

НО/52618 от 09.11.2016

Согласно списку адресатов

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-125/77-16

«20» сентября 2016 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 – Н.В. Орлова, членов Комиссии – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой, рассмотрев дело № 3-18-125/77-16, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения: «БАЛКОН Подключ! Утепление в ПОДАРОК до 16/08 РАССРО%ЧКА +79180998098 svf», поступившей 11.08.2015 в 19:07, отправитель +7-902-359-51-69 (номер в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-359-51-69), 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 такой рекламы, в отсутствие представителей АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. (надлежащим образом уведомлены);

1

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-125/77-16 возбуждено в отношении АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н., на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения: «БАЛКОН Подключ! Утепление в ПОДАРОК до 16/08 РАССРО%ЧКА +79180998098 svf», поступившей 11.08.2015 в 19:07 от отправителя +7-902-359-51-69 (номер в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-359-51-69). 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.

АО «Мобиком-Волга» (адрес: 443013, Самарская область, г. Самара, ул. Дачная, д. 2, к. 2) является юридическим лицом, действующим на основании Устава,

включено в Единый государственный реестр юридических лиц 11.11.2014 за основным государственным регистрационным номером 1146315006771, ИНН 6315661220, КПП 631501001.

ООО «Мобильный актив» (адрес: 614094, Пермский край, г. Пермь, ул. Овчникова, д. 17) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 04.02.2004 за основным государственным регистрационным номером 1045900072415, ИНН 5902819936, КПП 590401001.

ООО «ИНСТАМ» (адрес: 125319, г. Москва, ул. Аэропортовская 1-я, д. 6, корп. 4, оф. 1-4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 21.12.2012 за основным государственным регистрационным номером 11277472773961, ИНН 7714893793, КПП 771401001.

ООО «Моби Сервис» (адрес: 125581, г. Москва, ул. Фестивальная, д. 14-108) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 21.06.2006 за основным государственным регистрационным номером 1067746728202, ИНН 7743600307, КПП 774301001.

ИП Шепиленко М.Н. (адрес: 350901, г. Краснодар, <...>) является индивидуальным предпринимателем, включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей 30.12.2009 за основным государственным регистрационным номером 309230836400017, ИНН 230802903717.

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

Согласно материалам дела № 3-18-125/77-16 на номер телефона <...> 11.08.2015 в 19:07 поступила спорная реклама от отправителя +7-902-359-51-69 (номер в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-359-51-69).

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого

2

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

3
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 о ремонте балконов, сведениями о возможности оформить рассрочку, 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 <...>, 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 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.

4

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. он не давал. Представленное ООО «ИНСТАМ» согласие не может быть принято комиссией Московского УФАС России в связи со следующим.

Имя лица, заполнявшего анкету, а также сам номер телефона написан нечитаемым подчеркиком, в связи с чем невозможно достоверно установить написанное в согласии. Однако, возможно различить две последние цифры номера телефона, которые составляют число «12». В номере абонента, которому поступило спорное смс-сообщение, последними цифрами являются «15». Таким образом, представленное согласие не является надлежащим, так как дано на получение рекламы на другой номер и, вероятно, другим лицом.

Следовательно, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение. Данный вывод Комиссии также подтверждается письменными пояснениями ИП Шепиленко М.Н. (представленными ООО «ИНСТАМ»), в частности, заявлением, что в ходе проверки по факту распространения спорного смс-сообщения было выявлено, что номер заявителя по делу (<...>) был добавлен в базу рассылки ошибочно.

Приведенный довод также доказывает вину всех лиц, участвующих в распространении рассматриваемой рекламы, так как в случае проявления надлежащей осмотрительности и проверки наличия либо отсутствия согласия абонента на получение рекламы, было бы выявлено, что в согласии указан иной номер телефона. 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 ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Инстам», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. информации о наличии либо отсутствии согласия на получение рекламы гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

В соответствии с Российским планом нумерации, а также письменными пояснениями ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», номер <...> -902-359-51-69, с которого

поступило спорное смс-сообщение принадлежит номерной емкости ЗАО «СМАРТС-Чебоксары».

ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» (428003, Чувашская Республика, г. Чебоксары, ул. Ярославская, д. 29, оф. 309) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 11.03.2014 за основным государственным регистрационным номером 5

1022101131117, ИНН 2128024538, КПП 213001001.

АО «Мобиком-Волга» в материалы дела представлена информация, согласно которой ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» реорганизовано путем присоединения к ООО «Мобиком-Волга», о чем свидетельствуют сведения, содержащиеся в Едином государственном реестре юридических лиц.

