

Согласно списку адресатов

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-14971/2021

Резолютивная часть оглашена «24» марта 2022 года
В полном объеме изготовлено « » апреля 2022 года

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) в составе:

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>, <...>,

рассмотрев дело № 077/05/18-14971/2021, возбужденное в отношении ПАО «Вымпелком» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636), ООО «СМС-Центр» (ИНН 7724805644, ОГРН 1117746756489), ООО «Инновационные технологии» (ИНН 7722397559, ОГРН 1177746441840), ИП Чекина А.И. (ИНН 771910214225, ОГРНИП 319508100104863), ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» (ИНН 7751052140, ОГРН 1177746620028) по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы от отправителя «FitnessСССР»:

- «Все включено! Карта 24/7 за 19900+лето в подарок! Звони 84951544945», поступившего 25.05.2021 в 18:35;

- «Только сегодня! Годовая карта 24/7 за 19900! Бронируй 84951544945», поступившего 31.05.2021 в 12:51,

в присутствии представителя ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» (посредством видеоконференцсвязи),

в отсутствие представителей ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекина А.И. (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-14971/2021 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекина А.И., ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы от отправителя «FitnessСССР»:

- «Все включено! Карта 24/7 за 19900+лето в подарок! Звони 84951544945», поступившего 25.05.2021 в 18:35;

- «Только сегодня! Годовая карта 24/7 за 19900! Бронируй 84951544945», поступившего 31.05.2021 в 12:51.

ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» было направлено ходатайство о переносе даты и времени рассмотрения дела № 077/05/18-14971/2021. ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» сообщило, что Определением от 18.01.2022 Общество было привлечено к участию в рассмотрении дела в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, дело было назначено на 24.02.2022. Обществу было предложено предоставить объяснения по существу рассматриваемого дела, а также ряд дополнительных документов. ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» пояснило, что к указанным в Определении от 18.01.2022 месту, дате и времени Общество обеспечило явку своего уполномоченного представителя, однако по неизвестным Обществу причинам представитель не был допущен к рассмотрению дела. В этот же день представителем Общества было направлено ходатайство об ознакомлении с материалами дела. Фактическое ознакомление Общества с материалами дела было произведено только 14.03.2022, то есть менее чем за 10 дней до даты его рассмотрения и менее чем за 5 дней до даты исполнения обязательства по предоставлению запрошенных от Общества документов. В связи с этим Общество считает, что исполнение возложенного на него обязательства в указанные сроки по объективным причинам не предоставляется возможным.

Комиссия Московского УФАС России, рассмотрев ходатайство ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл», приходит к выводу об отказе в его удовлетворении на основании следующего.

В соответствии с пунктом 1 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее — Правила) Правила устанавливают порядок рассмотрения Федеральной антимонопольной службой и ее территориальными органами дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно пункту 26 копии принимаемых антимонопольным органом решений и (или) определений направляются в течение 3 дней со дня принятия такого решения и (или) определения заказным письмом с уведомлением о вручении либо вручаются под расписку лицам, участвующим в деле, или их представителям. Копии таких решений и (или) определений могут быть направлены с использованием средств факсимильной связи, электронной почты или иных средств связи, позволяющих зафиксировать факт их получения адресатом.

Определением об отложении рассмотрения и продлении срока рассмотрения дела № 077/05/18-14971/2021 от 18.01.2022 (исх. № ПО/2716/22 от 20.01.2022) ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» было привлечено к рассмотрению дела в качестве лица, в действиях которого также содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. Также

Определением от 18.01.2022 у Общества был затребован ряд документов и сведений.

Согласно данным «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» на дату рассмотрения дела № 077/05/18-14971/2021 (24.02.2022) Определение от 18.01.2022, направленное заказным письмом по адресу места государственной регистрации ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл», вручено Обществу 14.02.2022 (идентификатор 80092968691112), то есть за 10 календарных (7 рабочих) дней до даты рассмотрения дела № 077/05/18-14971/2021.

Дело № 077/05/18-14971/2021 было назначено к рассмотрению 24.02.2022 в 10:10. В целях исполнения пункта 4.4 Постановления Главного государственного санитарного врача Российской Федерации № 15 от 22.05.2020 «Об утверждении санитарно-эпидемиологических правил СП 3.1.3597-20 «Профилактика новой коронавирусной инфекции (COVID-19)», письма ФАС России № АЦ/27998/20 от 03.04.2020, а также поручения ФАС России № 01-016-ИА/пр от 12.05.2020, рассмотрение дела проходило дистанционно (посредством видеоконференцсвязи), о чем Общество было надлежащим образом уведомлено.

