

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «02» июля 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «16» июля 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 № 3-18-109/77-15 в отношении ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусова В.А. по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-сообщения «Вы нашли где перезанять? Здесь советую 88005554464! До 70000рденьги Будут», поступившей 03.10.2014 в 10:35, отправитель: +7 (902) 223-69-16 (номер <...> в соответствии с детализированной выпиской — +7-902-370-82-99), 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 отсутствие представителей ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусова В.А. (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-109/77-15 возбуждено в отношении ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусова В.А. на основании обращения (...) (вх. № 41718 от 30.10.2014) по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-сообщения «Вы нашли где перезанять? Здесь советую 88005554464! До 70000рденьги Будут», поступившего 03.10.2014 в 10:35, отправитель: +7 (902) 223-69-16 (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-370-82-99).

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

Согласно материалам дела № 3-18-109/77-15, на номер телефона (...) 03.10.2014 в 10:35 поступила реклама следующего содержания: «Вы нашли где перезанять? Здесь советую 88005554464! До 70000рденьги Будут».

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 (вх. № 41718 от 30.10.2014).

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 - любое 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 тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

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 посредническим услугам, и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщения «Вы нашли где перезанять? Здесь советую 88005554464! До 70000р деньги Будут» исключительно в адрес одного физического лица — абонента.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (...), направлена на привлечение внимания потребителя к посредническим услугам 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 рекламораспространителя.

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусовым В.А. 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 рекламораспространителей.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусова В.А. информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусовым В.А. не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-109/77-15, указанная реклама распространялась на основании Договора № 1412 от 14.08.2014 (далее — Договор), заключенного между ЗАО «Ярославль-GSM» и ИП Белоусовым В.А.

Согласно пункту 2.1.1. Договора, предметом рассматриваемого договора является передача SMS-сообщений от ИП Белоусова В.А. посредством технических и программных средств ЗАО «Ярославль-GSM» абонентам.

Согласно пункту 3.1.2. Договора, ИП Белоусов В.А. обязался не использовать подключение к оборудованию ЗАО «Ярославль-GSM» для организации СПАМа.

Согласно пункту 1.1.3. Договора, под понятием «СПАМ» понимается смс-сообщение рекламного характера, которое отправлено без предварительного согласия абонента.

В соответствии с пунктом 8.2. Договора, при невыполнении ИП Белоусова В.А. пункта 3.1.2. Договора, ЗАО «Ярославль-GSM» вправе в одностороннем порядке приостановить доступ ИП Белоусова В.А. к оборудованию ЗАО «Ярославль-GSM» или расторгнуть Договор в одностороннем порядке.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы «Вы нашли где перезанять?Здесь советую 88005554464! До 70000рденьги Будут», изучив принятые ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусовым В.А. на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого договора, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ИП Белоусовым В.А. путем направления оспариваемого сообщения ЗАО «Ярославль-GSM» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусов В.А. предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «спам», в том числе и рекламу.

При этом, у 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 распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусов В.А. 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 договора, ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусов В.А. имели 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 «Ярославль-GSM», ИП Белоусова В.А. 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 рекламораспространителей Комиссией Московского УФАС России.

ЗАО «Ярославль-GSM» (адрес: 150000, г. Ярославль, ул. Свободы, д. 18) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1027601597330 ИНН 7610042413.

Индивидуальный предприниматель Белоусов Вячеслав Александрович (адрес: 197373, г. Санкт-Петербург, ул. Планерная, д. 67, к. 4, кв. 62) включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей за основным государственным регистрационным номером 309784734900118, ИНН 781428128896.

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

Таким образом, распространение 03.10.2014 в 10:35 рекламы посреднических услуг на номер телефона (...) от отправителя +7 (902) 223-69-16 (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-370-82-99) с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем 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 рекламораспространители.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ЗАО «Ярославль-GSM», является лицом, осуществившим наряду с ИП Белоусовым В.А. распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...).

ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусов В.А. последовательно 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 вышеустановленных действий ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусов В.А. рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусов В.А., являются рекламодателями рекламы «Вы нашли где перезанять?Здесь советую 88005554464! До 70000рденъги Будут», поступившей 03.10.2014 в 10:35, отправитель: +7 (902) 223-69-16 (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-370-82-99).

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 «Ярославль-GSM», ИП Белоусовым В.А. не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договора).

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусова В.А. установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 03.10.2014 в 10:35 на телефонный номер (...) от отправителя +7 (902) 223-69-16 (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-370-82-99) рекламы «Вы нашли где перезанять?Здесь советую 88005554464! До 70000рденъги Будут» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусовым В.А. 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.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении рекламы абоненту-заявителю на номер (...), ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусовым В.А. не представлено.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ЗАО «Ярославль-GSM», ИП Белоусову В.А. предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение 03.10.2014 в 10:35 рекламы «Вы нашли где перезанять?Здесь советую 88005554464! До 70000рденьги Будут» на номер телефона (...) от отправителя +7 (902) 223-69-16 (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-370-82-99), в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ЗАО «Ярославль-GSM» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Выдать ИП Белоусову В.А. предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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