

Резолютивная часть решения оглашена «14» января 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «__» января 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. Климкиной,

членов Комиссии — Н.М. Семеновой, Н.П. Коляндра,

рассмотрев дело № 3-18-76/77-14 в отношении ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством СМС-сообщения «Осталось 4 дня : Калифорния 99р, Кису 99р, Батакон 99р. Su-ShiKing.ru», поступившего 28.10.2013 в 11:02, отправитель: SUSHI KING (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — (...)), с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38 ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившимися в распространении рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в отсутствие представителей ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-76/77-14 возбуждено в отношении ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» на основании обращения (...) (вх. № 35320 от 05.11.2013), по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС сообщения «Осталось 4 дня : Калифорния 99р, Кису 99р, Батакон 99р. Su-ShiKing.ru», поступившего 28.10.2013 в 11:02, отправитель: SUSHI KING (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — (...)).

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

Согласно материалам дела № 3-18-76/77-14 на номер телефона (...) 28.10.2013 в 11:02 поступила реклама следующего содержания «Осталось 4 дня : Калифорния 99р, Кису 99р, Батакон 99р. Su-ShiKing.ru», с указанием отправителя — «SUSHI KING» (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — (...)).

Поступление указанной рекламы на телефонный номер (...) подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы

настоящего дела (вх. № 35320 от 05.11.2013).

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 распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама 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 товарам, реализуемым посредством сайта «SUSHI KING», и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (...), направлена на привлечение внимания к товарам, реализуемым посредством сайта «SUSHI KING» и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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 ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн», не представлено, а умолчание абонента (непредставление сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Согласно обращению физического лица, своего согласия на получение рекламы посредством телефонной связи он не давал.

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

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» получения информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» не представлено.

Доводы ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн», относительно отсутствия у Обществ возможности отслеживать

содержание передаваемых ими смс-сообщений, приведенные в письменных пояснениях, признаны Комиссией Московского УФАС России несостоятельными в силу следующего.

Исходя из материалов дела № 3-18-76/77-14, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: Договора № 01-02-02-262/syst1 от 29.07.2010 (далее — Договор 1), заключенного между ОАО «СМАРТС» и ООО «А1 Системс»; Договора № 233-syst1 от 29.09.2011 (далее — Договор 2), заключенного между ООО «А1 Системс» и ООО «Документы онлайн».

Согласно представленным ОАО «СМАРТС» материалам, между ОАО «СМАРТС» и ООО «А1 Системс» был заключен Договор 1.

Согласно Договору 1, исполнителем является ОАО «СМАРТС», а ООО «А1 Системс» именуется заказчиком.

Согласно пункту 2.1 Договора 1, ОАО «СМАРТС» обязано по заданию ООО «А1 Системс» предоставлять услуги по созданию информационного канала, с использованием комплекса исполнителя.

Согласно пункту 1.2 Договора 1, под понятием комплекс понимается совокупность аппаратно-программных средств, установленных и действующих на территории каждой из сторон и используемых для выполнения условий данного договора.

Согласно пункту 2.2 Договора 1, исполнитель обязуется обеспечить круглосуточное функционирование своего комплекса для получения SMS-сообщений через комплекс заказчика и совместный с заказчиком информационный канал и отправки SMS-сообщений абонентам.

Согласно пункту 1.3 Договора 1, под понятием «Абоненты» подпадают физические лица, пользующиеся услугами операторов сотовой связи.

Согласно пункту 3.1.1 Договора 1, ОАО «СМАРТС» обязано обеспечить функционирование своего комплекса в соответствии с условиями настоящего договора, инструкциями заказчика и техническими возможностями своего комплекса.

При этом, согласно пункту 3.2.2 Договора 1, заказчик обязан не использовать свой комплекс и комплекс исполнителя для передачи SMS-СПАМа. Заказчик рассылает SMS-сообщения адресатам, которые дали согласие на получение информационных SMS-сообщений.

Согласно пункту 1.6 Договора 1, под понятием «СПАМ» понимается не запрошенное получателем сообщение рекламного характера.

Согласно пункту 3.2.3 Договора 1, заказчик обязан осуществлять

рассылку SMS-сообщений в соответствии с законодательством РФ.

При этом, согласно пункту 5.7 Договора 1, при нарушении заказчиком пункта 3.2 Договора 1 исполнитель вправе в одностороннем порядке приостановить действие пункта 3.1 Договора 1.

Также в материалы дела № 3-18-76/77-14 был представлен Договор 2, заключенный между ООО «А1 Системс», именуемые «Исполнителем» и ООО «Документы онлайн», именуемые «Заказчиком».

Согласно пункту 2.1 Договора 2, исполнитель обязуется по заданию заказчика передавать SMS-сообщения от заказчика посредством технических и программных средств исполнителя абонентам операторов.

