

ПАО «МТС»

109147, г. Москва,
ул. Марксистская, д. 4

ЗАО «Связной Загрузка»

115280, г. Москва,
ул. Ленинская Слобода, д. 19

ООО «ИнфоБип»

109012, г. Москва,
ул. Ильинка, д. 4

ООО «Мобизон»

105082, г. Москва,
пл. Спартаковская,
д. 14, стр. 3, ком. 10

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «24» декабря 2015 г.

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 – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – А.В. Дерманца, К.С. Сучковой,

рассмотрев дело № 3-18-230/77-15 в отношении ПАО «МТС», ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-сообщения «50% на фотосъемки. Качество. Скорость. Доступные цены. www.lufotolab.com», поступившего 05.11.2014 в 15:50 на телефонный номер (...), отправитель: lufotolab (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90), с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ПАО «МТС» в лице Константинова И.В. по доверенности № 0266/15 от 01.12.2015;

в отсутствие представителей ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-230/77-15 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» на основании обращения (...) по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-сообщения «50% на фотосъемки. Качество. Скорость. Доступные цены. www.lufotolab.com», поступившего 05.11.2014 в 15:50 на телефонный номер (...), отправитель: lufotolab (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90),

Комиссия Московского УФАС России, исследовав материалы дела, оценив доказательства в их совокупности и взаимной связи, установила следующее.

Согласно материалам дела № 3-18-230/77-15, на номер телефона (...) 05.11.2014 в 15:50 поступила реклама следующего содержания: «50% на фотосъемки. Качество. Скорость. Доступные цены. www.lufotolab.com».

Поступление указанной рекламы на номер телефона +7 985 426 06 69 подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела (вх. № 43466 от 12.11.2014).

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.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы, прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В рассматриваемой рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама, исходя из ее содержания, не имеет ограничений к распространению по кругу лиц.

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.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к фотоуслугам, оказываемым компанией «lufotolab», и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщения «50% на фотосъемки. Качество. Скорость. Доступные цены. www.lufotolab.com» исключительно в адрес одного физического лица — абонента.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона +7 985 426 06 69, направлена на привлечение внимания потребителя к фотоуслугам, оказываемым компанией «lufotolab» и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

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.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

ООО «ИнфоБип» представило в адрес Московского УФАС России анкету, содержащую согласие на получение рекламы посредством смс-сообщений, заполненная лицом, не являющимся абонентом телефонного номера +7 985-426-06-69, что подтверждается договором об оказании услуг подвижной связи МТС № 970101006384942234 от 03.08.2013.

Также, заявитель прямо указал на то, что не давал согласие на получение рекламной рассылки.

По мнению Комиссии Московского УФАС России ненадлежащее исполнение обязанности по получению объективных данных о согласии на получение рекламы лица, на чей номер телефона она поступила, не может служить основанием для нарушения прав и законных интересов иных лиц.

В материалы дела № 3-18-230/77-15 ПАО «МТС» представило абонентский договор, заключенный между ПАО «МТС» и Кирилловым Н.А. Согласно представленному агентскому договору, Кириллов Н.А. является абонентом ПАО «МТС» по договору оказания услуг подвижной связи с предоставлением абонентского номера +7 985 426 06 69. При заключении указанного договора Кириллов Н.А. Дал свое согласие на получение рекламных смс-сообщений от ПАО «МТС».

Таким образом, в действиях ПАО «МТС» признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе отсутствуют.

Иные доказательства получения согласия абонента на получение рекламы ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламодателей.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-230/77-15, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора № P130000041 об оказании

SMS-услуг от 01.12.2013, заключенного между ПАО «МТС» и ЗАО «Связной Загрузка» (далее — Договор 1), договора № А-58/14р оказания услуг предоставления доступа к Системе и обработке данных от 01.08.2014, заключенного между ЗАО «Связной Загрузка» и ООО «ИнфоБип» (далее — Договор 2), договора оказания услуг № 23082013-158 от 23.08.2013, заключенного между ООО «ИнфоБип» и ООО «Мобизон» (далее — Договор 3).

Согласно предмету Договора 1, ПАО «МТС» оказывает ЗАО «Связной Загрузка» смс-услуги в соответствии с требованиями к качеству оказания смс-услуг.

Согласно пункту 3.3.5 Договора 1, До начала оказания услуг ЗАО «Связной Загрузка» получить от абонента предварительное согласие на их получение.

Согласно пункту 3.3.9 Договора 1, услуги ЗАО «Связной Загрузка» не должны противоречить требованиям законодательства РФ.

В свою очередь ЗАО «Связной Загрузка» заключило договор 2 с ООО «ИнфоБип».

Согласно предмету договора 2, ЗАО «Связной Загрузка» по заданию ООО «ИнфоБип» оказывает ООО «ИнфоБип» технологические услуги по обработке, отправке сообщений, формируемых и отправляемых ООО «ИнфоБип».

Согласно пункту 3.2.5 Договора 2, ООО «ИнфоБип» обязалось не отправлять через систему ЗАО «Связной Загрузка» сообщения, которые будут соответствовать признакам СПАМ.

Согласно пункту 1.4 Договора 2, под понятием «СПАМ» понимается сообщение, отправленное ООО «ИнфоБип» и предназначенное по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту (абонентам) без его предварительного согласия и/или не позволяющее определить отправителя этого сообщения.

Согласно пункту 3.2.14 Договора 2, в случае письменного запроса ЗАО «Связной Загрузка», в течение 2 календарных дней с момента направления такого запроса, ООО «ИнфоБип» обязано предоставить документы, подтверждающие согласие абонента на получение смс-сообщений ООО «ИнфоБип».

