

## РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-5664/2020

г. Москва

Резолютивная часть оглашена 5 августа 2020 года

В полном объеме изготовлено 04 сентября 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 № 077/05/18-5664/2020, возбужденное в отношении ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии», ООО «Зооэкспо» 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 Petfood.ru рекламы: «Черная пятница! Сумасшедшие скидки на Fresh Step! <https://petfood.ru/68>», поступившей 26.10.2019 в 10:06; «Черная пятница! Скидки на весь Hills! Снешуме! <https://petfood.ru/i9>», поступившей 27.10.2019 в 10:02,

в отсутствие ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии», ООО «Зооэкспо» (уведомлены надлежащим образом),

### УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-5664/2020 возбуждено в отношении ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии», ООО «Зооэкспо» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя Petfood.ru рекламы: «Черная пятница! Сумасшедшие скидки на Fresh Step! <https://petfood.ru/68>», поступившей 26.10.2019 в 10:06; «Черная пятница! Скидки на весь Hills! Снешуме! <https://petfood.ru/i9>», поступившей 27.10.2019 в 10:02.

От ПАО «Вымпелком» поступило ходатайство от 15.07.2020 (вх. № 49830-ЭП/20 от 15.07.2020) о рассмотрении дела в отсутствие представителей Общества.

В своих письменных пояснениях ПАО «Вымпелком» также обращает внимание на то, что Письмом ФАС России от 03.04.2020 № ИА/27895/20 «О дистанционном рассмотрении жалоб, проведении внеплановых проверок, рассмотрении обращений о включении сведений в отношении участников закупок, поставщиков (подрядчиков, исполнителей) в реестр недобросовестных поставщиков» установлен перечень контрольных мероприятий в отношении субъектов контроля, осуществляемых в дистанционном режиме. При этом, как верно указано ПАО «Вымпелком», в указанный перечень не были включены мероприятия, направленные на реализацию прав при рассмотрении

антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, поскольку данное письмо касается иных процедур, в частности проводимых в рамках Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Кроме того, данное письмо направлено на обеспечение непрерывного функционирования антимонопольного органа в период нерабочих дней, установленных Указами Президента Российской Федерации от 25.03.2020 № 206 «Об объявлении в Российской Федерации нерабочих дней», от 02.04.2020 № 239 «О мерах по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)».

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

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

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

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

Кроме того, ПАО «Вымпелком» является оператором связи, который в силу законодательства Российской Федерации и выданных лицензий обязан непрерывно

оказывать услуги связи. Общество относится к категории непрерывно действующих организаций (Письмо Минтруда от 27.03.2020 № 14-4/10/П-274П «О дополнении Рекомендаций работникам и работодателям в связи с Указом Президента РФ от 25.03.2020 № 206», Указ Мэра Москвы от 29.03.2020 № 34-УМ).

Комиссия Московского УФАС России была назначена на 05.08.2020, то есть после снятия ограничительных мер на территории города Москвы и возобновления деятельности большинства организаций, за исключением тех, для которых установлен особый режим выхода из таких ограничений.

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

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

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

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

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

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

ООО «СМС-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 «Алдан технологии» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 20.08.2012 за основным государственным регистрационным номером

1127746645531, ИНН 7714881847, КПП: 771401001.

ООО «Зооэкспо» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 24.04.2017 за основным государственным регистрационным номером 1177746416121, ИНН 9729076621, КПП: 772901001.

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 товарам зоомагазина, 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 в зоомагазине 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 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 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 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.

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 «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии», ООО «Зооэкспо» он не давал.

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

ООО «Алдан технологии» в материалы дела представлено письмо ООО «Зооэкспо», из которого следует, что абонент телефонного номера <...> Надежда является клиентом интернет-магазина PetFood и при регистрации в нем

согласилась с условиями Оферты, размещенными на странице сайта по адресу <https://petfood.ru/page/podderzhka-klientov> (далее — Оферта).