Согласно пункту 3.1.4 Договора 2, заказчик обязуется не использовать SMSC и SME для передачи СПАМа. Заказчик рассылает SMS-сообщения только абонентам, которые дали согласие на получение SMS-сообщений.

Согласно пункту 1.5 Договора 2, под понятием «SME» понимается внешнее аппаратно-программное приложение заказчика, взаимодействующее с «SMSC» исполнителя по протоколу и обеспечивающее прием, обработку и отправку SMS-сообщений абоненту.

Согласно пункту 1.6 Договора 2, под понятием «SMSC» понимается центр передачи SMS-сообщений, ответственный за доставку SMS-сообщений абонентам и от абонентов заказчику.

Согласно пункту 1.9 Договора 2, под понятием «СПАМ» понимается незапрошенное получателем сообщение рекламного характера.

Также, согласно пункту 3.1.5 Договора 2, заказчик обязуется предоставлять исполнителю по его запросам документы и достоверные сведения, которые исполнитель запрашивает для оказания услуг по настоящему договору.

При этом, согласно пункту 3.4.2 Договора 2, ООО «А1 Системс» вправе требовать должного исполнения обязательств заказчиком, запрашивать и получать от заказчика любые документы и достоверные сведения, необходимые исполнителю для надлежащего оказания услуг по настоящему договору.

Согласно представленной ООО «Документы онлайн» информации, рассматриваемое сообщение было распространено (...) на основании договора, заключенного между ООО «Документы онлайн» и (...).

Определением о возбуждении производства по делу № 3-18-76/77-14 (НО/34849 от 31.10.2014) Комиссией Московского УФАС России были запрошены документы, подтверждающие факт распространения рассматриваемого сообщения (...).

Документы, затребованные определением по делу № 3-18-76/77-14, не представлены. Таким образом, распространение (...) рассматриваемого сообщения в рамках настоящего дела не установлено.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы «Осталось 4 дня : Калифорния 99р, Кису 99р, Батакон 99р. Su-ShiKing.ru», изучив принятые ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ООО «Документы онлайн» путем направления оспариваемого сообщения ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «спам», в том числе и рекламу.

При этом, у каждого из названных хозяйствующих субъектов имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс» 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 ФЗ «О рекламе», поскольку не устраняет условий, при которых такое лицо признается рекламодателем.

Исходя из перечисленных договоров, ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» имеют возможность не передавать рассматриваемую рекламу. Само по себе отсутствие участия какой-либо из сторон по делу в процессе формирования текста рекламы либо ее адресатов, не снимает с ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» ответственности по соблюдению требований статьи 18 ФЗ «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.

ОАО «СМАРТС» (адрес: 443013, г. Самара, ул. Дачная, д. 2, к. 2) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1026300955163, ИНН 6311008571, КПП 631501001.

ООО «А1 Системс» (адрес: 105082, г. Москва, Переведеновский пер., 13/13, стр. 4; 123557, г. Москва, ул. Суцевский Вал, д. 9, офис 402) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 5087746337091, ИНН 7703678459, КПП 770301001.

ООО «Документы онлайн» (адрес: 198332, г. Санкт-Петербург, Ленинский пр., д. 92/3-185; 191011, г. Санкт-Петербург, Банковский пер., д. 3, оф. 407) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1097847257067, ИНН 7807345447, КПП 780701001.

Согласно пункту 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 28.10.2013 в 11:02 на номер телефона (...) от отправителя «SUSHI KING» рекламы с текстом «Осталось 4 дня: Калифорния 99р, Кису 99р, Батакон 99р. Su-ShiKing.ru», с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламораспространитель — лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе», ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламораспространитель.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ОАО «СМАРТС» является лицом, осуществившим наряду с ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...).

ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» 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 ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» являются рекламораспространителями рекламы «Осталось 4 дня: Калифорния 99р, Кису 99р, Батакон 99р. Su-ShiKing.ru» поступившей 28.10.2013 в 11:02 на номер телефона (...) от отправителя «SUSHI KING».

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» не представлено. Вместе с тем, 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 ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» установлено нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», выразившееся в распространении 28.10.2013 в 11:02 на номер телефона (...) от отправителя «SUSHI KING» рекламы «Осталось 4 дня: Калифорния 99р, Кису 99р, Батакон 99р. Su-ShiKing.ru» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ОАО «СМАРТС», ООО «А1 Системс», ООО «Документы онлайн» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Временем совершения рассматриваемого нарушения является время поступления рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...), а именно 28.10.2013 в 11:02.

Таким образом, установлено, что возбуждение дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3

Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, невозможно.

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

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение 28.10.2013 в 11:02 на номер телефона (...) от отправителя «SUSHI KING» рекламы «Осталось 4 дня: Калифорния 99р, Кису 99р, Батакон 99р. Su-ShiKing.ru», в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать О А О «СМАРТС» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Выдать ООО «А1 Системс» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Выдать ООО «Документы онлайн» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
5. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в связи с истечением срока давности привлечения к административной ответственности.

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