

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-11637/2020

г. Москва

Резолютивная часть оглашена 23 сентября 2020 года.
Изготовлено в полном объеме 02 октября 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: <...>а,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-11637/2020, возбужденное в отношении АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений от отправителя «Pyaterochka» рекламы следующего содержания:

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4um до 5.11!»,*
поступившей 15.06.2019 в 14:37,

«Получите приз за покупку корма для собак до 8.09 на dogday.pedigree.ru»,
поступившей 08.07.2019 в 17:52,

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4um до 5.08!»,*
поступившей 10.07.2019 в 13:24,

*«Скачайте приложение «Доставка Пятёрочка» и получайте в 10 раз больше баллов на карту **8109 за покупки. Скачать: app.5-delivery.ru»,*
поступившей 31.07.2019 в 08:41,

в присутствии АО «ТД «Перекресток» в лице <...> (по доверенности № 77АГ1164250 от 21.05.2019),

в отсутствие ООО «Девино Телеком» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-11637/2020 возбуждено в отношении АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством смс-сообщений от отправителя «Pyaterochka» рекламы следующего содержания:

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4um до 5.11!»,*
поступившей 15.06.2019 в 14:37,

«Получите приз за покупку корма для собак до 8.09 на dogday.pedigree.ru»,



поступившей 08.07.2019 в 17:52,

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4um до 5.08!»*,
поступившей 10.07.2019 в 13:24,

*«Скачайте приложение «Доставка Пятёрочка» и получайте в 10 раз больше баллов на карту **8109 за покупки. Скачать: app.5-delivery.ru»*,
поступившей 31.07.2019 в 08:41.

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.

АО «ТД «Перекресток» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700034493, ИНН 7728029110, КПП: 772201001.

ООО «Девино Телеком» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 21.09.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107746769162, ИНН 7715829230, КПП: 772101001.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается скриншотами экрана мобильного телефона, а также детализированной выпиской, представленными 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 отдельным товарам, реализуемым в сети магазинов «Пятёрочка», а также к самому магазину, 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 - любое 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.

В рассматриваемой рекламе отсутствуют персональные данные лица, позволяющие определенно идентифицировать ее единственного получателя, на восприятие которого направлена распространенная информация. В связи с чем реклама не имеет ограничений по кругу распространения, исходя из своего содержания.

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.

При этом силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений с несколько отличающимися условиями разным абонентам.

Сам факт автоматического формирования такой информации и направления ее адресату свидетельствует о цели организации по привлечению внимания к собственным услугам, в том числе путем предоставления определенных предложений, бонусов, скидок и т. п., формируемых на основании зарегистрированных в базе данных отдельных абонентов.

Представляется безусловным существенное изменение со временем условий распространения рекламы с использованием автоматизированных систем и иного программного обеспечения, а также учитывая наличие у рекламораспространителя большого объема персональных данных лиц (абонентов). Подобная «клиентоориентированность» и способность видоизменять рекламу под конкретного получателя (адресата) представляется логичным развитием способов распространения рекламы и не может свидетельствовать о нерекламном характере таких сообщений.

Вместе с тем распространяемая посредством смс-сообщений информация об акциях магазина тем клиентам, которые участвуют в бонусной программе, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования.

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 приобретал 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 котором содержится предложение

приобрести товар со скидкой, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

На основании вышеизложенного установлено, что информация, распространенная посредством отправки 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

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

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума 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 распространителю 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 распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Также в соответствии с Письмом ФАС России № АК/13563/16 от 03.03.2016, согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

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.

В рамках дела АО «ТД «Перекресток» представлены письменные пояснения, согласно которым спорная реклама была направлена заявителю в связи с тем, что последним в одном из магазинов «Пятерочка» была получена карта программы лояльности «Выручай-карта», после чего 22.05.2017 в 19:27 заявитель произвел ее активацию и указал данные «<...>, 7789000538308596, Мария, дата рождения 1981.09.02», тем самым выразив согласие с условиями программы лояльности «Выручай-карта» и на получение на свой абонентский номер смс-уведомлений и рассылок от магазинов «Пятерочка».

Также в письменных пояснениях АО «ТД «Перекресток» указывает, что окончание процедуры активации карты «Выручай-карта» возможно только после согласия клиента с Правилами программы лояльности «Выручай-карта» для постоянных покупателей магазинов торговой сети «Пятёрочка» (далее — Правила). При этом, участник программы лояльности может ознакомиться с Правилами как на официальном сайте магазина «Пятерочка» в сети Интернет по адресу <https://5ka.ru/card/>, так и в информационном буклете, который выдается на кассе магазина «Пятерочка».

