

ООО «ОСК»
115114, г. Москва, ул. Летниковская,
д. 10, стр. 1

ООО «СКМ Технолоджи»
111524, г. Москва, ул. Электродная,
д. 2, стр. 12-13-14

ООО «ИБМ»
192102, г. Санкт-Петербург,
ул. Дубровская, д. 6, лит. А,
пом. 21-Н

95279, г. Санкт-Петербург,
Индустриальный пр-т, д. 40, корп.
1, кв. 323

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «27» марта 2014 г.
В полном объеме решение изготовлено «10» апреля 2014 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 – (...), членов Комиссии – (...), (...), (...), рассмотрев дело № 3-18-133/77-13 в отношении ООО «ОСК» (адрес: г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1), ООО «СКМ Технолоджи» (адрес: г. Москва, ул. Электродная, д. 2, стр. 12-13-14), ООО «ИБМ» (адрес: г. Санкт-Петербург, ул. Дубровская, д. 6, лит. А, пом. 21-Н; г. Санкт-Петербург, Индустриальный пр-т, д. 40, корп.1, кв. 323) по факту распространения на номер

телефона (...) от отправителя «SM-KLINIKA» 27.04.2013 в 12:32 рекламы с текстом «В «СМ-Клиника» 1-10 мая без выходных и очередей, удобные часы работы. 600 врачей для взрослых и детей. Экстренная диагностика, рентген, УЗИ, МРТ, КТ и др. Операционные стационары. СКОРАЯ ПОМОЩЬ, вызов на дом по Москве и МО. Подробности и запись по тел. 84957774849. Возможны противопоказания, проконсультируйтесь с врачом», 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 использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, в отсутствие законных представителей ООО «ОСК», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ИБМ» (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-133/77-13 возбуждено в отношении ООО «ОСК», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ИБМ», на основании обращения физического лица, поступившего в Московское УФАС России (вх. № 37357 от 14.05.2013), по факту поступления 27.04.2013 в 12:32 на номер телефона (...) от отправителя «SM-KLINIKA» рекламы следующего содержания: «В «СМ-Клиника» 1-10 мая без выходных и очередей, удобные часы работы. 600 врачей для взрослых и детей. Экстренная диагностика, рентген, УЗИ, МРТ, КТ и др. Операционные стационары. СКОРАЯ ПОМОЩЬ, вызов на дом по Москве и МО. Подробности и запись по тел. 84957774849. Возможны противопоказания, проконсультируйтесь с врачом».

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

Согласно материалам дела № 3-18-133/77-13 на номер телефона (...) 27.04.2013 в 12:32 поступила реклама следующего содержания: «В «СМ-Клиника» 1-10 мая без выходных и очередей, удобные часы работы. 600 врачей для взрослых и детей. Экстренная диагностика, рентген, УЗИ, МРТ, КТ и др. Операционные стационары. СКОРАЯ ПОМОЩЬ, вызов на дом по Москве и МО. Подробности и запись по тел. 84957774849. Возможны противопоказания, проконсультируйтесь с врачом», с указанием отправителя - «SM-KLINIKA».

Поступление указанной рекламы на номер телефона (...) подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела № 3-18-133/77-13 (вх. № 7357 от 14.05.2013).

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе — 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 - любое 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 тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой 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 объект рекламирования — 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 медицинским услугам, оказываемым «СМ-Клиника» и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона 8-916-391-19-27, направлена на привлечение внимания к оказываемым «СМ-Клиника» медицинским услугам, и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

Как усматривается из материалов дела, в соответствии с данными содержащимися в детализированной выписке на телефонный номер 8-916-391-19-27, заявителем получено смс-сообщение с указанием в поле отправителя - «SM-KLINIKA». В процессе рассмотрения обращения было установлено, что короткий номер «SM-KLINIKA» выделен ООО «ОСК».

Исходя из материалов дела № 3-18-133/77-13, указанная реклама распространялась на основании Договора об оказании услуг № sms-29/09-12 от

01.09.2012 (далее — Договор 1), заключенного между ООО «ОСК» и ООО «СКМ Технолоджи» и на основании Договора об оказании услуг № 02-ИБМ-13 (далее — Договор 2), заключенного между ООО «СКМ Технолоджи» и ООО «ИБМ».

