

ПО/4763/19 от 04.02.2019

ПАО «МТС»

Марксистская ул., д.
г. Москва, 4109147

ООО «ДЭНИ КОЛЛ»

Новокузнецкая, д. 67, оф. 32/2,
г. Краснодар, 350015

mail@danycom.ru

ООО «СМС-Центр»

а/я 307, г. Москва, 121151

ООО «ТМС-Контент»

Дмитровское ш., д. 9Б,
г. Москва, 127434

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-235/77-18

«05» декабря 2018 г.

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) в составе:

председателя Комиссии – <...>,

членов Комиссии – <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-235/77-18 по признакам нарушения ПАО «МТС» (место нахождения: Марксистская ул., д. г. Москва, 4109147; ОГРН 1027700149124; ИНН 7740000076), ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (место нахождения: Новокузнецкая, д. 67, оф. 32/2, г. Краснодар, 350015; ОГРН 1144345040883; ИНН 4345404971), ООО «СМС-Центр» (место нахождения: Пресненская наб., д. 12, оф. А35, г. Москва, 123112; ОГРН 1117746756489; ИНН 7724805644), ООО «ТМС-Контент» (место нахождения: Дмитровское ш., д. 9Б, г. Москва, 127434; ОГРН 1067758373484; ИНН 7707605540) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее —

Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения:

«Специальные условия для владельцев Volvo в Volvo Car Тульская. Предъявителю смс окрас детали кузова от 7900 рублей и обработка лобового стекла составом «Антидождь» в подарок при ТО и кузовном ремонте. Подробнее по тел. +749578008800», поступившего 08.02.2017 в 14:21 от отправителя AVTOTEMP,

в отсутствие представителей ПАО «МТС», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр», ООО «ТМС-Контент» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-235/77-18 возбуждено в отношении ПАО «МТС» (место нахождения: Марксистская ул., д. г. Москва, 4109147; ОГРН 1027700149124; ИНН 7740000076), ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (место нахождения: Новокузнецкая, д. 67, оф. 32/2, г. Краснодар, 350015; ОГРН 1144345040883; ИНН 4345404971), ООО «СМС-Центр» (место нахождения: Пресненская наб., д. 12, оф. А35, г. Москва, 123112; ОГРН 1117746756489; ИНН 7724805644), ООО «ТМС-Контент» (место нахождения: Дмитровское ш., д. 9Б, г. Москва, 127434; ОГРН 1067758373484; ИНН 7707605540) на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения:

«Специальные условия для владельцев Volvo в Volvo Car Тульская. Предъявителю смс окрас детали кузова от 7900 рублей и обработка лобового стекла составом «Антидождь» в подарок при ТО и кузовном ремонте. Подробнее по тел. +749578008800», поступившего 08.02.2017 в 14:21 от отправителя AVTOTEMP.

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» (адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4) 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 «Дэни Колл» (место нахождения: Новокузнецкая ул., д. 67, оф. 32/2, г. Краснодар, Краснодарский край, 350015) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 26.12.2014 за основным государственным регистрационным номером 1144345040883, ИНН 4345404971.

ООО «СМС-Центр» (место нахождения: Пресненская наб., д. 12, оф. А35, г. Москва, 123112) 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.

ООО «ТМС-Контент» (место нахождения: Дмитровское ш., д. 9Б, г. Москва, 127434) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 20.10.2006 за основным государственным регистрационным номером 1067758373484; ИНН 7707605540.

Каждое из указанных юридических лиц является действующим, сведений о прекращении деятельности не имеется.

Согласно материалам дела № 3-18-235/77-18 на номер телефона <...> 08.02.2017 в 14:21 поступила спорная реклама от отправителя AVTOTEMP.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела.

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 распространенного смс-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права,

следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама 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 спорного смс-сообщения исключительно в адрес 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 сообщения, в котором содержатся информация об акции в автосалоне, ее условия, сроки действия акции, указан номер телефона, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...> смс-сообщения, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством sms-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; 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.

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

При этом лицами, участвующими в деле, в материалы дела представлена анкета на имя <...> с указанием номера телефона, на который поступило рассматриваемое сообщение, а также условием о согласии абонента получать информацию о проводимых акциях в рамках дисконтной программы, в том числе посредством смс-сообщений. В анкете имеется подпись.

