

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-14673/2019

«18» марта 2020 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: <...>ой,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-14673/2019, возбужденное в отношении ПАО «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» 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 MEGUMI рекламы: «20 % скидка на ВСЁ! Только 20 марта! Подробности на www.megumi.ru», поступившей 19.03.2019 в 19:48; «Мегуми-Ломонос 11 июля скидка 30% на всё Новый ассортимент 84994040899», поступившей 10.07.2019 в 20:03,

в присутствии представителя ПАО «МТС» в лице <...> (по доверенности № 0021/19 от 19.03.2019),

в отсутствие ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-14673/2019 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя MEGUMI рекламы: «20 % скидка на ВСЁ! Только 20 марта! Подробности на www.megumi.ru», поступившей 19.03.2019 в 19:48; «Мегуми-Ломонос 11 июля скидка 30% на всё Новый ассортимент 84994040899», поступившей 10.07.2019 в 20:03.

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

ПАО «МТС» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП: 770901001.

ООО «СМС-центр» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 26.09.2011 за основным государственным регистрационным номером 1117746756489, ИНН 7724805644, КПП: 770301001.

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

ООО «НСС» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.08.2016 за основным государственным регистрационным номером 1167847330122, ИНН 7839070121, КПП: 783901001.

ООО «Хоши» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 08.01.2015 за основным государственным регистрационным номером 1157746002930, ИНН 7713389103, КПП: 773601001.

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 предоставлению банковских услуг, 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 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 которых 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 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 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.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение спорной рекламы ПАО «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» он не давал.

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

Из письменных пояснений ООО «Хоши» следует, что пользователь телефонного номера <...> <...> оставила указанный номер 25.02.2019 при заполнении и подписании формы «Анкета любимого клиента», где указано, что она «согласна с тем, что компания может использовать ее личные данные для предоставления ей рекламной информации». Таким образом, из пояснений ООО «Хоши» следует, что спорная реклама была направлена с согласия абонента телефонного номера <...>.

В свою очередь, Комиссией установлено, что <...> не является абонентом телефонного номера <...>, каких-либо доказательств наличия соответствующего согласия именно от абонента телефонного номера <...> (заявителя) сторонами по делу не представлено.

Между тем, на заседании Комиссии представителем ПАО «МТС» было заявлено письменное ходатайство об истребовании у заявителя (абонента телефонного номера <...>) сведений относительно того, заполнял ли заявитель вышеуказанную анкету, передавал ли он свой абонентский номер в пользование третьим лицам, и знакома ли ему <...>

В свою очередь, Комиссия приходит к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения ходатайства ПАО «МТС», поскольку антимонопольный орган располагает достаточными данными для того, чтобы квалифицировать в рассматриваемой рекламе нарушение положений части 1 статьи 18 Закона о рекламе. При этом вероятность, которую допускает ПАО «МТС», что заявитель мог предоставить в пользование свой абонентский номер третьим лицам, представляется необоснованной, поскольку положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе прямо предусматривают необходимость наличия у рекламораспространителя согласия на получение рекламы от абонента или адресата рекламы. Кроме того, согласие от лица, не являющегося владельцем номера (абонента) не является подтверждением соблюдения рекламораспространителем части 1 статьи 18 Закона о рекламе, а равно установление данного факта не может влиять на вынесение окончательного решения по делу.

В данном случае материалами дела подтверждается, что абонентом телефонного номера <...>, а равно адресатом рекламы, является единственное лицо — заявитель, который в поданном в антимонопольный орган заявлении прямо указал, что согласие на получение рекламы на свой телефонный номер отправителю MEGUMI не предоставлял. Желание ПАО «МТС» выяснять дополнительные обстоятельства, которые в данном случае не имеют отношения к предмету рассмотрения дела, направлено на затягивание процедуры рассмотрения дела о нарушении законодательства о рекламе и изыскании всевозможных способов от ухода от возложенной на Общество ответственности.

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.

На основании вышеизложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что поступившая на телефонный номер <...> от отправителя MEGUMI посредством смс-сообщений реклама: «20 % скидка на ВСЁ! Только 20 марта! Подробности на www.megumi.ru», поступившая 19.03.2019 в 19:48; «Мегуми-Ломонос 11 июля скидка 30% на всё Новый ассортимент 84994040899», поступившая 10.07.2019 в 20:03, 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 MEGUMI посредством смс-сообщений рекламы: «20 % скидка на ВСЁ! Только 20 марта! Подробности на www.megumi.ru», поступившей

19.03.2019 в 19:48; «Мегуми-Ломонос 11 июля скидка 30% на всё Новый ассортимент 84994040899», поступившей 10.07.2019 в 20:03, 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 МТС/SMS-2/12122017, заключенного между ПАО «МТС» и ООО «СМС-центр» (далее — Договор 1);
- договора № 304793 от 22.05.2017, заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «ДиСиАй Проджектс» (далее — Договор 2);
- договора № 20170701-9-П-dci от 01.07.2017, заключенного между ООО «ДиСиАй Проджектс» и ООО «НСС» (далее — Договор 3);
- договора на оказание услуг доступа к системе обработки данных № 140/06-17 от 01.06.2017, заключенного между ООО «НСС» и ООО «Хоши».