Относительно довода ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» о том, что представитель Общества не был допущен к рассмотрению настоящего дела, Комиссией установлено, что представители ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» на заседание Комиссии, назначенное на 24.02.2022 в 10:10 посредством видеоконференцсвязи, не явились. Ходатайство об очном рассмотрении дела от Общества в адрес Московского УФАС России не поступало. Документы, запрошенные Определением от 18.01.2022, от Общества в Московское УФАС России не поступали. Доказательств подключения к системе видеоконференцсвязи в указанные дату и время Обществом не представлено, равно как и не представлены доказательства недопущения представителя Общества к участию в рассмотрении настоящего дела. В связи с этим Комиссия определила отложить рассмотрение дела. Определением об отложении рассмотрения и продлении срока рассмотрения дела № 077/05/18-14971/2021 от 24.02.2022 (исх. № ФК/12409/22 от 05.03.2022) у ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» были повторно запрошены документы и сведения.

Согласно данным «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» на дату рассмотрения дела № 077/05/18-14971/2021 (24.03.2022) Определение от 24.02.2022, направленное заказным письмом по адресу места государственной регистрации ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл», вручено Обществу 14.03.2022 (идентификатор 80087070145172), то есть за 10 календарных (8 рабочих) дней до даты рассмотрения дела № 077/05/18-14971/2021.

Вместе с тем Обществом не были представлены запрашиваемые Определением от 18.01.2022, Определением от 24.02.2022 документы и сведения, ходатайств о продлении срока предоставления запрошенной информации Обществом в Московское УФАС России не заявлялось. При этом Комиссия отмечает, что в материалы дела со стороны иных лиц, участвующих в деле (ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекиным А.И.), представлены все необходимые документы и

сведения для полного, всестороннего и объективного рассмотрения настоящего дела по существу и вынесения обоснованного решения.

Комиссия также обращает внимание на то, что ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» было направлено ходатайство об ознакомлении с материалами дела № 077/05/18-14971/2021 (вх. № 14556-ЭП/22 от 24.02.2022). Исполнитель по делу и представитель Общества изначально договорились о проведении ознакомления 11.03.2022. Вместе с тем, в назначенные дату и время представитель Общества не явился на ознакомление. Исполнитель по делу повторно связался с представителем Общества и назначил новую дату ознакомления — 14.03.2022, то есть за 10 календарных (8 рабочих) дней до даты рассмотрения настоящего дела.

Таким образом, учитывая тот факт, что Определение от 18.01.2022, которым Общество было привлечено к рассмотрению настоящего дела, было получено 14.02.2022, Определение от 24.02.2022 было получено 14.03.2022, а также учитывая то обстоятельство, что Общество было ознакомлено с материалами дела за 10 календарных дней до даты рассмотрения дела, Комиссия полагает, что ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» было представлено достаточно времени для формирования и направления правовой позиции по настоящему делу, а равно для предоставления запрошенных документов и сведений. Направленное ходатайство о переносе даты и времени рассмотрения дела № 077/05/18-14971/2021 расценивается Комиссией как попытка затягивания Обществом сроков рассмотрения настоящего дела.

На основании вышеизложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии правового основания для удовлетворения данного ходатайства в связи с вышеизложенными обстоятельствами.

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.

Согласно материалам дела № 077/05/18-14971/2021 спорные СМС-сообщения на номер телефона <...> поступили 25.05.2021 в 18:35, 31.05.2021 в 12:51 от отправителя FitnessСССР.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается скриншотом экрана, содержащего текст рассматриваемых сообщений, а также детализированной выпиской, представленной заявителем.

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 телефонного звонка.

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.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы 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 данных СМС-сообщений исключительно на телефонный номер 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 СМС-сообщений, в которых содержится предложение приобрести абонемент в спортивный зал, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

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

Таким образом, информация, распространенная посредством направления 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 лиц; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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

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

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

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал.

В материалы дела представлена скан-копия Анкеты гостевого визита от 20.10.2020, заполненная <...> (далее — Анкета). В Анкете напротив графы «Я хочу получать информацию об услугах компании в виде смс-сообщений на указанный выше номер сотового телефона» лицом, заполнившим данную Анкету, проставлена галочка. Также под данным квадратом лицо, заполнившее Анкету, указало телефонный номер заявителя в качестве контактного. В графе «Меня особо интересует следующая информация» лицом, заполнившим Анкету, проставлены галочки напротив квадратов «Акции, проводимые компанией», «Скидки», «Новости компании».