Согласно пункту 1.1. Предметом Договора 1 является оказание Исполнителем Заказчику услуг по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений адресатам Заказчика (клиентам или иным, указанным Заказчиком, третьим лицам) посредством подключения и обслуживания Заказчика в электронной системе «SMSFinance».

Согласно пункту 2.5 Договора 1, Исполнитель (ООО «ОСК») вправе получать от Заказчика (ООО «СКМ Технолоджи») необходимые для надлежащего исполнения обязательств по настоящему Договору разъяснения, касающиеся деятельности Заказчика и содержания предоставленных документов и информации.

Согласно пункту 3 Приложения № 2 передача от Заказчика к Исполнителю информации по отправляемым Сообщениям (текст Сообщения, номер телефона Абонента и др. требуемая информация) происходит в Системе через сеть Интернет.

В пункте 5 Главы 1 Приложения № 2 к Договору 1 «Абонент» определяется как лицо, с которым у Заказчика имеется договоренность об отправке на его мобильный телефон сообщений.

Следовательно, Исполнитель имел право запросить у Заказчика документальное подтверждение договоренности ООО «ОСК» с Пользователями на получение SMS-сообщений в рамках настоящего Договора.

Согласно пункту 9 Приложения № 2 к Договору 1 Заказчик обязуется не использовать Услуги для распространения ненужной получателю, незапрошенной последним информации, информации вида СПАМ.

Согласно пункту 4.1. Договора 1 Исполнитель вправе приостановить оказание услуг до момента устранения Заказчиком нарушений порядка пользования услугами.

Следовательно, ООО «ОСК» в силу указанных выше условий Договора 1, могло влиять на рассылку сообщений, в том числе, с целью предотвращения нарушения законодательства о рекламе. Вместе с тем, ООО «ОСК» не предпринято всех возможных мер для предотвращения такого правонарушения.

В свою очередь ООО «СКМ Технолоджи» заключило Договор 2 с ООО «ИБМ». Согласно пункту 2.1. предметом Договора 2 является обязанность Исполнителя оказать, а Заказчика принять и оплатить рекламные услуги согласно приложению № 3.

Согласно пункту 3.2.2. Договора 2, Заказчик (ООО «ИБМ») обязуется предоставлять информацию и Материалы использование и соблюдение которых не приведет к нарушению Законодательства РФ, в том числе закона о рекламе и положений законодательства о защите результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, а также законных прав и интересов третьих лиц, в том числе не будет противоречить внутренним убеждениям Исполнителя о допустимости рекламы тех или иных вещей, товаров и услуг. В случае несоблюдения Заказчиком данного пункта, Исполнитель (ООО «СКМ Технолоджи») имеет право отказать

Заказчику в размещении рекламы.

Согласно пункту 3.2.8. Договора 2 Заказчик обязуется представить Исполнителю на согласование предполагаемый к размещению в качестве Рекламы материал (сведения, информацию), а также все необходимые сертификаты, лицензии и пр. не позднее, чем за 7 (семь) рабочих дней до планируемой даты размещения Рекламы.

Следовательно, Исполнитель имел возможность знакомиться с информацией и подтверждающими эту информацию документами, а также согласовывать ее перед размещением. Более того, в соответствии с пунктом 3.2.2. Договора 2, Исполнитель имел право отказать в размещении рекламы, а следовательно - повлиять на рассылку сообщений с целью предотвращения нарушения законодательства о рекламе.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы: «СМ-Клиника» 1-10 мая без выходных и очередей, удобные часы работы. 600 врачей для взрослых и детей. Экстренная диагностика, рентген, УЗИ, МРТ, КТ и др. Операционные стационары. СКОРАЯ ПОМОЩЬ, вызов на дом по Москве и МО. Подробности и запись по тел. 84957774849. Возможны противопоказания, проконсультируйтесь с врачом», изучив принятые ООО «ОСК», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ИБМ» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ООО «ИБМ» путем направления оспариваемого сообщения с использованием предоставленного по Договору 1 и Договору 2 Оборудования, ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ОСК» посредством последовательной передачи данного сообщения по сетям электросвязи.

