

Согласно списку адресатов

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «28» июня 2016 г.
В полном объеме решение изготовлено «07» июля 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, Н.С. Уваровой,
рассмотрев дело № 3-18-89/77-16, возбужденное по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «БАЛКОН ПодКлюч! Утепление в ПОДАРОКдо02/08 РАССРО%ЧКА +79180998098 ТОН», поступившей 28.07.2015 в 10:57, отправитель: +7-902-359-15-48 (номер, в соответствии с детализацией услуг связи, - +7-902-359-15-48), 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 «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р.,

ИП Шепиленко М.Н. (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-89/77-16 возбуждено в отношении ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р., ИП Шепиленко М.Н. на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «БАЛКОН ПодКлюч! Утепление в ПОДАРОКдо02/08 РАССРО%ЧКА +79180998098 ТОН», поступившей 28.07.2015 в 10:57, отправитель: +7-902-359-15-48 (номер, в соответствии с детализацией услуг связи, - +7-902-359-15-48).

В дальнейшем в качестве лица, в чьих действиях усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе, в частности части 1 статьи 18 Закона о рекламе, привлечено ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» (428003, Чувашская Республика, г. Чебоксары, ул. Ярославская, д. 29, оф. 309).

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.

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 1022101131117, ИНН 2128024538, КПП 213001001.

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 «Мобильный маркетинг» (адрес: 614111, г. Пермь, ул. Солдатова, д. 42/4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 04.02.2009 за основным государственным регистрационным номером 1095903000434, ИНН 5903092227, КПП 590301001.

ИП Зинуровым А.Р. (адрес: 644119, г. Омск, <...>) является индивидуальным предпринимателем, включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей 07.02.2012 за основным государственным регистрационным номером 312554303800224, ИНН 550766833011.

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.

Согласно материалам дела №3-18-89/77-16 на номер телефона <...> 28.07.2015 в 10:57 поступила спорная реклама от отправителя: +7-902-359-15-48 (номер, в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-359-15-48).

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

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс-сообщения.

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

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

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

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства

индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

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

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного sms-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщения, в котором содержатся информация о услугах по ремонту, утеплению балконов, сведениями о возможности оплаты услуги 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 РФ 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.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы от ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинурову А.Р., ИП Шепиленко М.Н. он не давал. Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р., 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.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р., ИП Шепиленко М.Н. информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

В соответствии с Российским планом нумерации, а также письменными пояснениями ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», номер +7-902-359-15-48, с которого поступило спорное смс-сообщение принадлежит номерной емкости ЗАО «СМАРТС-Чебоксары».

Исходя из материалов дела № 3-18-89/77-16, 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» и ООО «Мобильный актив» (далее — Договор 1); договора возмездного оказания услуг № 743 от 28.02.2009, заключенного между ООО «Мобильный актив» и ООО «Мобильный маркетинг» (далее — Договор 2); договор № 1260/ММ от 25.06.2015, заключенный между ООО «Мобильный маркетинг» и

ИП Зинуровым А.Р. (далее - Договор 3); договор № 15 от 01.06.2015, заключенный между ИП Зинуровым А.Р. и ИП Шепиленко М.Н. (далее — Договор 4).

Согласно пункту 1.1 Договора 1, ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» 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 ЗАО «СМАРТС-Чебоксары».

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 2.1 Договора 2, ООО «Мобильный актив» обязуется оказать ООО "Мобильный маркетинг" услуги информационного характера по обеспечению взаимодействия между ООО «Мобильный маркетинг» и оператором сотовой связи посредством электронного интерфейса, принадлежащего исполнителю.

Согласно пункту 3.3 Договора 2, ООО «Мобильный маркетинг» обязуется формировать поручения на отправку смс-сообщений при наличии письменного согласия на получение таких сообщений от получателей сообщений.