Согласно пункту 10.1.2 Оферты предоставляя свои персональные данные при регистрации на сайте, клиент соглашается на их обработку продавцом, в том числе и в целях продвижения Продавцом товаров и услуг. Все передаваемые Клиентом персональные данные в рамках настоящего договора оферты относятся к группе общедоступных персональных данных.

В соответствии с пунктом 10.2.2 Оферты продавец вправе направлять клиенту сообщения рекламно-информационного характера.

В свою очередь, Комиссия установила следующее.

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, указанная Оферта по своей природе является 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 указанной Офертой происходит автоматически при регистрации в интернет-магазине «PetFood».

Факт несогласия с вышеуказанной Офертой, в том числе на распространение в его адрес рекламы, объективно свидетельствует об отсутствии возможности у потребителя пользоваться интернет-магазином «PetFood» 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 подобное содержание Оферты, Комиссия приходит к выводу, что Общество сформировало данный документ таким образом, что у клиента в момент заключения договора (регистрации на сайте) отсутствует возможность не соглашаться с получением рекламы на свой мобильный номер.

В данном случае у лица, которое принимает условия Оферты, возникает необходимость совершить ряд дополнительных действий для отказа от получения рекламных сообщений. В то время, когда для их получения достаточно лишь пройти регистрацию на сайте. 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.

ООО «Зооэкспо» 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-распространителя.

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 Petfood.ru не предоставлял.

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 Petfood.ru посредством смс-сообщений реклама: «20 % скидка на ВСЁ! Только 20 марта! Подробности на [www.Petfood.ru.ru](http://www.Petfood.ru.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 Petfood.ru посредством смс-сообщений рекламы: «20 % скидка на ВСЁ! Только 20 марта! Подробности на [www.Petfood.ru.ru](http://www.Petfood.ru.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 № 572561248 от 22.09.2015, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СМС-центр»;
- договора № 301462 от 01.12.2012, заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «Алдан технологии».

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

Согласно пункту 3.2 Договора 1, ООО «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 № 2 от 01.10.2017 к Договору 1 (далее — Соглашение), 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 ООО «СМС-Центр» 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 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 Соглашению 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 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.

Согласно пункту 2.1 Договора 2 в рамках договора ООО «СМС-центр» оказывает ООО «Алдан технологии» следующие услуги: отправку и доставку смс-сообщений на мобильные терминалы абонентов, прием смс-сообщений с мобильных терминалов абонентов через сервис SMSC.RU в соответствии с Правилами предоставления услуг, действующими тарифами ООО «СМС-центр», согласованными сторонами и на основании лицензии на право оказания услуг связи № 95480 от 26.01.2012.

При этом в соответствии с разделом 1 Договора 2 под сервисом SMSC.RU понимается совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих ООО «СМС-Центр» и позволяющих обрабатывать смс-сообщения: хранить их до момента отправки, доставлять на мобильные терминалы абонентов, получать с мобильных терминалов абонентов, вести учет и статистику по исходящим и входящим сообщениям. SMS-сообщением является короткое текстовое сообщение, которое может быть отправлено и принято мобильным терминалом абонента. Под СПАМом понимается рассылка смс-сообщений рекламного характера, осуществленная на мобильные терминалы абонентов без предварительного согласия абонентов, а также рассылка, вводящая абонентов в заблуждение относительно содержания смс-сообщений или их отправителя. Абонентом признается физическое или юридическое лицо, пользующееся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из операторов связи.

В силу пунктов 3.2.1, 3.2.3 Договора 2 ООО «Алдан технологии» обязуется

соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении договора в отношении использования услуг, в том числе Закона о рекламе, а также в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщений, согласие на получение таких смс-сообщений в форме, в т.ч. электронной, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве безоговорочного доказательства наличия согласия на получение смс-сообщений абонентом.