Так, согласно пунктам 3.3.3 и 3.3.4 Договора 2, ЗАО «Связной Загрузка» вправе заблокировать доступ ООО «ИнфоБип» к пользованию услугам в случае нарушения условий пунктов 3.2.14 и 3.2.5 Договора 2 соответственно.

В свою очередь, ООО «ИнфоБип» заключило с ООО «Мобизон» Договор 3.

Предметом Договора 3 является оказание ООО «Мобизон» услуги связи в соответствии с перечнем услуг с предоставлением доступа к Системе в порядке, на условиях и в объеме, согласованном сторонами.

Согласно пункту 1.5 Договора 3, под понятием «Услуга» понимается комплекс услуг связи, предоставляемых исполнителем заказчику в соответствии с

приложениями к настоящему договору, заключенными сторонами.

Согласно пункту 3.1.1 Договора 3, ООО «ИнфоБип» обязано оказать ООО «Мобизон» услуги в соответствии с правилами оказания услуг и тарифами.

При этом, согласно пункту 3.2.3 Договора 3, ООО «Мобизон» обязано строго соблюдать правила предоставления услуг.

Согласно пункту 7 приложения № 1 к Договору 3, ООО «Мобизон» обязуется использовать Услуги в соответствии с нормами законодательства Российской Федерации и только для передачи информации абонентам, от которых получено согласие на получение таких сообщений в такой объективной форме, которая может быть предъявлена исполнителю и оператору и не оставляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности абонента на получение сообщений с информацией заказчика.

Также, согласно пункту 9 приложения № 1 к Договору 3, ООО «Мобизон» обязуется не использовать услугу для распространения ненужной получателю, незапрошенной информации: в частности, является недопустима массовая рассылка не согласованных предварительно с получателями сообщений. Под массовой рассылкой подразумевается рассылка множеству получателей, так и множественная рассылка одному получателю.

Тем не менее, согласно пункту 3.3.1 Договора 3, ООО «ИнфоБип» вправе запросить и своевременно получить от заказчика материалы, документы и информацию, необходимую для оказания услуг в рамках настоящего договора.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы «50% на фотосъемки. Качество. Скорость. Доступные цены. www.lufotolab.com», изучив принятые ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ООО «Мобизон» путем направления оспариваемого сообщения ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип» предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «спам», в том числе и рекламу.

При этом, в каждого из названных хозяйствующих субъектов имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих

рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемым лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

В соответствии со статьей 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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.

Обязание контрагента не использовать выделенное подключение к оборудованию с целью организации «спама», а также самостоятельно получать согласие абонента на получение смс-сообщений, не снимает с самого лица обязанностей по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку не устраняет условий, при которых такое лицо признается рекламодателем.

Исходя из перечисленных договоров, ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» имеют возможность не передавать рассматриваемую рекламу. Само по себе отсутствие участия какой-либо из сторон по делу в процессе формирования текста рекламы либо ее адресатов, не снимает с ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламодателями в силу законодательного определения.

Достигнутые сторонами соглашения в рамках гражданско-правовых отношений не освобождают указанные стороны от обязанности по соблюдению норм и правил действующего законодательства, а равно не влияют на установление субъектов рекламодателей Комиссией Московского УФАС России.

ЗАО «Связной Загрузка» (115280, г. Москва, ул. Ленинская Слобода, д. 19) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1057746396113 ИНН 7703544582.

ООО «ИнфоБип» (109012, г. Москва, ул. Ильинка, д. 4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 5087746020720 ИНН 7703673690.

ООО «Мобизон» (105082, г. Москва, пл. Спартаковская, д. 14, стр. 3, ком. 10) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1137746482257 ИНН 7701999930.

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

Таким образом, распространение 05.11.2014 в 15:50 рекламы на номер телефона +7 985-426-06-69 от отправителя «lufotolab» с нарушением части 1

статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ЗАО «Связной Загрузка» является лицом, осуществившим наряду с ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7 985-426-06-69.

ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» последовательно осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7 985 426 06-69 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 вышеустановленных действий ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» являются рекламодателями рекламы «50% на фотосъемки. Качество. Скорость. Доступные цены. www.lufotolab.com», поступившей 05.11.2014 в 15:50 на телефонный номер (...). отправитель: lufotolab (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90).

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, ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 05.11.2014 в 15:50 на телефонный номер (...) от отправителя: lufotolab (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-916-896-03-90) рекламы «50% на фотосъемки. Качество. Скорость. Доступные цены. www.lufotolab.com» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» 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.

Целью выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе помимо пресечения выявленного нарушения является предупреждение аналогичных правонарушений в будущем.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ЗАО «Связной Загрузка», ООО «ИнфоБип», ООО «Мобизон» предписаний о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Срок давности привлечения к административной ответственности за вмененное правонарушение установлен частью 1 статьи 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и составляет один год с момента нарушения Закона о рекламе.

Временем совершения рассматриваемого нарушения является время поступления рассматриваемой рекламы на телефонный номер(.), а именно 05.11.2014 в 15:50.

Таким образом, установлено, что возбуждение дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, невозможно.

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 ненадлежащим распространение рекламы «50% на фотосъемки. Качество. Скорость. Доступные цены. www.lufotolab.com», поступившей 05.11.2014 в 15:50 на телефонный номер(.), отправитель: lufotolab (номер <...> в соответствии с лителизацией услуг связи — +7-916-896-03-90). в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ЗАО «Связной Загрузка» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «Инфобип» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Выдать ООО «Мобизон» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
5. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в связи с истечением срока давности привлечения к административной ответственности.

1.

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

Председатель Комиссии И.С. Гудкова

Члены Комиссии А.В. Дерманец

К.С. Сучкова