Московским УФАС России в совокупности оценены такие доказательства как договор <...> с ПАО «МТС» на предоставление номера телефона, на который поступило рассматриваемое сообщение и вышеуказанная анкета, а также согласие на получение Московским УФАС России информации, предоставленное <...> в целях рассмотрения настоящего заявления, послужившего основанием для возбуждения дела, и установлено, что подпись в представленной распространителями анкете значительным образом отличается от идентичных подписей в договоре с оператором связи и в согласии на получение Московским УФАС России информации.

Также ООО «СМС-Центр» в материалы дела представлена анкета о согласии на получение информации по каналам связи (СМС рассылка) и обработку персональных данных, заполненная иным лицом, не являющегося

владельцем телефонного номера, на который поступило спорное смс-сообщение.

Учитывая изложенные обстоятельства, а также тот факт, что заявитель прямо указал на то, что не давал своего согласия на получение рассматриваемой рекламы, Комиссия Московского УФАС России с сомнением относится к представленным доказательствам, мотивированно не считает их достаточными и приходит к выводу об отсутствии надлежащих доказательств наличия выражения согласия абонента на получение рекламных сообщений.

В частности факт того, что заявитель является владельцем телефонного номера <...>, подтверждается представленными в материалы дела документами и сведениями ПАО «МТС», в том числе копией договора о предоставлении услуг связи МТС.

Таким образом, доказательств получения согласия абонента на получение рассматриваемой рекламы лицами, участвующими в деле, не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

В случае проявления надлежащей осмотрительности и проверки наличия либо отсутствия согласия абонента на получение рекламы, было бы выявлено, что надлежащее доказательство согласия от абонента отсутствует. А равно распространения ненадлежащей рекламы можно было бы избежать в случае исполнения всеми субъектами своих обязанностей, предусмотренным как законодательством Российской Федерации так и договорами.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «МТС», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «СМС-Центр», ООО «ТМС-Контент» информации о наличии либо отсутствии надлежащего согласия на получение рекламы гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

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

Таким образом, распространение рекламы «Специальные условия для владельцев Volvo в Volvo Car Тульская. Предъявителю смс окрас детали кузова от 7900 рублей и обработка лобового стекла составом «Антидождь» в подарок при ТО и кузовном ремонте. Подробнее по тел. +749578008800», поступившего 08.02.2017 в 14:21 от отправителя AVTOTEMP, 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 рекламораспространители.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

В соответствии с представленными в материалы дела документами и сведениями рассылка от отправителя AVTOTEMP осуществлялась на основании последовательно заключенных договоров: Агентского договора от 09.02.2016 № D150051705, заключенного между ПАО «МТС» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (далее — Договор 1); Субагентский договор от 01.05.2016 № 01/МТС, заключенного между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр» (далее — Договор 2); Договора оказания услуг от 11.03.2016 № 433925, заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «МТС-Контент» (далее — Договор 3). Также в материалы дела были представлены сведения о том, что в распространении рассматриваемой рекламы участвовало ООО «ВендоСофт». Между тем каких-либо подтверждающих документов лицами, участвующими в деле, не представлено.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 1 ПАО «МТС» поручает, а ООО «ДЭНИ КОЛЛ» обязуется от своего имени, но за счет ПАО «МТС» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуги заказчикам рассылки, а именно:

- осуществлять поиск и привлечение заказчиков рассылки;
- заключать договоры на оказание услуг в порядке и на условиях, предусмотренных Приложением № 6 к Договору 1, при необходимости подписывать соглашения об изменении/расторжении договоров на услуги;
- обеспечивать доступ заказчикам рассылки к SMS-центру ПАО «МТС» через оборудование для целей оказания услуг;
- осуществлять расчеты с заказчиками рассылки за услуги по ценам, приведенным в Приложении № 6 к Договору 1, и ведение всей отчетной документации;
- осуществлять взаимодействие с заказчиками рассылки по всем вопросам, связанным с оказанием услуг, готовить направлять ответы на запросы/претензии заказчиков рассылки.

При этом в соответствии с разделом 1 Договора 1 под услугой понимается рассылка SMS-сообщений от заказчиков рассылки пользователям и связанные с ней дополнительные услуги; SMS-центром является сетевое оборудование ПАО «МТС», отвечающее за функционирование SMS; под оборудованием понимается аппаратно-программный комплекс ООО «ДЭНИ КОЛЛ», используемый для технического подключения к SMS-Центру ПАО «МТС» для целей оказания услуги.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 1 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» принимает на себя обязательство до начала оказания услуг получить от

заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений, - рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи. В случае направления пользователям рекламных сообщений, то также обеспечить получение от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласия от пользователей на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи согласие пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно пункту 22.1 статьи 2 Федерального закона «О связи».

