

НО/23574 от 07.06.2016

ООО «ОСК»

115114, г. Москва,

ул. Летниковская, д. 10, стр. 1

ООО «Рапporto»

127254, г. Москва,

Огородный пр-д, д. 5. стр. 3, оф. 713

109004, г. Москва,

ул. Александра Солженицына, д. 9, стр.6

ООО «Сан-Мишель»

129226, г. Москва,

проспект Мира, д. 131, к. 1

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «29» апреля 2016 г.

В полном объеме решение изготовлено «24» 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 – Н.В. Орлова,

членов Комиссии – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой,

рассмотрев дело № 3-00-20/77-16 в отношении ООО «ОСК», ООО «Рапporto»,

ООО «Сан-Мишель» по факту распространения на телефонный номер <...>

посредством

СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «1 апреля Дарим 20 % на коллекцию

Miracle! И это не шутка!», поступившей 01.04.2015 в 11:04, отправитель: misslo.com

(номер в

соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11), 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 «ОСК», ООО «Рапporto» (надлежащим образом уведомлены),

в присутствии представителя ООО «Сан-Мишель» в лице С.А. Раченкова на

основании доверенности от 10.04.2016 № б/н,

УСТАНОВИЛА:

Дело №3-00-20/77-16 возбуждено в отношении ООО «ОСК», ООО «Рапporto»,

ООО «Сан-Мишель» на основании обращения <...>

(вх. № 14479 от 28.04.2015) по факту распространения на телефонный номер <...>

посредством СМС-сообщения рекламы «1 апреля Дарим 20 % на коллекцию

Miracle! И это

не шутка!», поступившей 01.04.2015 в 11:04, отправитель: misslo.com (номер в

соответствии с

детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11).

Комиссия Московского УФАС России, исследовав материалы дела, оценив

доказательства в их совокупности и взаимной связи, установила следующее. Согласно материалам дела № 3-00-20/77-16 на номер телефона <...> 01.04.2015 в 11:04 поступила реклама следующего содержания: «1 апреля Дарим 20 % на коллекцию

Miracle! И это не шутка!».

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. № 16059 от 13.05.2015).

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.

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.

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 «новой коллекции одежды Miracle» и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления sms-сообщения

«1 апреля Дарим 20 % на коллекцию Miracle! И это не шутка!» исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, направлена на привлечение внимания потребителя к «новой коллекции

одежды Miracle» 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.

Согласно поступившему заявлению <...>, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы от ООО «ОСК», ООО «Рапporto», ООО «Сан-Мишель» он не давал.

Однако в материалах дела имеется пояснительное письмо, предоставленное ООО «Рапporto», в котором указывается, что «Абонент +79035220174 24 октября 2012 года в 00:31 произвел самостоятельную регистрацию на сайте shop.misslo.com...и дал согласие на sms информирование.....», а также приложение в виде незаверенного надлежащим образом скриншота, предположительно, сайта в сети Интернет.

Комиссия оценивает доказательства в совокупности, основываясь на содержании полученной доказательственной информации, ее достоверности,

