания к услугам по продаже земельных участков, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон 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 рекламы по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный 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.

При этом в случае направления посредством смс-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном абоненте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением продавца, но и систематичность, массовость направления однотипных сообщений и их конечную цель.

Кроме того немаловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару. Не может служить исключением информация от продавца, у которого абонент приобрел товар, услугу и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, поддержанию интереса к нему.

Иное толкование привело бы к тому, что продавцу абонента предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него информации об абоненте и противоречило бы самой сути ограничения, установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исходя из текста смс-сообщений, в которых содержится предложение приобрести земельный участок, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

На основании вышеизложенного установлено, что информация, распространенная посредством смс-сообщений на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку представленная в тексте сообщения информация носит обобщенный характер и способна формировать интерес у широкого круга лица; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

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

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного 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 рекламораспространителя.

При этом из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламы по сетям электросвязи.

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.

Таким образом, учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам, следует руководствоваться более жесткими требованиями и в каждом конкретном случае учитывать именно наличие прямого согласия абонента на получение рекламы.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Следовательно для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно сначала получить такое согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение спорной рекламы ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденину Р.В. он не давал. Доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Факт того, что заявитель является владельцем телефонного номера <...> подтверждается материалами и сведениями, предоставленными ПАО «ВымпелКом», и не оспаривается лицами, участвующими в деле.

На основании вышеизложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что поступившая на телефонный номер <...> от отправителя MirUdach.ru посредством смс-сообщений реклама:

«Новые участки с видом на лес! Уже в продаже! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 23.05.2019 в 11:01;

«Участки с коммуникациями на Юге Подмосковья! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 06.06.2019 в 11:05;

«В продаже появились новые интересные участки! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 20.06.2019 в 11:03;

«Очаровательные участки по специальной цене! mirudach.ru +74957419477», поступившей 18.07.2019 в 11:01;

«Летние цены на участки с коммуникациями! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 15.08.2019 в 11:45;

«Участки в Подмосковье в красивых местах! Mirudach.ru +74957419477»,

поступившей 29.08.2019 в 11:02;

«Успей купить классный участок по летним ценам! mirudach.ru 84957419477», поступившей 12.09.2019 в 11:05;

«В продаже появились большие участки! Акция! mirudach.ru +74957419477», поступившей 10.10.2019 в 12:01, нарушает положения части 1 статьи 18 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 <...> от отправителя MirUdach.ru посредством смс-сообщений вышеуказанной рекламы 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.

Согласно материалам дела указанная реклама распространялась на основании следующих договоров:

- договора № 557897664 от 01.12.2015, заключенного между ПАО «Вымпелком» и ООО «СМС Трафик» (далее — Договор 1);
- договора № 480/13 от 01.11.2013, заключенного между ООО «СМС Трафик» и АО «МегаЛабс» (далее — Договор 2);
- договора № РМИ-МГФ-01012017 от 01.01.2017, заключенного между ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс» (далее — Договор 3);
- договора об оказании услуг связи № 154148790 от 06.09.2018, заключенного между ПАО «МегаФон» и ИП Холодениным Р.В. (далее — Договор 4).

Согласно пункту 1.1 Договора 1 в соответствии с условиями настоящего договора ПАО «Вымпелком» оказывает услуги связи Билайн, а ООО «СМС Трафик» оплачивает на условиях настоящего договора оказанные услуги связи.

В соответствии с пунктом 4.1 Договора 1 ООО «СМС Трафик» обязано использовать только сертифицированное абонентское оборудование в соответствии с существующей инструкцией по его эксплуатации и с учетом особых распоряжений и правил, действующих на определенной территории, а также ограничений в случаях возможного возникновения помех или опасной ситуации. ООО «СМС Трафик» обязано не использовать телефонный номер (в том числе указанные коды идентификации) для проведения массовых рассылок.