В соответствии с пунктом 3.4 Договора 2, ООО «Мобильный маркетинг» обязуется не формировать поручения для оператора связи о направлении смс-сообщений, которые не соответствуют действующему законодательству Российской Федерации, в том числе: спам, сообщения, содержащие недостоверную информацию или ненормативную лексику и др.

При этом, в соответствии с разделом 1 Договора 2, под абонентами понимаются любые пользователи, подключенные к сотовым сетям оператора связи; операторами связи являются юридические лица, предоставляющие абонентам услуги подвижной сотовой связи на основании соответствующих лицензий; под смс понимается служба коротких сообщений, позволяющая отправлять и принимать короткие текстовые сообщения, предназначенные для мобильных телефонов подвижных и наземных сетей связи, в том числе стандарта GSM.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 3, ООО «Мобильный маркетинг» предоставляет ИП Зинурову А.Р. комплекс услуг информационно-технического характера по обеспечению взаимодействия между

ИП Зинуровым А.Р. о оператором сотовой связи по поводу осуществления смс-рассылок, а именно: услуги по обработке поручений на отправку смс-сообщений с целью их приведения в стандартную для оператора сотовой связи форму, а также услуги по формированию отчетов и динамической смене имени отправителя, иные сопутствующие услуги.

В соответствии с пунктом 3.3.1 Договора 3, ИП Зинуров А.Р. обязуется в обязательном порядке заблаговременно получить от абонента, на мобильный телефон которого планируется отправка смс-сообщений с информацией ИП Зинурова А.Р., согласие на получение таких смс-сообщений в форме, которая однозначно идентифицирует абонента как лица, давшего это согласие, позволяет предъявить указанное согласие ООО "Мобильный маркетинг" и/или оператору в случае необходимости по их запросу. Подписанием Договора 3 ИП Зинуров А.Р. гарантирует ООО «Мобильный маркетинг» наличие у него таких согласий.

Согласно пункту 3.5.1 Договора 3 ИП Зинуров А.Р. не имеет права использовать оказываемые ООО "Мобильный маркетинг" услуги, в том числе, для передачи смс-сообщений, соответствующих признакам СПАМа; смс-сообщений, нарушающих нормы действующего законодательства Российской Федерации (в том числе, закон о рекламе) и/или международного законодательства; для передачи информации абонентам, высказавшим ранее явное нежелание получать эту информацию.

При этом, согласно Разделу 2 Договора 3, под абонентом понимается физическое или юридическое лицо, пользующееся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из операторов связи; оператором сотовой связи является юридическое лицо, предоставляющее услуги подвижной радиотелефонной связи на основании лицензии; смс-сообщением является короткое текстовое сообщение, предназначенное для отправки на мобильный телефон абонента; под СПАМом понимается смс-сообщение, предназначенное по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту без его согласия на то, или не позволяющее определить отправителя этого смс-сообщения, или вводящее абонента в заблуждение относительно характера такого смс-сообщения или его отправителя.

Кроме того, в соответствии с 3.2.1 Договора 3, ООО «Мобильный маркетинг» имеет право приостановить (в том числе на неопределенное время) оказание услуг ИП Зинурову А.Р., если тот будет неоднократно оперировать смс-сообщениями, которые соответствуют определению СПАМа и/или условиям пункта 3.5.1 Договора 3.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 4, ИП Зинуров А.Р. оказывает услугу по предоставлению подключения и доступа к технической системе в порядке и на условиях, предусмотренных Договором 4 для передачи сообщений ИП Шепиленко М.Н. посредством технической системы ИП Зинурова А.Р. до узла связи оператора с целью последующей передачи абонентам.

Согласно пункту 2.4 Договора 4, ИП Шепиленко М.Н. обязуется, в том числе, предоставлять абонентам полную и достоверную информацию о стоимости, порядке и способах получения абонентами сообщений ИП Шепиленко М.Н., а также полную информацию, предусмотренную применимым законодательством, в том числе информацию о способе отказа адресата от полученных сообщений; получить письменное согласие абонента на телефон которого планируется отправка сообщения ИП Шепиленко М.Н., на получение абонентом таких сообщений в порядке и форме, предусмотренной применимым законодательством;

В соответствии с пунктом 2.6 Договора 4, ИП Шепиленко М.Н. не использовать подключение к технической системе ИП Зинурова А.Р. для организации отправки сообщений и информации, запрещенной применимым законодательством.