ООО «ОСК» (адрес: 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 Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 46 по г. Москве 25.09.2009 за основным государственным регистрационным номером 1057746705631, ИНН 7705658056, КПП 770501001.

ООО «СКМ Технолоджи» (адрес: 111524, г. Москва, ул. Электродная, д. 2, стр. 12-13-14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 46 по г. Москве 05.05.2012 за основным государственным регистрационным номером 1127746360543, ИНН 7720749967, КПП 772001001.

ООО «ИБМ» (адрес: 192102, г. Санкт-Петербург, ул. Дубровская, д. 6, лит. А, пом. 21-Н; г. Санкт-Петербург, Индустриальный пр-т, д. 40, корп.1, кв. 323) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 15 по г. Санкт-Петербургу 09.04.2013 за основным государственным регистрационным номером 1137847147459, ИНН 7816560190, КПП 781601001.

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

ООО «ИБМ», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ОСК» последовательно осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер 8-916-391-19-27 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 «ИБМ», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ОСК» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рекламодателями рассматриваемой рекламы являются ООО «ИБМ», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ОСК».

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.

При этом согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Владельцем номера (...) Данный факт подтверждается договором на предоставление услуг сотовой радиотелефонной связи, заключенный между ОАО «Мобильные ТелеСистемы» и Чоракаевым Кириллом Эдуардовичем 07.11.2002 № 4862924/4714646.

Согласно обращению (...) поступившему в Московское УФАС России (вх. № 37357 от 14.05.2013), своего согласия на получение рекламы посредством телефонной связи он не давал.

В материалы дела № 3-18-133/77-13 документы, подтверждающие наличие такого согласия, ООО «ИБМ», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ОСК» не представлены.

Согласно пункту 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.

Следовательно, ООО «СКМ Технолоджи», получая согласие абонента на распространение рекламы, должно было предпринять необходимые и достаточные меры для идентификации такого абонента и подтверждения его волеизъявления.

Следовательно, письменные пояснения ООО «СКМ Технолоджи» о наличии согласия Узбекова Джалолиддина Абдунабиевича на получение рекламной информации на номер(...), не могут быть приняты во внимание, так как У(...) указанного номера не является, а ООО «СКМ Технолоджи» не предприняло необходимых и достаточных мер для идентификации абонента дающего своё согласие на получение рекламы.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ООО «ИБМ», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ОСК» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ООО «ИБМ», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ОСК» не представлено.

Доводы о том, что обязанность по получению согласия абонентов на распространение рекламы возложена на контрагентов по Договору 1, Договору 2, признаются антимонопольным органом несостоятельными, поскольку ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ОСК» являются непосредственными поставщиками рекламных сообщений получателю, а достигнутые сторонами соглашения в рамках гражданско-правовых отношений не освобождают указанные стороны от обязанности по соблюдению норм и правил действующего законодательства.

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

Таким образом, распространение рекламы медицинских услуг на номер телефона (...) 27.04.2013 в 12:32, 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, несет рекламораспространитель.

Таким образом, установлено нарушение ООО «ИБМ», ООО «СКМ Технолоджи», ООО «ОСК» части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение рекламы 27.04.2013 в 12:32 на номер телефона (...) от отправителя «SM-KLINIKA» следующего содержания: «СМ-Клиника» 1-10 мая без выходных и очередей, удобные часы работы. 600 врачей

для взрослых и детей. Экстренная диагностика, рентген, УЗИ, МРТ, КТ и др. Операционные стационары. СКОРАЯ ПОМОЩЬ, вызов на дом по Москве и МО. Подробности и запись по тел. 84957774849. Возможны противопоказания, проконсультируйтесь с врачом», в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе

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

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

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

5. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении 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 (...)

Члены Комиссии (...)

(...)

(...)