

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «17» сентября 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «01» октября 2015 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – А.В. Дерманца, К.С. Сучковой,

рассмотрев дело № 3-18-116/77-15 в отношении ООО «Т2 Мобайл», ООО «Левино Телеком», ООО «Ореол», ООО «Армада» по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС сообщения следующего содержания: «Часы московской элиты! Премиум бренды Ulysse Nardin, nublot, rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru», поступившей 24.07.2013 в 12:46, отправитель: viptimeclub (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7 902 478 00 01) 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 ООО «Т2 Мобайл», ООО «Левино Телеком», ООО «Ореол», ООО «Армада» (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-117/77-15 возбуждено в отношении ООО «Т2 Мобайл», ООО «Левино Телеком», ООО «Ореол», ООО «Армада» на основании обращения (...) (вх. № 24714 от 14.08.2013) по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС сообщения следующего содержания: «Часы московской элиты! Премиум бренды Ulysse Nardin, nublot, rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru», поступившей 24.07.2013 в 12:46, отправитель: viptimeclub (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7 902 478-00-01).

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

Согласно материалам дела № 3-18-116/77-15 на номер телефона (...) поступила реклама следующего содержания: «Часы московской элиты! Премиум бренды Ulysse Nardin, nublot, rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru» 24.07.2013 в 12:46.

Поступление указанной рекламы на номер телефона (...) подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела (вх. № 24714 от 14.08.2013).

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 рекламных сообщений а равно более широкое толкование понятия рекламы, прямо следует из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В тексте рассматриваемой рекламы 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 (часам), и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также в материалы дела не представлено доказательств направления рассматриваемых СМС-сообщений исключительно в адрес одного абонента — заявителя.

Таким образом информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (...) направлена на привлечение внимания потребителя к товарам (часам) 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.

Заявителем в своем обращении прямо указано, что согласия на получение рекламы он не давал. Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ООО «Т2 Мобайл», ООО «Девико Телеком», ООО «Ореол», ООО «Армада» также 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 ООО «Т2 Мобайл», ООО «Девико Телеком», ООО «Ореол», ООО «Армада» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России на получение рекламы ООО «Т2 Мобайл», ООО «Девико Телеком», ООО «Ореол», ООО «Армада» не представлено.

Изучив материалы дела, оценив доказательства в их совокупности и взаимной связи, установила следующее.

Письмом ИК/23211 от 06.08.2014 Московским УФАС России был направлен запрос информации в адрес ЗАО «РТ-Мобайл» (ООО «Т2 Мобайл») относительно СМС сообщения следующего содержания: «Часы московской элиты! Премиум бранды Ulvse Nardin nublol rolex от 98000. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vin.ru». поступившей 24.07.2013 в 12:46. отправитель: vintimeclub (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-478-00-01).

В ответ на запрос информации ЗАО «РТ-Мобайл» сообщило следующее:

отправителем смс-сообщения рекламного характера, поступившего 24.07.2013 в 12:46 на абонентский номер <...> -916-642-34-15, является ООО «Девино Телеком». При этом указав, что номер <...> 902 478 00-01 является номером центра коротких сообщений. Договор на распространение рекламы Обществом не представлен.

Таким образом, Московское УФАС России направило запрос информации (ИК/27409 от 11.09.2014) в адрес ООО «Девино Телеком», запросив информацию относительно вышеуказанного сообщения, которое поступило 24.07.2013 в 12:46 с номера +7-902-478-00-01.

В свою очередь, ООО «Девино Телеком» представило в адрес Московского УФАС России ответ на запрос информации. В своем ответе Общество сообщило, что ООО «Девино Телеком» не является рекламодателем по факту отправки 24.07.2013 в 12:46 на абонентский номер <...> смс-сообщения следующего содержания: «Часы московской элиты! Премиум бренды Ilvsse Nardin nublol rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru», также указав, что рекламодателем указанной рекламы является ООО «Ореол» на основании договора, заключенного между ООО «Девино Телеком» и ООО «Ореол», при этом, согласно вышеуказанному договору, ООО «Ореол» осуществляет формирование базы абонентов, получает письменные согласия абонентов, формирует текст сообщений и делает рассылку самостоятельно. В свои письменные пояснения ООО «Девино Телеком» вставило детализацию по данному смс-сообщению с номером заявителя, отправителем данного сообщения и датой отправки. В графе «Дата создания» («Creation Date») смс-сообщения «Часы московской элиты! Премиум бренды Ilvsse Nardin nublol rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru» было указано 2013-08-07 08:41:57.

Далее запрос информации был направлен в адрес ООО «Ореол», согласно имеющемуся в материалах дела договору.

В свою очередь, ООО «Ореол» сообщило, что не является деловым партнером ООО «Девино Телеком» и рекламой Общество не занимается.

Согласно имеющимся документам и сведениям, в том числе договору между ООО «Девино Телеком» и ООО «Ореол», в котором помимо наименования «заказчика» (ООО «Ореол») присутствовала также личная подпись директора ООО «Ореол», Московским УФАС России 04.06.2015 было возбуждено дело № 3-18-116/77-15. В определении о возбуждении дела № 3-18-116/77-15 Московское УФАС России запросило у каждого хозяйствующего субъекта договор на распространение рассматриваемой рекламы с рекламодателем.

