

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «07» августа 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «21» сентября 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 № 3-18-114/77-15 в отношении ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Левин Телеком» (...) по факту распространения на телефонный номер (...) посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Автомобили с пробегом по цене закупки до 31.01! Рольф: 84957858289», поступившей 20.01.2014 в 11:05, отправитель: Rolf24 (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7 913 986 99 90), 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 ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Левин Телеком», (...) (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-114/77-15 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Левин Телеком» (...) на основании обращения (...) (вх. № 1427 от 20.01.2014) по факту распространения на телефонный номер (...) посредством СМС-сообщения рекламы «Автомобили с пробегом по цене закупки до 31.01! Рольф: 84957858289», поступившей 20.01.2014 в 11:05, отправитель: Rolf24 (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7 913 986 99 90).

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

Согласно материалам дела № 3-18-114/77-15 на номер телефона (...) 20.01.2014 в 11:05 поступила реклама следующего содержания: «Автомобили с пробегом по цене закупки до 31.01! Рольф: 84957858289».

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. № 7790 от 17.03.2014).

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 реализуемым компанией «Рольф» товарам (автомобилям с пробегом) и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщения «Автомобили с пробегом по цене закупки до 31.01! Рольф: 84957858289» исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (...), направлена на привлечение внимания потребителя к реализуемым компанией «Рольф» товарам (автомобилям с пробегом) 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 ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девико Телеком», (...) он не давал. Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девико Телеком», (...) 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 ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девико Телеком», (...) информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девико Телеком», (...) не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-114/77-15, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора № П130372386 об оказании SMS-услуг от 15.11.2013 (далее — Договор 1), заключенного между ПАО «МТС» и ООО «ОСК»; договора № SMS-38/12-13 оказания услуг от 01.12.2013 (далее — Договор 2), заключенного между ООО «ОСК» и ООО «Девико Телеком»; договора оказания услуг № ДТ-К/013528 от 08.10.2013 (далее — Договор 3), заключенного между ООО «Девико Телеком» и (...)

Согласно предмету Договора 1 ПАО «МТС» оказывает ООО «ОСК» SMS-услуги.

Согласно пункту 1.3 Договора 1. под «SMS-услугой» понимается комплекс услуг ПАО «МТС» по передаче, приему и обработке SMS-сообщений (коротких текстовых сообщений) от ООО «ОСК» к пользователю.

Согласно пункту 1.4 Договора 1. под понятием «пользователь» понимается физическое или юридическое лицо, заключившее с ПАО «МТС» договор на оказание услуг связи и являющееся зарегистрированным пользователем услуг ООО «ОСК».

В соответствии с пунктами 3.3.6. 3.3.7 Договора 1. ООО «ОСК» обязалось не осуществлять распространение рекламы с использованием Сервисного номера без получения от ПАО «МТС» согласия на такое распространение рекламы. В случае получения согласия ПАО «МТС» на распространение рекламы с использованием Сервисного номера ООО «ОСК» обязуется осуществлять распространение рекламы с использованием такого номера только среди Пользователей, давших ООО «ОСК» предварительное и надлежащее согласие на получение от последнего рекламы по сетям электросвязи.

Согласно пункту 3.5.3. Договора 1. ПАО «МТС» вправе приостановить оказание услуг в случае нарушения ООО «ОСК» пункта 3.3.7. рассматриваемого договора.

В свою очередь ООО «ОСК» заключило Договор 2 с ООО «Девико Телеком».

Согласно пункту 1.1 Договора 2. предметом указанного договора является оказание ООО «ОСК» ООО «Девико Телеком» услуги по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений адресатам ООО «Девико Телеком» (клиентам или иным, указанным ООО «Девико Телеком», третьим лицам) посредством подключения и обслуживания ООО «Девико Телеком» в электронной системе «SMSFinance».

В соответствии с пунктом 9 Приложения № 2 Правил предоставления услуг, являющемуся неотъемлемой частью Договора 2. ООО «Девико Телеком» обязуется не использовать услуги для распространения ненужной получателю, незапрошенной последней информации, информации вида СПАМ: ООО «Девико Телеком» обязуется не использовать Услуги для передачи или приема материалов, противоречащих действующему российскому законодательству.