Кроме того, согласно пункту 2.7 Договора 4, ИП Шепиленко М.Н. Обязуется не использовать подключение к технической системе ИП Зинурова А.Р. 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. Запрещается отправка информации, сообщений не соответствующих применимому законодательству о рекламе, о 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 требованиям содержащимся в Федеральных законах «О рекламе», «О связи», «Об информационных технологиях и о защите информации».

При этом, согласно разделу «Определения» Договора 4, под абонентом (пользователем, адресатом) 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; технической системой (системой) является программно-аппаратный комплекс используемый ИП Зинуровым А.Р. для технического обеспечения предоставления контент-услуг в реальном масштабе времени посредством сети оператора/операторов сотовой связи с использованием абонентских терминалов, оборудования ИП Шепиленко М.Н. 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

направляемые в адрес абонента с целью информирования и/или привлечения их внимания; смс сообщением является короткое текстовое сообщение, содержащее информацию в цифровом текстовом формате; 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».

Согласно пункту 2.2.4 Договора 4, ИП Зинуров А.Р. имеет право заблокировать отправку сообщений при направлении ИП Шепиленко М.Н. сообщений, нарушающих применимое законодательство до выполнения ИП Шепиленко М.Н. обязательств по договору. При этом под применимым законодательством, в соответствии с Договором 4, понимается законодательство Российской Федерации, если иное не предусмотрено письменным соглашением сторон или, если иное не вытекает из императивных норм права другой страны, на территории, имеющей тесную связь с Договором 4.

Также, в соответствии с пунктом 2.9 Договора 4, в случае нарушения ИП Шепиленко М.Н. обязательств, перечисленных выше, ИП Зинуров А.Р. вправе приостановить предоставление услуг по Договору 4 до устранения ИП Шепиленко М.Н. указанного нарушения.

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 ИП Зинуров А.Р., от него последовательно к ООО «Мобильный маркетинг», ООО «Мобильный актив», ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» 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.

ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р., 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 получения.

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 возможности рассылки смс-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р., 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-распространителям.

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 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, ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуров А.Р., 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 ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинурова А.Р., 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 28.07.2015 в 10:57 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> от отправителя +7-902-359-15-48 (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-359-15-48) 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.

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 определенное распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуров А.Р., ИП Шепиленко М.Н. осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7-918-925-16-15 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 «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинурова А.Р., ИП Шепиленко М.Н. рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив»,

ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуров А.Р., ИП Шепиленко М.Н. являются рекламодателями рекламы «БАЛКОН ПодКлюч! Утепление в ПОДАРОКдо02/08 РАССРО%ЧКА +79180998098 ТОН», поступившей 28.07.2015 в 10:57, отправитель: +7-902-359-15-48 (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-359-15-48).

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 «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р., 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).

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинурова А.Р., ИП Шепиленко М.Н. установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 28.07.2015 в 10:57 на телефонный номер <...> от отправителя +7-902-359-15-48 (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-359-15-48) без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р., 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 (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама

размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р., ИП Шепиленко М.Н. предписания 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 28.07.2015.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности в настоящем случае 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 ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинурова А.Р., ИП Шепиленко М.Н. нарушившими часть 1 статьи 18 при распространении 28.07.2015 в 10:57 на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы «БАЛКОН ПодКлюч! Утепление в ПОДАРОКдо02/08 РАССРО%ЧКА +79180998098 ТОН» от отправителя +7-902-359-15-48 (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-359-15-48).

2. Выдать ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», ООО «Мобильный актив», ООО «Мобильный маркетинг», ИП Зинуровым А.Р., ИП Шепиленко М.Н. предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения 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

Н.С. Уварова