

ЗАО «Астрахань-GSM»

414000, г. Астрахань,
ул. Лычманова, д. 44

ООО «Астей»

644070, г. Омск,
ул. 10 Октября, д. 105, кв. 88

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «17» мая 2016 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 – П.В. Олейника, К.С. Сучковой,

рассмотрев дело № 3-18-25/77-16 в отношении ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей» по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-сообщения «ПЮ МоскВе от 3lor! Наши Водители профи! (84-99-75-41-4-5-4)», поступившей 18.02.2014 в 16:11, отправитель: «+79086287913» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-908-628-79-13), 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 «Астрахань-GSM», ООО «Астей» (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-25/77-16 возбуждено в отношении ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-

сообщения «ПЮ МоскВе от 3lor! Наши Водители профи! (84-99-75-41-4-5-4)», поступившей 18.02.2014 в 16:11, отправитель: «+79086287913» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-908-628-79-13).

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

Согласно материалам дела № 3-18-25/77-16, на номер телефона (...) 18.02.2014 в 16:11 поступила реклама следующего содержания: «ПЮ МоскВе от 3lor! Наши Водители профи! (84-99-75-41-4-5-4)».

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.

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 услугам такси, и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщения ПО МоскВе от 3lor! Наши Водители профи! (84-99-75-41-4-5-4)» исключительно в адрес одного физического лица — абонента.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (...), направлена на привлечение внимания потребителя к услугам такси 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

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

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей» 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 «Астрахань-GSM», ООО «Астей» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей» не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-25/77-16, указанная реклама распространялась на основании Договора № 06-02-02/14 от 07.02.2014 (далее — Договор), заключенного между ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Астей».

Согласно пункту 1.1 Договора, ЗАО «Астрахань-GSM» оказывает ООО «Астей» услуги по обеспечению круглосуточного доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о

доставке СМС сообщений в течение определенного периода.

Согласно пункту 2.1.4 Договора, ООО «Астей» обязалось не использовать выделенные каналы оборудования для организации СПАМа.

Под понятием «СПАМ», в соответствии с Договором, понимается рассылка смс-сообщений рекламного характера без предварительного согласия заказчика.

В соответствии с 2.3.1 Договора, ЗАО «Астрахань-GSM» вправе блокировать отправку смс, отправляемых ООО «Астей», в случае, если у ЗАО «Астрахань-GSM» есть основания предполагать, что смс, передаваемые ООО «Астей» являются спамом.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы «ПЮ МоскВе от 3lor! Наши Водители профи! (84-99-75-41-4-5-4)», изучив принятые ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого договора, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ООО «Астей» путем направления оспариваемого сообщения ЗАО «Астрахань-GSM» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей» 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 «Астрахань-GSM», ООО «Астей» 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 «Астрахань-GSM», ООО «Астей» 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 «Астрахань-GSM», ООО «Астей»

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 «Астрахань-GSM» (адрес: 414000, г. Астрахань, ул. Лычманова, д. 44) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1023000816486, ИНН 301503850.

ООО «Астей» (адрес: 644033, г. Омск, ул. Тарская, д. 149, оф. 103) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1135543032020, ИНН 5504240385.

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

Таким образом, распространение 18.02.2014 в 16:11 рекламы услуг такси на номер телефона (...) от отправителя «+79086287913» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-908-628-79-13) 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 «Астрахань-GSM», является лицом, осуществившим наряду с ООО «Астей» распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...).

ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей» 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 «Астрахань-GSM», ООО «Астей» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей», являются рекламодателями рекламы «ПО МоскВе от 3lor! Наши Водители профи! (84-99-75-41-4-5-4)», поступившей 18.02.2014 в 16:11, отправитель: «+79086287913»

(номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-908-628-79-13).

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 «Астрахань-GSM», ООО «Астей» 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 «Астрахань-GSM», ООО «Астей» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 18.02.2014 в 16:11 на телефонный номер (...) от отправителя «+79086287913» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-908-628-79-13) рекламы «ПО МоскВе от 3lor! Наши Водители профи! (84-99-75-41-4-5-4)» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей» 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 «Астрахань-GSM», ООО «Астей» не представлено.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Астей» 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 18.02.2014 в 16:11 рекламы «ПО МоскВе от 3lor! Наши Водители профи! (84-99-75-41-4-5-4)» на номер телефона (...) от отправителя «+79086287913» (номер, в соответствии с детализацией услуг

связи — +7-908-628-79-13), в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Выдать ЗАО «Астрахань-GSM» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «Астей» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. Не передавать 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.

Председатель Комиссии

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

П.В. Олейник

К.С. Сучкова

Исполнитель: Сучкова К.С., 8 (495) 784-75-05 (доб. 111)