Комиссией Московского УФАС России установлено, что Анкета, представленная в материалы дела, заполнена другим физическим лицом, который в качестве контакта оставил телефонный номер заявителя <...>. Однако исходя из материалов дела, лицо, которое заполняло вышеуказанную анкету, не является абонентом телефонного номера <...>.

Комиссия также обращает внимание на следующее. В Московское УФАС России поступило заявление абонента телефонного номера <...> по признакам нарушения положений статьи 18 Закона о рекламе при распространении рекламы по сетям электросвязи. По результатам рассмотрения заявления антимонопольным органом были возбуждены дела № 077/05/18-14967/2021, 077/05/18-14971/2021 и 077/05/18-14972/2021. Установлено, что в материалы каждого из дел сторонами представлены Анкеты гостевого визита, в которых в качестве контактного номера телефона указан номер заявителя (+7-964-796-14-20). При этом контактные данные лиц, которые заполняли данные Анкеты, отличаются. Так, в настоящем деле лицом, заполнившим Анкету гостевого визита, является <...>, в деле № 077/05/18-14967/2021 — <...>, в деле № 077/05/18-14972/2021 — <...>

В связи с тем, что в материалы трех разных дел представлены анкеты, подписанные разными лицами, указавшими при этом один и тот же контактный номер, принадлежавший заявителю, Комиссией Московского УФАС России ставится под сомнение достоверность представленных сведений, в том числе достоверность представленной Анкеты гостевого визита.

Более того, Комиссией Московского УФАС России установлено, что условия Анкеты прямо не предусматривают положения о получении предварительного согласия на направление рекламы. В данном случае согласие клиента на получение информационных текстовых сообщений посредством СМС-сообщений не может быть истолковано как согласие на получение рекламы.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламных СМС-сообщений.

Таким образом, при распространении спорной рекламы установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, реклама посредством СМС-сообщений от отправителя «FitnessСССР»:

- «Все включено! Карта 24/7 за 19900+лето в подарок! Звони 84951544945», поступившего 25.05.2021 в 18:35;

- «Только сегодня! Годовая карта 24/7 за 19900! Бронируй 84951544945», поступившего 31.05.2021 в 12:51, с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет 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.

Исходя из материалов дела № 077/05/18-14971/2021, рассматриваемые СМС-сообщения распространялись на основании следующих последовательно заключенных договоров:

- Договор об оказании услуг связи «Билайн» № 572561248 от 22.09.2015 (далее — Договор 1), а также Дополнительное соглашение № 2 от 01.10.2017 (далее — Дополнительное соглашение), заключенные между ПАО «Вымпелком» и ООО «СМС-Центр»;

- Договор оказания услуг № 297647 от 07.06.2017, заключенный между ООО «СМС-Центр» и ООО «Инновационные технологии» (далее — Договор 2);

- Договор № ИН-015/0106/19 от 21.06.2019, заключенный между ООО «Инновационные технологии» и ИП Чекиным А.И. (далее — Договор 3);

- Договор о предоставлении услуг № А-015-3/19 от 01.08.2019, заключенный между ИП Чекиным А.И. и ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» (далее — Договор 4).

Документально подтвержденной информации об участии иных лиц в распространении рекламных СМС-сообщений в материалы дела не представлено.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 1, ПАО «Вымпелком» оказывает услуги связи Билайн, а ООО «СМС-Центр» оплачивает на условиях Договора оказанные услуги связи.

Согласно пункту 3.2 Договора 1 ПАО «Вымпелком» вправе приостановить оказание услуг ООО «СМС-Центр» в порядке, определенном правилами в случае нарушения ООО «СМС-Центр» действующего законодательства и условий Договора.

Согласно пункту 4.2 Дополнительного Соглашения ООО «СМС-Центр» осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили ООО «СМС-Центр» и/или Партнерам свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений. Также ООО «СМС-Центр» по требованию ПАО «Вымпелком» в течение срока указанного в требовании, но не более 10 (десяти) рабочих дней с даты получения соответствующего запроса предоставляет ПАО «Вымпелком» данные и документы, подтверждающие наличие предварительного согласия пользователей, а также информацию о партнерах, являющихся инициаторами рассылки коротких текстовых сообщений, включая копию договора с партнером. При этом ООО «СМС-Центр» обязуется обеспечить наличие согласия партнера на предоставление данной информации ПАО «Вымпелком» и третьим лицам. Согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления пользователей на получение коротких текстовых сообщений от ООО «СМС-Центр» и/или партнеров.