В свою очередь в соответствии с пунктом 4.1.4 Договора 1 ПАО «МТС» имеет право в случае нарушения ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в том числе пункта 3.3.3 Договора 1 приостановить оказание услуги, исполнение поручения до полного устранения ООО «ДЭНИ КОЛЛ» выявленных нарушений.

Также согласно пункту 4.1.7 Договора 1 ПАО «МТС» вправе не осуществлять рассылку SMS-сообщения ООО «ДЭНИ КОЛЛ» с номера заказчика, на которое пользователь не давал свое согласие, ПАО «МТС» вправе самостоятельно запрашивать или проверять наличие согласия пользователя перед доставкой ему SMS-сообщений. В случае отказа пользователя от получения SMS-сообщений с определенного номера заказчика сообщение ему не будет доставлено.

В соответствии с пунктом 2.1 Договора 2 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» поручает, а ООО «СМС-центр» обязуется от своего имени, но за счет ООО «ДЭНИ КОЛЛ» совершать юридические и фактические действия по реализации комплекса мероприятий по обеспечению оказания услуги заказчикам рассылки, а именно:

- осуществлять поиск и привлечение заказчиков рассылки;
 - заключать договоры на оказание услуг в порядке и на условиях, предусмотренных Приложением № 6 к Договору 2, при необходимости подписывать соглашения об изменении/расторжении договоров на услуги;
 - обеспечивать доступ заказчикам рассылки к SMS-центру ПАО «МТС» через оборудование для целей оказания услуг;
 - осуществлять расчеты с заказчиками рассылки за услуги по ценам, приведенным в Приложении № 6 к Договору 2, и ведение всей отчетной документации;
- осуществлять взаимодействие с заказчиками рассылки по всем вопросам, связанным с оказанием услуг, готовить направлять ответы на запросы/претензии заказчиков рассылки.

При этом в соответствии с разделом 1 Договора 2 под услугой понимается рассылка SMS-сообщений от заказчиков рассылки пользователям и

связанные с ней дополнительные услуги; SMS-центром является сетевое оборудование ООО «ДЭНИ КОЛЛ», отвечающее за функционирование SMS; под оборудованием понимается аппаратно-программный комплекс ООО «СМС-центр», используемый для технического подключения к SMS-Центру ООО «ДЭНИ КОЛЛ» для целей оказания услуги.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора 2 ООО «СМС-центр» принимает на себя обязательство до начала оказания услуг получить от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений, - рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи. В случае направления пользователям рекламных сообщений, то также обеспечить получение от заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласия от пользователей на получение ими рекламных сообщений, отправляемых по сетям электросвязи согласие пользователей на рекламу по сети электросвязи и на рассылку по сети подвижной связи должно быть выражено посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих пользователя и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламных сообщений и сообщений согласно пункту 22.1 статьи 2 Федерального закона «О связи».

В свою очередь в соответствии с пунктом 3.5.4 Договора 2 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» имеет право в случае нарушения ООО «СМС-Центр» в том числе пункта 3.3.3 Договора 1 приостановить оказание услуги, исполнение поручения до полного устранения ООО «СМС-Центр» выявленных нарушений.

Также согласно пункту 3.5.7 Договора 1 ООО «ДЭНИ КОЛЛ» вправе не осуществлять рассылку SMS-сообщений пользователям, которые отказались от получения SMS-сообщений с конкретного номера в рамках оказания заказчику рассылки услуг.

Согласно разделу 2 Договора 3 ООО «СМС-Центр» предоставляет ООО «ТМС-Контент» услуги доступа к сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, а также для интеграции сервисов ООО «ТМС-Контент» 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 № 95480 от 26.01.2012. При использовании услугами ООО «ТМС-Контент» самостоятельно без участия ООО «СМС-Центр» формирует базу телефонных номеров абонентов (адресов электронной почты) для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор теста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора.