полноты, способности подтвердить или опровергнуть искомые факты. Оценка производится при непосредственном и всестороннем исследовании, на основании допустимости и относимости доказательств, в их взаимной связи и достаточности. На основании критерия допустимости Комиссия относится критически к данному приложению к пояснительному письму как к надлежащему доказательству согласия абонента на получение рекламной рассылки, так как данное обстоятельство, имеющее ведущую роль при рассмотрении данного дела, должно быть подтверждено только определенными, и никакими иными средствами доказывания, коим и является безусловное, подтверждающее однозначное волеизъявление и персонально идентифицируемое согласие абонентов или пользователей на получение рекламных сообщений от Общества или от партнеров Общества. Однако, в представленном Обществом скриншоте отсутствует какая-либо информация, позволяющая однозначно сделать вывод о том, что согласие на получение рекламных сообщений было дано именно <...>. Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных» (далее — Закон о персональных данных), персональными данными является любая информация, относящаяся прямо или косвенно к определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных). В рассматриваемом скриншоте из искомой информации содержится лишь телефонный номер и никаких других персональных данных (к примеру, совокупности имени, фамилии, отчества, паспортных данных или совокупности иных данных, позволяющих однозначно идентифицировать определенного человека) Обществом представлено не было. Кроме того, Комиссия приходит к выводу, что графу «Телефон» на рассматриваемом скриншоте мог заполнить любым набором цифр или оставить любой телефонный номер пользователь или программа автоматического набора, имевшие доступ к открытому сайту shop.misslo.com в сети Интернет. Относительно критерия достоверности данного доказательства Комиссия выражает сомнение и поясняет следующее. Непреодолимое сомнение заключается в том, что в данном доказательстве нарушен порядок составления, а именно: данный скриншот не заверен надлежащим образом, и представляет собой совокупность пустых полей (граф) для заполнения данных с такими наименованиями, как: «тип деятельности», «руководитель предприятия», «наименование предприятия» и т. п. На основании представленных данных не представляется возможность сделать вывод о источнике происхождения такого скриншота, его принадлежности именно к Интернет-сайту shop.misslo.com, а также о том, что данный раздел вообще является формой для оставления заказа на приобретение товаров физическими лицами. Иных доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ООО «ОСК», ООО «Раппорто», ООО «Сан-Мишель» 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 «ОСК», ООО «Раппорто», ООО «Сан-Мишель» информации о наличии либо

отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на

получение рекламы, ООО «ОСК», ООО «Раппорто», ООО «Сан-Мишель» не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-00-20/77-16, указанная реклама

распространялась на

основании последовательно заключенных договоров: договора о предоставлении услуг

№ sms-29/10-10 от 01.10.2015, заключенного между ООО «ОСК» и ООО «Раппорто»;

договора № СМ 04/15 о предоставлении доступа к системе Rapporto,

заключенного между

ООО «Раппорто» и ООО «Сан-Мишель».

ООО «ОСК» заключило договор о предоставлении услуг № sms-29/10-10 от 01.10.2015 с ООО «Раппорто».

В соответствии с пунктом 1.1 договора № sms-29/10-10 от 01.10.2015, ООО «ОСК»

предоставляет за плату ООО «Раппорто» услугу «доступа к программному приложению,

обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS-сообщений

(далее - Услуги)».

При этом, согласно пункту 2.1.1. договора № sms-29/10-10 от 01.10.2015, под

«Системой SMSFinance» понимается комплекс программных средств, позволяющих ООО «Раппорто» регистрироваться, отправлять смс-сообщения и получать отчет

о доставке

сообщений, также, в том же пункте вышеназванного договора под «СПАМом»

понимается

массовая рассылка SMS-сообщений рекламного или иного характера лицам, не являющимся

абонентами ООО «Раппорто», а также рассылка им информации, не относящейся к предмету

данного договора.

К тому же, согласно пункту 5.1 данного договора, ООО «ОСК» имеет возможность немедленно приостановить предоставление Услуг, а также провести собственное

внутреннее

расследование на каждый спорный случай СПАМ-рассылки, и в случае

подтверждения

таковой рассылки, расторгнуть в одностороннем порядке договор в соответствии с пунктом

6.3 данного договора.

Таким образом, Комиссия делает вывод о возможности у ООО «ОСК» и

ООО «Раппорто» контроля и пресечения СПАМ-рассылки абонентам, без согласия последних на получение рекламных, информационных и иных материалов,

выраженного в форме, достаточной для их идентификации или подтверждения волеизъявления на получение таких сообщений.

В свою очередь, ООО «Раппорто» заключило договор № СМ 04/15 о предоставлении

доступа к системе Rapporto с ООО «Сан-Мишель».

При этом, согласно пункту 1.1. данного договора, под «Системой Rapporto» понимается комплекс оборудования и программного обеспечения, принадлежащий ООО

«Раппорто», способный осуществлять передачу SMS-сообщений абонентам.

Система

позволяет ООО «Сан-Мишель» формировать и отправлять SMS-сообщения абонентам,

отслеживать их статус, а также управлять ими.

Предметом соглашения является, согласно пункту 2.1 вышеуказанного договора формирование, планирование и доставка до абонентов различных SMS-рассылок и управление ими. Также, под «СПАМом» в соответствии с содержанием пункта 1.5 данного

договора подразумевается рассылка SMS-сообщений рекламного характера, осуществленная

на телефоны абонентов без их предварительного согласия, а также рассылка, вводящая

абонентов в заблуждение относительно содержания SMS-сообщений или их отправителя.