Согласно пункту 4.7 Дополнительного Соглашения ООО «СМС-Центр» обеспечивает соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании текстов коротких текстовых сообщений и гарантирует, что короткие текстовые сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации, в том числе недобросовестной, недостоверной рекламы/информации, вводящей в заблуждение, побуждающей к совершению противоправных действий и/или призывающей к насилию и жестокости, представляющей собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте, являющейся политической рекламой. При этом в текстах коротких текстовых сообщений не могут быть использованы нецензурные слова и выражения (на любом языке), либо слова им созвучные (орфоэпические), либо иные слова оскорбительного содержания (включая, но, не ограничиваясь, слова, оскорбляющие национальные, религиозные и иные чувства). Также запрещается рассылка коротких текстовых сообщений, содержащих угрозы любого характера, в том числе угрозы применения насилия, причинения материального ущерба. В случае нарушения ООО «СМС-Центр» предусмотренных Соглашением обязательств ПАО «Вымпелком» вправе взыскать с ООО «СМС-Центр» штраф и/или незамедлительно приостановить оказание услуг ООО «СМС-Центр» до устранения ООО «СМС-Центр» упомянутых нарушений, либо расторгнуть Дополнительное Соглашение в одностороннем порядке.

В соответствии с пунктом 4.8 Дополнительного Соглашения в случае нарушения любого из обязательств Соглашения, ПАО «Вымпелком» вправе с

предварительным уведомлением приостановить оказание услуг до устранения ООО «СМС-Центр» соответствующих нарушений. В том числе, до предоставления подтверждения согласия, или расторгнуть Дополнительное Соглашение в одностороннем порядке.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2 ООО «СМС-центр» предоставляет ООО «Инновационные технологии» услуги доступа к сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета. Согласно пункту 2.2 Договора 2 ООО «Инновационные технологии» при пользовании услугами самостоятельно без участия ООО «СМС-центр» формирует базу телефонных номеров абонентов для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями Договора 2.

Согласно пункту 3.2.5 Договора 2 ООО «Инновационные технологии» обязано не использовать подключение к сервису для рассылки СПАМа. При этом, пункт 1.10 Договора 2 устанавливает, что СПАМ — это, в том числе, рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная без предварительного согласия абонентов или адресатов. Также в соответствии с пунктом 3.3.1 Договора 2 ООО «СМС-центр» вправе блокировать личный кабинет ООО «Инновационные технологии» при рассылке последним СПАМа.

В соответствии с пунктом 2.1.1 Договора 3 ИП Чекин А.И. поручает, а ООО «Инновационные технологии» берет на себя обязательства по оказанию услуг по предоставлению ИП Чекину А.И. доступа к КПИ через Личный кабинет для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы ИП Чекина А.И. (информацию о Заказчике или о предоставляемых им услугах), формируемых и отправляемых ИП Чекиным А.И., для дальнейшей отправки сообщений абонентам.

Согласно пункту 1 Договора 3 под абонентами понимаются лица, получающие информацию с помощью сообщений, с использованием СМСЦ Оператора и являющиеся также пользователями услуг сотовой связи стандарта GSM оборудования оператора и сети Интернет, предоставившие ИП Чекину А.И. согласие на получение от него рекламных и/или информационных материалов в сообщениях.

В соответствии с пунктом 3.1.3 Договора 3 ИП Чекин А.И. обязуется самостоятельно определять объект (предмет) рассылки, а также содержание сообщения, получателя, время рассылки. ИП Чекин А.И. также обязуется гарантировать, что сообщения не содержат СПАМ. Также согласно пункту 3.1.4 Договора 3 ИП Чекин А.И. обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. Согласно пункту 1 Договора 3 под СПАМ понимается, в том числе, рассылка сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована ИП Чекиным А.И. без согласия абонентов. Таким образом, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствует, являются СПАМом.

Согласно пункту 3.4.1 Договора 3 ООО «Инновационные технологии» вправе заключать договоры и привлекать к участию в оказании услуг любое лицо или компанию без согласования с ИП Чекиным А.И. При этом, ООО «Инновационные технологии» несет полную ответственность за действия привлекаемых к участию в оказании услуг третьих лиц.