При этом в соответствии с разделом 1 Договора 4 под сервисом

SMSC.RU понимается совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих ООО «СМС-Центр» и позволяющих обрабатывать сообщения: хранить их до момента отправки, отправлять операторам связи для последующей доставки абонентам, получать от операторов связи, 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 сообщений рекламного характера, осуществленная без предварительного согласия абонентов или адресатов, а также рассылка, вводящая абонентов или адресатов в заблуждение относительно содержания сообщений или их отправителя. Абонентом признается физическое или юридическое лицо, пользующееся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из операторов связи.

Согласно пункту 3.2.1 ООО «ТМС-Контент» обязано соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении Договора 4 в отношении использования услуг, требования законодательства других стран, в которые выполняется рассылка сообщений, а также норм международного права.

В соответствии с пунктом 3.2.3 Договора 4 ООО «ТМС-Контент» 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.

Также в соответствии с пунктом 3.2.5 Договора 4 ООО «ТМС-Контент» обязан не использовать подключение к сервису SMSC.RU в том числе для рассылки СПАМа, для передачи сообщений, которые не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе.

В случае нарушения указанных условий Договора 4, в соответствии с пунктом 3.3.1 Договора 4, ООО «СМС-Центр» вправе блокировать личный кабинет ООО «ТМС-Контент».

Исходя из анализа упомянутых положений договора представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «ТМС-Контент» к ООО «СМС-Центр», от него последовательно к ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ПАО «МТС» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

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.

ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

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.

Обратного ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

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 Гражданского кодекса Российской Федерации не подлежит судебной защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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, ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» 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.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> в силу имеющихся между ними гражданско-правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности выше установленных действий ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

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 ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» рекламораспространителями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Таким образом ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» являются рекламораспространителями рекламы ««Специальные условия для владельцев Volvo в Volvo Car Тульская. Предъявителю смс окрас детали кузова от 7900 рублей и обработка лобового стекла составом «Антидождь» в подарок при ТО и кузовном ремонте. Подробнее по тел. +749578008800», поступившего 08.02.2017 в 14:21 от отправителя AVTOTEMP.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, не законной по способу распространения потребителю рекламы, ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

По мнению ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», в связи с тем, что Общества не осуществляет непосредственное направление смс-сообщений абонентам, нарушения части 1 статьи 18 в действиях отсутствуют.

Между тем Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу,

что само по себе наличие вышепересмотренных договоров является свидетельством осуществления ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ» определенных действий, направленных на доведение рекламы до ее получателей, а равно наличия у Обществ статуса рекламораспространителей.

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 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 (пунктом 3 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), запрету на злоупотребление правом (пункт 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Из совокупного токования положений рассмотренных договоров с очевидностью усматривается, что оказываемые ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ» услуги используются, в том числе, в целях рекламного характера для продвижения услуг автослона и привлечения к ним максимально возможного внимания со стороны потенциальных потребителей. Таким образом ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи SMS-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях таких звеньев, как оператор связи и иные посредники, предоставляющие доступ к различным программам по отправке SMS-сообщений, делает распространение указанных сообщений невозможным.

Оценивая приведенные договоры, следует признать, что ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» в настоящем случае были осведомлены о том, что предоставляемые ими услуги будут использоваться, в том числе, для распространения рекламы.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» являлись неотъемлемой частью единой цепочки лиц, осуществлявших действия по доведению рекламы до абонента и обладают статусом рекламодателя.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения:

«Специальные условия для владельцев Volvo в Volvo Car Тульская. Предъявителю смс окрас детали кузова от 7900 рублей и обработка лобового стекла составом «Антидождь» в подарок при ТО и кузовном ремонте. Подробнее по тел. +749578008800», поступившего 08.02.2017 в 14:21 от отправителя AVTOTEMP, направленной без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» не представлено.

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 ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы. Согласно представленным в материалах дела документам и сведениям, спорное сообщение было распространено 08.02.2017.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности на дату оглашения резолютивной части решения истек.

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 ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» нарушившими часть 1 статьи 18 Закон о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения «Специальные условия для владельцев Volvo в Volvo Car Тульская. Предъявителю смс окрас детали кузова от 7900 рублей и обработка лобового стекла составом «Антидождь» в подарок при ТО и кузовном ремонте. Подробнее по тел. +749578008800», поступившего 08.02.2017 в 14:21 от отправителя AVTOTEMP, направленной без предварительного согласия

абонента на ее получение.

2. Выдать ООО «ТМС-Контент», ООО «СМС-Центр», ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «МТС» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>