К тому же, согласно пункту 3.2.3 указанного договора, у ООО «Раппорто» имелась возможность в одностороннем порядке приостановить доступ к системе для

ООО «Сан-Мишель» или вовсе прекратить свое исполнение обязательств по договору, в

случае нарушения последними обязанности, предусмотренной пунктом 3.3.2 договора, а

именно — ООО «Сан-Мишель» в обязательном порядке должно получить предварительное

письменное согласие абонента, на номер которого будут производиться отправка SMS-сообщений, а также любым доступным способом довести до его сведения информацию

о способе отказаться от дальнейшего получения SMS-сообщений.

Также, согласно пункту 7.1, данный договор мог быть расторгнут ООО «Раппорто» в одностороннем порядке, при нарушении вышеуказанного положения договора.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы «1 апреля

Дарим 20 % на коллекцию Miracle! И это не шутка!», изучив принятые ООО «ОСК», ООО

«Раппорто», ООО «Сан-Мишель» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ООО «Сан-Мишель» путем направления оспариваемого

сообщения ООО «ОСК», ООО «Раппорто» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ООО «ОСК», ООО «Рапporto», ООО «Сан-Мишель» 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, ООО «ОСК», ООО «Рапporto»

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.

Наличие обязательства 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 содержания перечисленных договоров, ООО «ОСК», ООО «Рапporto», ООО «Сан-Мишель» 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 ООО «ОСК», ООО «Рапporto», ООО «Сан-Мишель» 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.

Таким образом, при распространении 01.04.2015 в 11:04 рекламы «новой коллекции одежды Miracle» на номер телефона <...> от отправителя misslo.com установлено нарушение

части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

ООО «ОСК» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным

регистрационным номером 1057746705631, ИНН 7705658056.

ООО «Рапporto»(127254, г. Москва, Огородный пр-д, д. 5. стр. 3, оф. 713) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1087746876029, ИНН 7715710393.

ООО «Сан-Мишель» (129226, г. Москва, проспект Мира, д. 131, к. 1) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1157746148823, ИНН 7717158033. Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Таким образом, распространение 01.04.2015 в 11:04рекламы «новой коллекции одежды

Miracle» на номер телефона <...> от отправителя misslo.comс нарушением части 1 статьи 18

Закона о рекламе является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем 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 рекламораспространители.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ООО «ОСК» является лицом,

осуществившим наряду с ООО «Рапporto»распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...>.

ООО «ОСК», ООО «Рапporto», ООО «Сан-Мишель»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 «ОСК», ООО «Рапporto», ООО «Сан-Мишель»рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ООО «ОСК», ООО «Рапporto», ООО «Сан-Мишель»являются рекламораспространителями рекламы «1 апреля Дарим 20 % на коллекцию

Miracle! И это не шутка!», поступившей 01.04.2015 в 11:04, от отправителя misslo.com.

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 «ОСК», ООО «Рапporto», ООО «Сан-Мишель»не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашения.



Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «ОСК», ООО «Раппорто», ООО «Сан-Мишель» установлено нарушение части 1 статьи

18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 01.04.2015 в 11:04 на телефонный

номер <...> от отправителя misslo.com рекламы «1 апреля Дарим 20 % на коллекцию Miracle! И

это не шутка!» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы ООО «ОСК», ООО «Раппорто», ООО «Сан-Мишель» 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 «ОСК», ООО «Раппорто», ООО «Сан-Мишель» 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 01.04.2015 в 11:04.

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 рекламе,

Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим осуществленное ООО «ОСК», ООО «Раппорто», ООО «Сан-Мишель» распространение рекламы «1 апреля Дарим 20 % на коллекцию Miracle!

И это не шутка!», поступившей на номер телефона <...>, от отправителя: misslo.com, в связи с

нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Выдать ООО «ОСК» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

4. Выдать ООО «Сан-Мишель» 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.

Председатель Комиссии Н.В. Орлов

Члены Комиссии П.В. Олейник

Н.С. Уварова

Исполнитель: В.О. Донаева 8 (495) 784-75-05 (доб. 167)