В соответствии с пунктом 2.1.1 Договора 4 ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» поручает, а ИП Чекин А.И. берет на себя обязательства по оказанию услуг по предоставлению ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» доступа к КПИ через Личный кабинет для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» (информацию об Обществе или о предоставляемых им услугах), формируемых и отправляемых ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл», до СМСЦ Операторов для дальнейшей отправки сообщений абонентам.

Согласно пункту 1 Договора 4 под абонентами понимаются лица, получающие информацию с помощью сообщений, с использованием СМСЦ Оператора и являющиеся также пользователями услуг сотовой связи стандарта GSM оборудования оператора и сети Интернет, предоставившие ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» согласие на получение от него рекламных и/или информационных материалов в сообщениях.

В соответствии с пунктом 3.1.3 Договора 4 ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» обязуется самостоятельно определять объект (предмет) рассылки, а также содержание сообщения, получателя, время рассылки. ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» также обязуется гарантировать, что сообщения не содержат не содержат СПАМ. Также согласно пункту 3.1.4 Договора 4 ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. Согласно пункту 1 Договора 4 под СПАМ понимается, в том числе, рассылка сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» без согласия абонентов. Таким образом, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствует, являются СПАМом.

Согласно пункту 3.4.1 Договора 4 ИП Чекин А.И. вправе заключать договоры и привлекать к участию в оказании услуг любое лицо или компанию без согласования с ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл». При этом, ИП Чекин А.И. несет полную ответственность за действия привлекаемых к участию в оказании услуг третьих лиц.

Комиссия приходит к выводу, что само по себе наличие цепочки взаимосвязанных договоров является свидетельством осуществления указанными лицами определенных действий направленных на доведение рекламы до ее получателей, а равно наличия у них статуса рекламодателя.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение рассматриваемой рекламы осуществлялось путем передачи СМС-сообщений последовательно от ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» к ИП Чекину А.И., от ИП Чекину А.И.

к ООО «Инновационные технологии», от ООО «Инновационные технологии» к ООО «СМС-Центр», от ООО «СМС-Центр» к ПАО «Вымпелком» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

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», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекиным А.И., ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» 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», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекин А.И., ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» 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.

Вместе с тем, по смыслу части 1 статьи 18 Закона о рекламе, 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 частью 1 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации принципа юридического равенства участников гражданских правоотношений, либо, наоборот, к злоупотреблению своими правами со стороны участников таких правоотношений, стремящихся одновременно извлечь выгоду из своего незаконного поведения и избежать ответственности за совершенные нарушения, что противоречит законодательно закрепленным принципам добросовестности участников гражданских правоотношений (часть 3 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (часть 4 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), запрету на злоупотребление правом (часть 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

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

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

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.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению СМС-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные

технологии», ИП Чекина А.И., ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» рекламодателями рекламы на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений от отправителя «FitnessСССР»:

- «Все включено! Карта 24/7 за 19900+лето в подарок! Звони 84951544945», поступившего 25.05.2021 в 18:35;

- «Только сегодня! Годовая карта 24/7 за 19900! Бронируй 84951544945», поступившего 31.05.2021 в 12:51.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату - заявителю.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, незаконной по способу распространения потребителю рекламы, сторонами не представлено.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекиным А.И., ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекина А.И., ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений от отправителя «FitnessСССР»:

- «Все включено! Карта 24/7 за 19900+лето в подарок! Звони 84951544945», поступившего 25.05.2021 в 18:35;

- «Только сегодня! Годовая карта 24/7 за 19900! Бронируй 84951544945», поступившего 31.05.2021 в 12:51.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24 ноября 2020 года № 1922 (далее — Правила), 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 приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекину А.И., ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» предписаний о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно распространения рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекина А.И., ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщений рекламы от отправителя «FitnessСССР»:

- «Все включено! Карта 24/7 за 19900+лето в подарок! Звони 84951544945», поступившего 25.05.2021 в 18:35;

- «Только сегодня! Годовая карта 24/7 за 19900! Бронируй 84951544945», поступившего 31.05.2021 в 12:51,

выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Центр», ООО «Инновационные технологии», ИП Чекину А.И., ООО «Спорт Сооружение Бутовомолл» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об

административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии	<...>
Члены Комиссии	<...>
	<...>

<...>