Как следует из пункта 3.2.5 Договора 2, ООО «Алдан технологии» обязуется не использовать подключение к сервису SMSC.RU для организации СПАМа.

В соответствии с пунктом 3.3.1 Договора 2 ООО «СМС-центр» вправе заблокировать личный кабинет ООО «Алдан технологии» при рассылке последним сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1, 3.2.3, 3.2.5 договора.

Таким образом, ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» 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 «Алдан технологии» приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Ссылки ПАО «Вымпелком» на Закон о связи, в частности на тот факт, что данным законом исключается ответственность оператора связи за рассылку его клиентами смс-сообщений, не соответствующих требованиям закона и условиям договора, не может быть 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 «Вымпелком», 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 «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» определенных действий, направленных на доведение рекламы до ее получателей, а равно наличия у Обществ статуса рекламодателей.

Вместе с тем, по смыслу приведенной нормы права, а также в целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Следовательно, невозможно каким-либо образом снять ответственность любого из лиц, участвовавших в распространении рекламы посредством сетей электросвязи, в связи с осуществлением таким лицом даже исключительно технических функций.

Обратное может привести либо к необоснованному возложению на лицо ответственности за чужие нарушения и, как следствие, несоблюдению конституционно закрепленного частью 1 статьи 19 Конституции Российской Федерации принципа всеобщего равенства перед законом и судом и предусмотренного пунктом 1 статьи 1 ГК РФ принципа юридического равенства участников гражданских правоотношений, либо, наоборот, к злоупотреблению своими правами со стороны участников таких правоотношений, стремящихся одновременно извлечь выгоду из своего незаконного поведения и избежать ответственности за совершенные нарушения, что противоречит законодательно закрепленным принципам добросовестности участников гражданских правоотношений (пунктом 3 статьи 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ), запрету на злоупотребление правом (пункт 1 статьи 10 ГК РФ).

Из совокупного толкования положений рассмотренных договоров с очевидностью усматривается, что оказываемые ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» услуги используются, в том числе в целях рекламного характера, для продвижения товаров ООО «Зооэкспо» и привлечения к ним максимально возможного внимания со стороны

потенциальных потребителей.

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

Оценивая приведенные договоры, следует признать, что ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» в настоящем случае были осведомлены о том, что предоставляемые ими услуги будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.

Обратного ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» 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 «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» являются рекламораспространителями рекламы, поступившей посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя Petfood.ru.

Ввиду недоказанности участия ООО «Зооэкспо» в распространении указанной рекламы посредством смс-сообщений, статус данного лица в рамках дела устанавливается как заинтересованное лицо.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» выявлено правонарушение, выраженное в распространении на телефонный номер <...> от отправителя Petfood.ru посредством смс-сообщений рекламы: «*Черная пятница! Сумасшедшие скидки на Fresh Step! <https://petfood.ru/68>*», поступившей 26.10.2019 в 10:06; «*Черная пятница! Скидки на весь Hills! Снежице! <https://petfood.ru/i9>*», поступившей 27.10.2019 в 10:02.

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

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

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно

подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

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

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Исходя из положений вышеуказанных договоров, учитывая все обстоятельства данного дела, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи предписания ООО «Зооэкспо» о принятии мер по предотвращению использования ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» буквенного идентификатора «Petfood.ru» в целях распространения рекламы на телефонный номер <...>.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

#### РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» нарушившими часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> от отправителя Petfood.ru посредством смс-сообщений рекламы: «*Черная пятница! Сумасшедшие скидки на Fresh Step! <https://petfood.ru/68>*», поступившей 26.10.2019 в 10:06; «*Черная пятница! Скидки на весь Hills! Snezhime! <https://petfood.ru/i9>*», поступившей 27.10.2019 в 10:02, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «Зооэкспо» о принятии мер по предотвращению использования ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-центр», ООО «Алдан технологии» буквенного идентификатора «Petfood.ru» в целях распространения ненадлежащей рекламы.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке,

предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>a

<...>a