Согласно пункту 3.5 Правил при регистрации в Программе одним из способов, предусмотренных настоящими Правилами, Участник дает своё согласие: (1) Оператору, а также лицам, входящим с ним в одну группу лиц по смыслу ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции»; (2) ООО «Проктер энд Гэмбл» с правом передачи персональных данных компаниям, входящим в группу компаний «Procter and Gamble», а также другим компаниям-партнерам «Procter and Gamble» для достижения целей,

указанных в пунктах 3.5.1 и 3.5.2.

Согласно пункту 3.5.1 Правил осуществлять с использованием средств автоматизации и/или без таковых обработку всех персональных данных, указанных Участником при регистрации в Программе, в т.ч. в Анкете, включая сбор, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передачу, обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение, а также информации о произведенных Участником покупках, их сумме, способах и средствах их оплаты, в целях, связанных с возможностью предоставления Участнику информации (рекламы), в т.ч. о товарах и/или услугах, о проводимых рекламных акциях, о персональных предложениях, которые потенциально могут предоставлять для Участника интерес, а также в целях сбора, возможностью обеспечения предоставления Участникам Привилегий, предусмотренных Правилами, а также обработки статистической информации и проведения маркетинговых исследований, в том числе с возможностью коммерческого использования результатов данных исследований.

Таким образом, АО «ТД «Перекресток» утверждает о наличии согласия адресата на получение рекламы.

Также устно представителем АО «ТД «Перекресток» пояснено, что согласно данным из внутренней базы абонентом телефонного номера <...> при регистрации выбран один из способов получения рекламы — по смс, что свидетельствует о его волеизъявлении на получение рекламы. Вместе с тем, доказательств того, что в момент регистрации «Выручай-карты» у клиента была возможность отказаться от рекламы (изначально не соглашаться на ее получение) в материалы дела не представлено. В свою очередь, представленные АО «ТД «Перекресток» распечатки из базы данных Общества озвученную представителем позицию не подтверждают, а ранее представленные письменные пояснения и положения Правил регистрации в программе лояльности свидетельствуют об обратном.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя-распространителя.

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. По мнению Комиссии Московского УФАС России, включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора на оказание каких-либо услуг, в данном случае — продажи товаров, противоречит

принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Согласно представленным документам и сведениям, указанные Правила по своей природе являются договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Принятие и согласие с указанными Правилами является необходимым для регистрации в программе лояльности «Выручай-карта» и получения самой карты «Пятерочка» и соответственно для использования данных ресурсов в полном объеме, в том числе для получения скидок/бонусов по карте. Несогласие с вышеуказанными условиями свидетельствует об отказе потребителя от участия в программе лояльности.

Соответственно факт несогласия с вышеуказанными Правилами, в том числе на распространение в адрес клиента рекламы, свидетельствует об отсутствии возможности у потребителя использовать карту «Пятерочки» в полном объеме.

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

При этом оценивая подобный порядок активации в программе лояльности, Комиссия приходит к выводу, что Общество сформировало его таким образом, что у клиента в момент заключения договора отсутствует возможность не соглашаться с получением рекламы на свой телефонный номер.

В данном случае у лица, которое принимает условия Программы, возникает необходимость совершить ряд дополнительных действий для отказа от получения рекламных сообщений. В то время, когда для их получения достаточно лишь пройти процедуру активации бонусной карты. Подобное положение прямо противоречит самой цели правила предварительного получения согласия абонента и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон (электронную почту и т. п.) рекламы.

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 или иными обычно предъявляемыми требованиями.

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.

АО «ТД «Перекресток» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Таким образом, в настоящем случае отсутствует выраженное согласие абонента на получение рекламы, в том числе от конкретного рекламодателя.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что реклама, поступившая на номер телефона <...> от отправителя «Ruaterochka», была направлена в отсутствие надлежащего согласия абонента на ее получение, что 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 <...> посредством СМС-сообщений от отправителя «Ruaterochka» рекламы следующего содержания:

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4um до 5.11!»*, поступившей 15.06.2019 в 14:37,

«Получите приз за покупку корма для собак до 8.09 на dogday.pedigree.ru», поступившей 08.07.2019 в 17:52,

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4um до 5.08!»*, поступившей 10.07.2019 в 13:24,

*«Скачайте приложение «Доставка Пятёрочка» и получайте в 10 раз больше баллов на карту **8109 за покупки. Скачать: app.5-delivery.ru»*, поступившей 31.07.2019 в 08:41, 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 договора № ДТ-К/02653 от 01.02.2017 (далее — Договор),

заключенного между ООО «Девино телеком» и АО «ТД «Перекресток».