Таким образом, АО «Мобиком-Волга» является правопреемником ЗАО «СМАРТС-Чебоксары».

Исходя из материалов дела № 3-18-125/77-16, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора на предоставление услуг подвижной радиотелефонной связи № 451303 от 03.07.2015, заключенного между ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» (в настоящее время — АО «Мобиком-Волга») и ООО «Мобильный актив» (далее — Договор 1); договора предоставления услуг № 1198 от 01.07.2015, заключенного между ООО «Мобильный актив» и ООО «ИНСТАМ» (далее — Договор 2); договор № 234 от 03.03.2014, заключенный между ООО «ИНСТАМ» и ООО «Моби Сервис» (далее - Договор 3); договор № 1620 от 01.04.2015, заключенный между ООО «Моби Сервис» и ИП Шепиленко М.Н. (далее — Договор 4).

Согласно пункту 1.1 Договора 1, АО «Мобиком-Волга» предоставляет ООО «Мобильный актив» (абоненту) услуги подвижной радиотелефонной связи в соответствии с перечнем и условиями, выбранными ООО «Мобильный актив» и изложенными в карточке абонента, являющейся неотъемлемой частью Договора 1.

В соответствии с пунктом 2.16 Договора 1, ООО «Мобильный актив» обязуется не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, массовых рассылок, установки шлюзов (или устройств) для доступа в сети фиксированной связи, интернет-телефонии и других мероприятий, приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи и ущербу АО «Мобиком-Волга».

Кроме того, согласно пункту 1.14 Договора 1 ООО «Мобильный актив» обязуется не передавать права на услуги, предоставляемые по Договору 1, другому лицу без оформления в установленном порядке.

Согласно пункту 1.1 Договора 2, ООО «Мобильный актив» предоставляет ООО «ИНСТАМ» комплекс услуг по обработке и передаче SMS-сообщений от ООО «ИНСТАМ», а также формированию отчетов о доставке SMS-сообщений и динамической смене имени отправителя.

При этом, согласно разделу «Определения» Договора 2, под SMS-сообщением понимается короткое сообщение, пропускаемо через SMS-шлюз ООО «Мобильный Актив», оператора и абонента, содержащее информацию в текстовом или бинарном виде. Согласно этому же разделу под SMS-шлюзом понимается программно-аппаратный комплекс, принадлежащий ООО «Мобильный Актив», который позволяет отправлять SMS-сообщения в адрес абонентов. Под абонентом понимается физическое или юридическое лицо,

пользующееся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из

6

операторов. Под оператором понимается юридическое лицо, предоставляющее услуги подвижной радиотелефонной связи, абоненты которых получают SMS-сообщения в порядке и на условиях, определенных Договором 2.

Согласно пункту 3.3.1 Договора 2, ООО «ИНСТАМ» обязуется в обязательном порядке получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений информацией ООО «ИНСТАМ», согласие на получение таких SMS-сообщений в такой форме, которая должна быть предъявлена Оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности Абонента на получение SMS-сообщений.

Согласно пункту 3.2 Договора 2 ООО «Мобильный Актив» имеет право заблокировать (в том числе на неопределенное время) возможность работы с SMS-шлюзом ООО «ИНСТАМ», если тот будет неоднократно оперировать SMS-сообщениями, которые соответствуют определению СПАМа и/или условиям пункта 3.5.1 Договора 2, а именно: SMS-сообщениями грубого, оскорбительного, унижительного, угрожающего или клеветнического характера; SMS-сообщениями, разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь; SMS-сообщениями, содержащими ненормативную лексику; SMS-сообщениями порнографической направленности; SMS-сообщениями, нарушающих нормы действующего законодательства РФ и/или международного законодательства; SMS-сообщениями, содержащими недостоверную или мошенническую информацию; SMS-сообщениями для передачи сведений и данных составляющих военную, государственную и иную охраняемую законом тайну; SMS-сообщениями для передачи материалов, нарушающих авторские и иные права на объекты интеллектуальной собственности; SMS-сообщениями для передачи информации абонентам, высказавшим ранее явно нежелание получать эту информацию.

При этом, согласно разделу «Определения» Договора 2, под СПАМом понимается SMS-сообщение, отправленное ООО «ИНСТАМ» и предназначенное по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленное Абоненту без его согласия на то или не позволяющее определить отправителя SMS-сообщения. В соответствии с пунктом 1.1 Договора 3, ООО «ИНСТАМ» оказывает услугу по предоставлению подключения и доступа к технической системе в порядке и на условиях, предусмотренных Договором 3 для передачи сообщений ООО «Моби Сервис» посредством технической системы ООО «ИНСТАМ» до узла связи оператора с целью последующей передачи абонентам, а ООО «Моби Сервис» обязуется принимать оказанные ООО «ИНСТАМ» услуги и оплачивать их в соответствии с условиями Договора 3.