Под «услугами», в рамках Приложения № 2 Правил предоставления услуг, понимаются услуги, оказываемые на основании Договора 2. по формированию и отправке сообщений, предоставляются посредством формирования соответствующих запросов системе.

Согласно разделу 1 Приложения № 2 Правил предоставления услуг, под «СПАМОМ» понимается сообщение рекламного или иного характера, направленные лицу без его предварительного согласия.

При этом, согласно пункту 4.2.2 Договора 2. ООО «ОСК» вправе приостановить оказание услуг в случае поступления к ООО «ОСК» информации о существенном нарушении ООО «Девико Телеком», закрепленных в Приложении № 2 к рассматриваемому договору, Правил предоставления услуг.

В свою очередь ООО «Девико Телеком» заключило Договор 3 с (...) Также между ООО «Девико Телеком» и (...) было заключено Дополнительное соглашение № 1 к Договору 3, являющемуся неотъемлемой частью настоящего договора.

Согласно Дополнительному соглашению № 1 к Договору 2. предметом указанного дополнительного соглашения является предоставление ООО

«Девино Телеком» (...) доступа к личному кабинету.

Согласно пункту 3.3.1 Дополнительного соглашения № 1 (...) обязался соблюдать требования законодательства Российской Федерации, в том числе Закон о рекламе в отношении пользователя услуг. Также согласно пункту 3.3.4 Дополнительного соглашения № 1 (...) обязался не использовать подключение к DEVINO Platform для организации СПАМА.

Под «СПАМОМ», согласно пункту 1.12 Дополнительного соглашения № 1, понимается рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная на Мобильные Терминалы Подписчиков без предварительного согласия Подписчиков, заведомо вводящая Подписчиков в заблуждение относительно содержания указанных сообщений/запросов или их отправителя.

При этом, согласно пункту 3.2.2 Дополнительного соглашения № 1, ООО «Девино телеком» вправе заблокировать личный кабинет (...) при рассылке сообщений подпадающих под понятие «СПАМ»

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы «Автомобили с пробегом по цене закупки до 31.01! Рольф: 84957858289», изучив принятые ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» (...) на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось (...) путем направления оспариваемого сообщения ООО «Девино Телеком», ООО «ОСК», ПАО «МТС» с целью дальнейшего доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком», (...) предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «спам», в том числе и рекламу.

При этом, в каждом 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, ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» (...) 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, ПАО «МТС», ООО

«ОСК», ООО «Девино Телеком», (...) 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 ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком», (...) 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 20.01.2014 в 11:05 рекламы товаров, реализуемых компанией «Рольф», на номер телефона (...) от отправителя «Rolf24» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

ПАО «МТС» (109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1027700149124, ИНН 7740000076.

ООО «ОСК» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1057746705631, ИНН 7705658056.

ООО «Девино Телеком» (127018, г. Москва, ул. Свишевский Вал, д. 16, стр. 6) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1107746769162, ИНН 7715829230.

(...) (...) является индивидуальным предпринимателем, зарегистрирован и внесен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей за основным государственным регистрационным номером 313784725200517, ИНН 780437205633.

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

Таким образом, распространение 20.01.2014 в 11:05 рекламы товаров и услуг на номер телефона (...) от отправителя «Rolf24» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатели.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «МТС» является лицом, осуществившим наряду с ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» и (...) распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...).

ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» и (...) 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 ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» и (...) рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» и (...) являются рекламодателями рекламы «Автомобили с пробегом по цене закупки до 31.01! Рольф: 84957858289», поступившей 20.01.2014 в 11:05 от отправителя «Rolf24».

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, ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» и (...) 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 ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» и (...) установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 20.01.2014 в 11:05 на телефонный номер (...) от отправителя «Rolf24» рекламы «Автомобили с пробегом по цене закупки до 31.01! Рольф: 84957858289» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» и (...) 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 ПАО «МТС», ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» и (...) 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 20.01.2014 в 11:05.

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 распространение 20.01.2014 в 11:05 рекламы «Автомобили с пробегом по цене закупки до 31.01! Рольф: 84957858289» на номер телефона (...) от отправителя «Rolf24». в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ПАО «МТС» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Выдать ООО «ОСК» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Выдать ООО «Девино Телеком» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
5. Выдать (...) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
6. 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.

1.

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

1.

1.

1.