В соответствии с пунктом 2.1 Договора ООО «Девино Телеком» оказывает услуги АО «ТД «Перекресток» путем предоставления доступа к личному кабинету пользователя на DEVINO Platform, что позволяет АО «ТД «Перекресток» самостоятельно отправлять на мобильный терминал подписчика сообщения, получать с мобильного терминала подписчика SMS-сообщения, а также формировать статистику по отправленным и полученным сообщениям.

При этом в соответствии с разделом 1 Договора DEVINO Platform является программно-аппаратный комплекс, принадлежащий ООО «Девино Телеком», обеспечивающий техническую возможность оказания АО «ТД «Перекресток» услуг, предусмотренных Договором. SMS-сообщением является короткое текстовое сообщение, которое может быть отправлено и принято абонентом с/на мобильный терминал. Под СПАМом понимается рассылка сообщений без предварительного письменного согласия подписчика, и/или рассылка сообщений подписчикам, выразившим отказ от получения таких сообщений, и/или рассылка сообщений заведомо вводящая подписчиков в заблуждение относительно содержания указанных сообщений/запросов или их отправителя. Подписчиком/абонентом признается физическое или юридическое лицо, пользующееся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из оператора связи, либо использующее электронную почту для получения E-mail-сообщений и выразивший письменное согласие на получение сообщений от заказчика.

Согласно пункту 3.3.2 Договора АО «ТД «Перекресток» обязано самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно получить от абонента на мобильный терминал/электронный почтовый ящик которого планируется отправка сообщений, письменное согласие на получение таких сообщений. Категорически запрещается использование «протянутых» номерных баз для рассылки сообщений (и использованием автоматического перебора номеров).

Также в соответствии с пунктом 3.3.4 Договора АО «ТД «Перекресток» обязано не использовать подключение к DEVINO Platform для рассылки СПАМ-сообщений.

В силу пункта 3.2.2 Договора ООО «Девино Телеком» вправе блокировать личный кабинет АО «ТД «Перекресток» либо приостановить оказание услуг при рассылке последних сообщений, соответствующих признакам СПАМ, сообщений мошеннического, оскорбительного или клеветнического характера, разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь, сообщений порнографической направленности или иным образом нарушающих действующее законодательство Российской Федерации и условия Договора, а также в случаях получения многочисленных жалоб абонентов на рассылки АО «Торговый дом «Перекресток».

Таким образом, и ООО «Девино телеком» и АО «ТД «Перекресток»

являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» 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, АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» 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 вышеупомянутый договор, ООО «Девино телеком» и АО «ТД «Перекресток» приняли на себя все обязательства по указанному договору (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 АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, не законной по способу распространения потребителю рекламы, АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

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 ООО «Девино Телеком», в связи с тем, что Общество не осуществляет непосредственное направление смс-сообщений абонентам, по его мнению, нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе в его действиях отсутствует.

Между тем Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что само по себе наличие выше рассмотренного договора является свидетельством осуществления АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» 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 АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» услуги используются, в том числе в целях рекламного характера, для продвижения услуг ООО «Агроторг», с которым АО «ТД «Перекресток» входит в одну группу лиц, и привлечения к ним максимально возможного внимания со стороны потенциальных потребителей. Таким образом, АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» 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 АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» в настоящем случае были осведомлены о том, что предоставляемые ими услуги будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.

Обратного АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

На основании изложенного АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» являются рекламодателями рекламы, поступившей посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> от отправителя «Pyaterochka».

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» выявлено правонарушение, выраженное в распространении на телефонный номер <...> посредством смс-сообщений от отправителя «Pyaterochka» рекламы следующего содержания:

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4um до 5.11!»,*
поступившей 15.06.2019 в 14:37,

«Получите приз за покупку корма для собак до 8.09 на dogday.pedigree.ru»,
поступившей 08.07.2019 в 17:52,

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4um до 5.08!»,*
поступившей 10.07.2019 в 13:24,

*«Скачайте приложение «Доставка Пятёрочка» и получайте в 10 раз больше баллов на карту **8109 за покупки. Скачать: app.5-delivery.ru»,*
поступившей 31.07.2019 в 08:41.

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 АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» 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 АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> посредством смс-сообщений от отправителя «Pyaterochka» рекламы следующего содержания:

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4шт до 5.11!»,* поступившей 15.06.2019 в 14:37,

«Получите приз за покупку корма для собак до 8.09 на dogday.pedigree.ru», поступившей 08.07.2019 в 17:52,

*«Кэшбэк 15% на карту **8109 за кассеты Gillette Fusion 4шт до 5.08!»,* поступившей 10.07.2019 в 13:24,

*«Скачайте приложение «Доставка Пятёрочка» и получайте в 10 раз больше баллов на карту **8109 за покупки. Скачать: app.5-delivery.ru»,* поступившей 31.07.2019 в 08:41, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать АО «ТД «Перекресток», ООО «Девино Телеком» 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

<...>a

<...>a