В ответ на определение о возбуждении, ООО «Девино Телеком» повторно представило договор с ООО «Ореол» и договор от 01.06.2015, заключенный между ООО «Девино Телеком» и ЗАО «РТ-Мобайл» (ООО «Т2 Мобайл»). Достоверность представленного договора вызывает у Комиссии Московского УФАС России сомнения ввиду того, что смс-сообщение «Часы московской элиты! Премиум бренды Ilvsse Nardin nublol rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru» распространено 24.07.2013 в 12:46, а представленный договор заключен 01.06.2015. Таким образом, представленный договор на момент поступления указанного смс-сообщения не вступил в силу. При этом, ООО «Т2 Мобайл» (ЗАО «РТ-Мобайл») представило в адрес Московского УФАС России договор от 27.02.2012, заключенный между ОАО «Ростелеком» (ЗАО «РТ-Мобайл», ООО «Т2 Мобайл») и ООО «Армада».

В связи с необходимостью получения дополнительных доказательств,

Комиссия Московского УФАС России на рассмотрении дела № 3-18-116/77-15 от 03.07.2015 в 14:30 определила продлить рассмотрение дела и привлечь в качестве ответчика также ООО «Армада». На рассмотрение дела № 3-18-116/77-15, которое было назначено на 06.08.2015 в 14:30, представители Обществ не явились. Таким образом, Комиссия Московского УФАС России решила отложить рассмотрение дела.

На заседании Комиссии 17.09.2015 в 14:30 Председатель Комиссии, а также члены Комиссии Московского УФАС России оценили имеющиеся сведения, доказательства, письменные пояснения Обществ, ошибки, которые были допущены в ответах за запросы информации, и решили следующее.

Указанная реклама распространялась на основании Договора об оказании услуг № 410-12 от 27.02.2012, заключенного между ООО «Т2 Мобайл» (ранее — ОАО «Ростелеком») и ООО «Армада».

Предметом договора об оказании услуг № 410-12 от 27.02.2012 является предоставление ООО «Т2 Мобайл» ООО «Армада» технической возможности осуществления с использованием оборудования ОАО «Ростелеком» отправки пользователям смс-сообщений.

Согласно пункту 1.3 договора об оказании услуг № 410-12 от 27.02.2012, под «оборудованием ООО «Т2 Мобайл» понимается аппаратно-программный комплекс в составе сети ООО «Т2 Мобайл», позволяющий осуществлять отставку смс-сообщений пользователям от оборудования ООО «Армада».

В соответствии с пунктом 3.3.1 договора об оказании услуг № 410-12 от 27.02.2012, ООО «Армада» обязано обеспечить при осуществлении отправки пользователям смс-сообщений исполнение требований названного договора, норм действующего законодательства, в том числе законодательства о рекламе.

В соответствии с пунктами 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 договора об оказании услуг № 410-12 от 27.02.2012, ООО «Армада» обязалось: обеспечить наличие согласия пользователей на получение ими смс-сообщений в рамках рассматриваемого договора; не направлять пользователям смс-сообщения без получения их письменного согласия; предоставить ООО «Т2 Мобайл» документальное подтверждение письменного согласия пользователей на получение смс-сообщений в течение 5 рабочих дней с момента получения соответствующего письменного запроса ООО «Т2 Мобайл».

При этом согласно пункту 3.2.3 договора об оказании услуг № 410-12 от 27.02.2012 ООО «Т2 Мобайл» вправе приостановить исполнение обязательств по рассматриваемому договору в случае нарушения ООО «Армада» условий договора и (или) действующего законодательства при отправки пользователям смс-сообщений.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы: «Часы московской элиты! Премиум бренды Ulysse Nardin, nublot, rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru», поступившей 24.07.2013 в 12:46, отправитель: viptimeclub (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7 902 478 00 01), изучив принятые ООО «Т2 Мобайл» ООО «Армада» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого договора Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ООО «Армада» путем направления рассматриваемого сообщения ООО «Т2 Мобайл» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» 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 распространяемым лицам не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» 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 вышеуказанного договора, ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» 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 ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» 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.

ООО «Т2 Мобайл» (191002 г. Санкт-Петербург ул. Ластовского д. 15) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1027700198767 ИНН 7707049388, КПП 784001001.

ООО «Армада» (адрес: 614017 г. Пермь, ул. Тургенева д. 12, оф. 62) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным

номером 1095906004897, ИНН 5906093606, КПП 590601001.

Таким образом, установлен факт распространения рекламы: «Часы московской элиты! Премиум бренды Ulysse Nardin, nublot, rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru», поступившей 24.07.2013 в 12:46, отправитель: viptimeclub (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7 902 478 00 01) с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Таким образом, распространение рассматриваемой рекламы на номер телефона () от отправителя «vitimeclub» 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 установлен факт распространения ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7 916 642 34 15.

ООО «Т2 Мобайл» ООО «Армада» 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 ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» являются рекламодателями рекламы: «Часы московской элиты! Премиум бренды Ulysse Nardin nublot rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru», поступившей 24.07.2013 в 12:46.

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, ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» 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 ООО «Т2 Мобайл» ООО «Армада» установлен факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе выпавшего в распространении 24.07.2013 в 12:46 на телефонный номер (...) от отправителя «viptimeclub» рекламы: «Часы московской элиты! Премиум бренды Ulysse Nardin, nublot, rolex от 98000. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» 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.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Т2 Мобайл», ООО «Армада» предписаний 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 Закона о рекламе.

Временем совершения рассматриваемого нарушения является время поступления рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...), а именно 24.07.2013 в 12:46.

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 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение на телефонный номер (...) рекламы: «Часы московской элиты! Премиум бренды Ulysse Nardin, nublot, rolex от 9800р. 100% реплики. Гарантия. Сегодня дешевле еще на 20%! 9vip.ru», поступившей 24.07.2013 в 12:46, отправитель: viptimeclub (номер < > в соответствии с детализацией услуг связи — +7 902 478 00 01) в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ООО «Т2 Мобайл» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Выдать ООО «Армада» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. 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.
 1. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.