В силу пункта 7.4 Договора 1 услуги в случае неисполнения или

ненадлежащего исполнения своих обязанностей, предусмотренных настоящим Договором, ООО «СМС Трафик» несет ответственность перед ПАО «Вымпелком» и обязано возместить ПАО «Вымпелком» в полном объеме убытки, если такое возмещение предусмотрено Правилами и действующим законодательством. Оператор вправе для минимизации возможных убытков в случае действий абонента, предусмотренных пунктом 4.1 Договора 1 и в иных случаях, когда действия ООО «СМС Трафик» или пользователя в явном виде направлены на причинение ущерба ПАО «Вымпелком», приостановить оказание услуг одновременно с направлением письменного уведомления о приостановке оказания услуг.

Согласно пункту 2.1 Договора 2 ООО «СМС Трафик» по заданию АО «МегаЛабс» оказывает последнему услуги доступа к Системе, а также по направлению Сообщений, полученных от АО «МегаЛабс» в системе, абонентам, а АО «МегаЛабс» обязуется оплатить оказанные услуги.

В соответствии с пунктом 1 Договора 2 система SMS Traffic – это принадлежащий ООО «СМС Трафик» комплекс оборудования и программного обеспечения, который позволяет получать, обрабатывать и пропускать в форме различных типов сообщений данные, поступающие от абонента и адресуемые АО «МегаЛабс», а также в обратном порядке, - от АО «МегаЛабс» адресуемые абоненту.

В силу пункта 5.5 Договора 2 в случае обнаружения рассылки СПАМ-сообщений (нарушение условий пункта 12 Правил оказания услуг), ООО «СМС Трафик» немедленно приостанавливает предоставление услуг, затем в течение одного календарного дня уведомляет АО «МегаЛабс» о приостановке услуг и проводит внутреннее расследование с привлечением АО «МегаЛабс».

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 3 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 3 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 3 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 3 размещение РИМ АО «МегаЛабс» среди абонентов может осуществляться исключительно с использованием подписи. Согласно разделу 1 Договора 3 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 3 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 3 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 3 в случае размещения РИМ среди абонентов 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 3 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 3 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 3 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 3 в случае размещения РИМ среди абонентов из базы АО «МегаЛабс» АО «МегаЛабс» обязано по требованию ПАО «Мегафон» предоставить письменное согласие абонента на получение рекламы в течение 3 рабочих дней.

Согласно пункту 4.4 Договора 3 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.

По условиям Договора 4 ПАО «МегаФон» оказывает услуги связи ИП Холоденину Р.В., в том числе услугу «Мегафон таргет».

По Условиям оказания услуги «Мегафон таргет» (далее — Условия) таргетирование — это опция услуги, представляющая собой услугу по аналитической выборке, включающей определенные параметры конечных получателей, соответствующих установленным корпоративным клиентом критериям (пол, возраст, начисления за услуги связи, роуминг, географическая принадлежность, «согласие» и т. п.). под Таргетом «согласие» понимается применяемый при размещении рекламно-информационных материалов среди абонентов из перечня абонентских номеров/адресов электронной почты Корпоративного клиента критерий проверки на наличие согласия конечного получателя на получение рекламы третьих лиц.

Согласно пункту 5.12 Условий использование услуги корпоративным клиентом для размещения рекламно-информационных материалов среди конечных получателей из перечня абонентских номеров/адресов электронной почты корпоративного клиента означает наличие у корпоративного клиента согласия конечного получателя на получение рекламно-информационных

материалов посредством соответствующего канала коммуникации от корпоративного клиента. Согласие должно быть получено в форме, достаточной для идентификации конечного получателя и подтверждения его волеизъявления на получение рекламно-информационных материалов посредством соответствующего канала коммуникации от корпоративного клиента, и должно в обязательном порядке содержать абонентский номер/адрес электронной почты, по которому конечный получатель дал согласие на получение рекламно-информационных материалов через соответствующий канал коммуникации.