При этом, согласно разделу «Определения» Договора 3, под сообщением понимается распространяемые ООО «Моби Сервис» посредством технической системы, Интерфейса, Личного кабинета СМС и/или ММС сообщения направленные в адрес абонента с целью информирования и/или привлечения их внимания; под технической системой понимается программно-аппаратный комплекс используемый ООО «ИНСТАМ» для технического обеспечения предоставления контент-услуг в реальном масштабе времени посредством сети оператора/операторов сотовой связи с использованием абонентских терминалов, оборудования ООО «ИНСТАМ» и для ведения учета оказанных ООО «Моби

7

Сервис» услуг; под оператором понимаются юридические лица, оказывающие услуги сотовой радиотелефонной связи на основании соответствующих лицензий и ведущие учет потребленных и оплаченных Абонентами Контент-услуг;

абонентом является лицо, получающее информацию от ООО «Моби Сервис», с использованием выделенного сервисного номера и пользующееся услугами операторов на основании договора об оказании соответствующих услуг, а также лица, получающие доступ к таким услугам без заключения соответствующего договора; под SMS-сообщением понимается короткое текстовое сообщение, содержащее информации. В цифровом текстовом формате.

В соответствии с пунктом 2.4.5 Договора 3 ООО «Моби Сервис» обязуется предоставлять абонентам полную и достоверную информацию о стоимости, порядке и способах получения Абонентами Сообщений ООО «Моби Сервис», а также иную информацию, предусмотренную применимым законодательством, в том числе информацию о способе отказа адресата от полученных Сообщений. Согласно пункту 2.4.6 Договора 3 ООО «Моби Сервис» обязуется получить письменное согласие Абонента, на телефон которого планируется отправка сообщения ООО «Моби Сервис», на получение Абонентом таких сообщений ООО «Моби Сервис» в порядке и форме, предусмотренной применимым законодательством.

Согласно пункту 2.6 Договора 3 ООО «Моби Сервис» обязуется не использовать подключение Технической системе ООО «ИНСТАМ» для организации отправки Сообщений и информации, запрещенной применимым законодательством, в том числе с текстом или ссылкой содержащей информацию об изменении доменного имени по такой информации.

В соответствии с пунктом 2.7 Договора 3 ООО «Моби Сервис» обязуется не использовать подключение к Технической системе ООО «ИНСТАМ» для отправки СПАМа, информации содержащей ненадлежащую рекламу, информацию в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, работе, услуге, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводится в заблуждение Абонент. Также, запрещается отправка информации, сообщений не соответствующих применимому законодательству о рекламе, персональных данных, об интеллектуальной собственности, товарных знаках, доменных именах, в том числе текстов содержащих предложения, информирование или рекламу, в том числе предназначенную неопределенному кругу лиц, доставленную абоненту и/или пользователю без их предварительного согласия и не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя, а также недобросовестная реклама, согласно критериям содержащимся в Федеральных законах «О рекламе», «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

При этом, согласно разделу «Определения» Договора 3, под СПАМом понимается телематическое электронное сообщение, предназначенное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту и (или) пользователю без их предварительного согласия и не позволяющее определить отправителя этого

8
сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя, а также недобросовестная реклама, согласно требованиям содержащимся в Федеральных законах «О рекламе», «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», «О связи». Согласно пункту 2.9 Договора 3 в случае нарушения ООО «Моби Сервис» обязательств, предусмотренных пунктами 2.4.5.-2.4.7., 2.5.-2.8. Договора 3, в том числе, при непредставлении подтверждения согласия Абонента на получение информации (сообщения) от ООО «Моби Сервис», ООО «ИНСТАМ» вправе

приостановить предоставление услуг по Договору 3 до устранения ООО «Моби Сервис» указанного нарушения.

Согласно пункту 1.1 Договора 4 ООО «Моби Сервис» оказывает услугу по предоставлению подключения доступа к технической системе и порядке и на условиях, предусмотренных Договором 4 для передачи сообщений ИП Шепиленко М.Н., посредством Технической системы ООО «Моби Сервис» до узла связи оператора с целью последующей передачи Абонентам, а ИП Шепиленко М.Н. обязуется принимать оказанные ООО «Моби Сервис» услуги и оплачивать их в соответствии с условиями Договора 4.