Согласно пункту 2.1 Договора 1 ПАО «МТС» оказывает ООО «СМС-центр» рассылки sms-рассылку в соответствии с требованиями настоящего договора и приложениями к нему, а заказчик рассылки обязуется оплачивать оказанные услуги sms-рассылки в соответствии с настоящим договором.

В силу пункта 3.3.16 Договора 1 услуги ООО «СМС-центр» до начала оказания своих услуг обязано обеспечить наличие согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений — рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 3.5.2 ПАО «МТС» вправе не отправлять смс-сообщения пользователям, которые отказались от получения смс-сообщений с конкретного номера в рамках оказания ООО «СМС-центр» рассылки sms-рассылки.

Согласно пункту 2.1 Договора 2 в рамках договора ООО «СМС-центр» предоставляет ООО «ДиСиАй Проджектс» доступа к Сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, а также интеграции сервисов ООО «ДиСиАй Проджектс» для отправки и приема сообщений через API в соответствии с Правилами предоставления услуг, действующими Тарифами ООО «СМС-центр», согласованными сторонами и на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 150145 от 26.01.2017.

В силу пунктов 3.2.1, 3.2.4 Договора 2 ООО «ДиСиАй Проджектс» обязуется соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении договора в отношении использования услуг, а также в обязательном порядке получить от абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженного посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщений, в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

В соответствии с пунктом 3.3.1 Договора 2 ООО «СМС-центр» вправе заблокировать личный кабинет ООО «ДиСиАй Проджектс» при рассылке последним сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1, 3.2.4 договора.

Согласно пункту 1.1 Договора 3 ООО «ДиСиАй Проджектс» предоставляет ООО «НСС» услуги по доступу к Системе для формирования и отправки SMS-сообщений на мобильные терминалы абонентов, приема смс-сообщений с мобильных терминалов абонентов в соответствии с правилами предоставления услуг, пользовательским соглашением и действующими тарифами ООО «ДиСиАй Проджектс», согласованными сторонами.

В соответствии с пунктами 2.1.2, 2.1.3 Договора 3 ООО «НСС» обязано соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении настоящего договора в отношении использования услуг, в том числе Закон о рекламе, а также в обязательном порядке получить от абонента, на мобильный терминал которого планируется отправка смс-сообщений, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение смс-сообщений.

Согласно пункту 2.4.1 Договора 3 ООО «ДиСиАй Проджектс» вправе заблокировать оказание услуг ООО «НСС» в системе при рассылке последним смс-сообщений, соответствующих признакам СПАМ.

В силу пункта 1 Договора 4 ООО «НСС» оказывает за плату ООО «Хоши» услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений в течение определенного периода.

В соответствии с пунктом 3.2.2 Договора 4 ООО «Хоши» обязано в обязательном порядке получить от адресата (непосредственно или через клиента ООО «Хоши»), на телефон которого планируется отправка смс-сообщений с информацией ООО «Хоши», согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение смс-сообщений.

Таким образом, ПАО «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» 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 «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» 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 «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» 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 «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» 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 «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Ссылки ПАО «МТС» 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 принята 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 ПАО «МТС», 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 рассмотренных договоров является свидетельством осуществления ПАО «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» 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 «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» услуги используются, в том числе в целях рекламного характера, для продвижения услуг ООО «Хоши» 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 «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» в настоящем случае были осведомлены о том, что предоставляемые ими услуги будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.

Обратного ПАО «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

На основании изложенного ПАО «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» являются рекламораспространителями рекламы, поступившей посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> от отправителя MEGUMI.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» выявлено правонарушение, выраженное в распространении на телефонный номер <...> от отправителя MEGUMI посредством смс-сообщений рекламы: «20 % скидка на ВСЁ! Только 20 марта! Подробности на www.megumi.ru», поступившей 19.03.2019 в 19:48; «Мегами-Ломонос 11 июля скидка 30% на всё Новый ассортимент 84994040899», поступившей 10.07.2019 в 20:03.

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 «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» 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 «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя MEGUMI посредством смс-сообщений рекламы: «20 % скидка на ВСЁ! Только 20 марта! Подробности на www.megumi.ru», поступившей 19.03.2019 в 19:48; «Мегуми-Ломонос 11 июля скидка 30% на всё Новый ассортимент 84994040899», поступившей 10.07.2019 в 20:03, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ПАО «МТС», ООО «СМС-центр», ООО «ДиСиАй Проджектс», ООО «НСС», ООО «Хоши» 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

<...>a