Из содержания пункта 5.19 Условий следует, что в случае неисполнения корпоративным клиентом (в настоящем случае ИП Холодениным Р.В.) указанных обязательств ПАО «Мегафон» также вправе ограничить, приостановить или прекратить оказание услуги.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденин Р.В. являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

ПАО «ВымпелКом», [ПАО «Мегафон»](#), АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденин Р.В. в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холодениным Р.В. не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям законодательства 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.

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 ГК РФ предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры, ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденин Р.В. 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 ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденина Р.В. рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Ссылки ПАО «Вымпелком» на 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 договор, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

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

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

По мнению участников дела — юридических лиц, в связи с тем, что Общества не осуществляют непосредственное направление смс-сообщений абонентам, по их мнению, нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе в их действиях отсутствует.

Между тем Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что само по себе наличие выше рассмотренных договоров является свидетельством осуществления ПАО «ВымпелКом», ПАО «МегаФон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холодениным Р.В. 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 ГК РФ 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 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ), запрету на злоупотребление правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).

Из совокупного толкования положений рассмотренных договоров с очевидностью усматривается, что оказываемые ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик» услуги используются, в том числе в целях рекламного характера, для продвижения услуг ИП Холоденина Р.В. и привлечения к ним максимально возможного внимания со стороны потенциальных потребителей.

Таким образом, все лица, участвующие в деле, являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях таких звеньев, как оператор связи и иных посредников, предоставляющих доступ к различным программам по отправке смс-сообщений, сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Оценивая приведенные договоры, следует признать, что ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденин Р.В. в настоящем случае были осведомлены о том, что предоставляемые ими услуги будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.

Обратного ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холодениным Р.В. не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на сторон по делу не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателем.

На основании изложенного ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденин Р.В. являются рекламодателями рекламы, поступившей посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> от отправителя MirUdach.ru.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденина Р.В. выявлено правонарушение, выраженное в распространении на телефонный номер <...> от отправителя MirUdach.ru посредством смс-сообщений рекламы:

«Новые участки с видом на лес! Уже в продаже! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 23.05.2019 в 11:01;

«Участки с коммуникациями на Юге Подмосковья! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 06.06.2019 в 11:05;

«В продаже появились новые интересные участки! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 20.06.2019 в 11:03;

«Очаровательные участки по специальной цене! mirudach.ru +74957419477», поступившей 18.07.2019 в 11:01;

«Летние цены на участки с коммуникациями! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 15.08.2019 в 11:45;

«Участки в Подмоскowie в красивых местах! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 29.08.2019 в 11:02;

«Успей купить классный участок по летним ценам! mirudach.ru 84957419477», поступившей 12.09.2019 в 11:05;

«В продаже появились большие участки! Акция! mirudach.ru +74957419477», поступившей 10.10.2019 в 12:01.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоднину Р.В. предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения

антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденина Р.В. нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя MirUdach.ru посредством смс-сообщений рекламы:

«Новые участки с видом на лес! Уже в продаже! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 23.05.2019 в 11:01;

«Участки с коммуникациями на Юге Подмосковья! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 06.06.2019 в 11:05;

«В продаже появились новые интересные участки! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 20.06.2019 в 11:03;

«Очаровательные участки по специальной цене! mirudach.ru +74957419477», поступившей 18.07.2019 в 11:01;

«Летние цены на участки с коммуникациями! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 15.08.2019 в 11:45;

«Участки в Подмосковье в красивых местах! Mirudach.ru +74957419477», поступившей 29.08.2019 в 11:02;

«Успей купить классный участок по летним ценам! mirudach.ru 84957419477», поступившей 12.09.2019 в 11:05;

«В продаже появились большие участки! Акция! mirudach.ru +74957419477», поступившей 10.10.2019 в 12:01, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ПАО «ВымпелКом», ПАО «Мегафон», АО «МегаЛабс», ООО «СМС Трафик», ИП Холоденину Р.В. 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

<...>a

Члены Комиссии

<...>a

<...>