При этом, согласно разделу «Определения» Договора 4, под технической системой понимается программно-аппаратный комплекс используемый ООО «Моби Сервис» для технического обеспечения предоставления Контент-услуг в реальном масштабе времени посредством сети оператора/операторов сотовой связи с использованием абонентских терминалов, оборудования ООО «Моби Сервис» и для ведения учета оказанных ИП Шепиленко М.Н. услуг; под сообщением понимается распространяемые ИП Шепиленко М.Н. посредством технической системы, интерфейса, личного кабинета СМС и/или ММС сообщения направленные в адрес абонента с целью информирования и/или привлечения их внимания; оператором являются юридические лица, оказывающие услуги сотовой радиотелефонной связи на основании соответствующих лицензий и ведущие учет потребленных и оплаченных абонентами контент-услуг; под абонентом понимается лицо, получающее информацию от ИП Шепиленко М.Н., с использованием выделенного сервисного номера и пользующееся услугами операторов на основании договора об оказании соответствующих услуг, а также лица, получающие доступ к таким услугам без заключения соответствующего договора; под SMS-сообщением понимается короткое текстовое сообщение, содержащее информацию в цифровом текстовом формате.

Согласно пункту 2.4.6 Договора 4 ИП Шепиленко М.Н. обязуется получить письменное согласие абонента на телефоны, которые планируется отправлять сообщения ИП Шепиленко М.Н., на получение абонентами таких сообщений ИП Шепиленко М.Н. в порядке и форме, предусмотренных применимым законодательством.

Согласно пункту 2.6 Договора 4 ИП Шепиленко М.Н. обязуется не использовать подключение к технической системе ООО «Моби Сервис» для организации и отправки сообщений и информации, запрещенной применимым законодательством, в том числе с текстом или ссылкой содержащей информацию

9
об изменении доменного имени по такой информации.

Согласно пункту 2.7 Договора 4 ИП Шепиленко М.Н. обязуется не использовать подключения к технической системе ООО «Моби Сервис» для отправки СПАМа, информации содержащей ненадлежащую рекламу, информацию в которой отсутствует часть существенно информации о рекламируемом товаре, работе, услуге, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводится в заблуждение Абонент.

При этом, согласно разделу «Определения» Договора 3, под СПАМом понимается телематическое электронное Сообщение, предназначенное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту и (или) пользователю без их предварительного согласия и не позволяющее определить отправителя этого

сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя, а также недобросовестная реклама, согласно требованиям содержащимся в Федеральных законах «О рекламе», «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», «О связи». Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ИП Шепиленко М.Н. к ООО «Моби сервис», от него последовательно к ООО «ИНСТАМ», ООО «Мобильный актив», АО «Мобиком-Волга» 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.

АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. 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.

10

Обратного АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям. 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, АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. 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 содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Таким образом, распространение 11.08.2015 в 19:07 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> от отправителя +7-902-359-51-69 (номер в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-359-51-69) 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 рекламодатели.

11

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.

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

Комиссией Московского УФАС России установлено, что АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. 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 АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. являются

рекламораспространителями рекламы «БАЛКОН ПодКлюч! Утепление в ПОДАРОК до 16/08 РАССРОЧКА +79180998098 svf», поступившей 11.08.2015 в 19:07 от отправителя +7-902-359-51-69 (номер в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-359-51-69).

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, АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров). Ссылки лиц, участвующих в деле, на Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее — 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 приняты 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
12

рекламораспространителями.

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 договора, 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 рекламораспространителями, 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.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби

Сервис», ИП Шепиленко М.Н. установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 11.08.2015 в 19:07 на телефонный номер <...> от отправителя +7-902-359-51-69 (номер в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-359-51-69) без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. 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 (пусть 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 АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. 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 11.08.2015.

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 АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. нарушившими 14

часть 1 статьи 18 Закон о рекламе при распространении 11.08.2015 в 19:07 на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы «БАЛКОН ПодКлюч! Утепление в ПОДАРОК до 16/08 РАССРОЧКА +79180998098 svf» от отправителя +7-902-359-51-69 (номер в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-359-51-69), направленной без надлежащим образом оформленного предварительного согласия абонента.

2. Выдать АО «Мобиком-Волга», ООО «Мобильный актив», ООО «ИНСТАМ», ООО «Моби Сервис», ИП Шепиленко М.Н. предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. 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.

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

Председатель Комиссии Н.В. Орлов

Члены Комиссии П.В. Олейник

Н.С. Уварова

Исполнитель: Уварова Н. С., тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. 159)

15