

ЗАО «ТД «Перекресток»
Суворовская пл., д. 1,
г. Москва, 103473

ООО «Бифри»
ул. Красного Текстильщика,
д 10-12 лит. О,
191124, г. Санкт-Петербург

ООО «СМС сервисы»
ул. Б. Зеленина, д. 8, к. 2, лит. А,
г. Санкт-Петербург, 197110

ОАО «Вымпелком»
ул. Восьмое Марта, д. 10, стр. 14,
г. Москва, 127083

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «03» апреля 2014 г.
В полном объеме решение изготовлено «04» 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 – (...), (...), А.Д. Федотова, (...),

рассмотрев дело № 3-18-151/77-13 в отношении ЗАО «ТД «Перекресток» (адрес: 103473, г. Москва, Суворовская пл., д. 1), ООО «Бифри» (адрес: 191124, г. Санкт-Петербург, ул. Красного Текстильщика, д. 10-12 лит. О), ООО «СМС сервисы» (адрес: 197110, г. Санкт-Петербург, ул. Б. Зеленина, д. 8, к. 2, лит. А), ОАО «Вымпелком» (адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмое Марта, д. 10, стр. 14) по факту распространения на номер телефона 8-927-927-34-82 от отправителя «Х5 Club» 01.06.2013 в 11.08 рекламы с текстом «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в июне, получи наклейку TOGAS», с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — ФЗ «О рекламе»), выразившимися в распространении рекламы посредством использования

телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,
в присутствии представителя ЗАО «ТД «Перекресток» (...) (доверенность от 12.12.2013),

в присутствии представителя ОАО «Вымпелком» (...) (доверенность от 05.08.2013),

в отсутствие законного представителя ООО «СМС сервисы» (общество надлежащим образом уведомлено),

в отсутствие законного представителя ООО «Бифри» (общество надлежащим образом уведомлено),

УСТАНОВИЛА:

Дело № Р-156-13 возбуждено Управлением Федеральной антимонопольной службы по Республике Башкортостан в отношении ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» на основании обращения физического лица по факту поступления 01.06.2013 в 11 часов 08 минут на номер телефона 8-927-927-34-82 от отправителя «X5 Club» рекламы следующего содержания: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в июне, получи наклейку TOGAS».

Определением о принятии дела к производству от 19.12.2013, данное дело принято к производству Московским УФАС России, делу присвоен номер № 3-18-151/77-13.

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

Согласно материалам дела № 3-18-151/77-13 на номер телефона (...) 01.06.2013 в 11 часов 08 минут поступила реклама следующего содержания: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в июне, получи наклейку TOGAS», с указанием отправителя - «X5 Club».

Поступление указанной рекламы на номер телефона (...) подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст распространенного сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела № 3-18-151/77-13.

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама — 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 ФЗ «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 ФЗ «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 ФЗ «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 ЗАО «ТД «Перекресток», может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщений следующего содержания: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в июне, получи наклейку TOGAS» исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

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

Как усматривается из материалов дела, заявителем получено смс-сообщение с указанием в поле отправителя - «X5 Club». В процессе рассмотрения обращения было установлено, что короткий номер «X5 Club» выделен ЗАО «ТД «Перекресток».

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 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.

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы», не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору 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 рекламодателя.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшей обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» не представлено.

Доводы представителя ОАО «ВымпелКом» относительно отсутствия у Общества возможности отслеживать содержание передаваемых им смс-сообщений, заявленные в ходе рассмотрения настоящего дела, а равно и аналогичные доводы ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы», приведенные в письменных пояснениях, признаны Комиссией Московского УФАС России несостоятельными в силу следующего.

Исходя из материалов дела № 3-18-151/77-13, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 429988636 от 01.01.2012 (далее — Договор «Билайн»), заключенного между ОАО «Вымпелком» и ООО «СМС сервисы»; Договора на оказание услуг № 0110/09-05 от 01.10.2009 (далее — Договор 0110), заключенного между ООО «Айфри» (ООО «СМС сервисы») и ООО «Бифри»; Договора № 2010/09 (далее — Договор 09), заключенного между ООО «Бифри» и ЗАО «ТД «Перекресток».

Согласно подпункту 2 пункта 3.2 Договора «Билайн», Оператор (ОАО «Вымпелком») вправе приостановить оказание Услуг Абоненту (ООО «СМС сервисы»), в порядке, определенном Правилами в случае нарушения Абонентом действующего законодательства и условий Договора.

В соответствии с пунктом 4.17 Дополнительного Соглашения № 010112 к Договору «Билайн» (далее — Дополнительное Соглашение), Оператор оставляет за

собой право расторгнуть настоящее Дополнительное соглашение без предварительного предупреждения абонента, по факту регистрации Оператором в течение одного часа более 10 нарушений пунктов 4.11, 4.12 и 4.13.

Согласно пункту 4.11 Дополнительного Соглашения, Абонент обязуется не использовать выделенное подключение к оборудованию Оператора с целью организации Спاما.

В соответствии с пунктом 1.12 Дополнительного Соглашения, «Спам» - SMS-сообщения, отправленные Абонентом и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные Пользователю без его предварительного согласия или не позволяющие определить отправителя этого SMS-сообщения, в том числе содержащие несуществующий или фальсифицированный адрес отправителя.

Согласно пунктам 4.21 Оператор оставляет за собой право приостанавливать действие настоящего Дополнительного Соглашения в одностороннем внесудебном порядке с последующим направлением уведомления Абонента по факту регистрации Оператором претензий Пользователей, операторов связи и иных третьих лиц, в том числе на получение и/или отправки Абонентом нежелательных SMS сообщений или сообщений содержащих рекламную информацию; Оператор оставляет за собой право ограничивать возможность отправки SMS сообщений определенным Оператором Пользователям, а также с определенным Оператором значение (содержанием) номера отправителя SMS сообщения, в том числе по факту регистрации Оператором претензий Пользователей, операторов связи и иных третьих лиц, с последующим направлением уведомления Абоненту о таком ограничении.

В соответствии с пунктом 5.2 Договора 0110, в случае нарушения ЗАКАЗЧИКОМ (ООО «Бифри») пунктов 3.1.2 и 3.2.7 настоящего Договора, ИСПОЛНИТЕЛЬ (ООО «СМС сервисы») оставляет за собой право в одностороннем порядке расторгнуть настоящий Договор, предупредив ЗАКАЗЧИКА в письменной форме не позднее, чем за 30 календарных дней.

Согласно пунктам 3.1.2 и 3.2.7 Договора 0110, ЗАКАЗЧИК обязан не отправлять через КОМПЛЕКС СПАМ, массовые SMS-СООБЩЕНИЯ, содержание которых противоречит законодательству РФ, в том числе SMS-СООБЩЕНИЯ, разжигающие межнациональную, расовую или религиозную рознь; ЗАКАЗЧИК обязан получить согласие АБОНЕНТОВ, которым направляются SMS-СООБЩЕНИЯ, на получение АБОНЕНТАМИ таких SMS-СООБЩЕНИЙ в порядке и в форме, предусмотренной действующим законодательством РФ.

Согласно пункту 1.6 СПАМ — сообщения рекламного характера, рассылка которых осуществляется без предварительного согласия АБОНЕНТОВ или заведомо вводящая АБОНЕНТОВ в заблуждение относительно характера этих сообщений или их отправителя.

В соответствии с пунктом 3.8 Договора 09, Исполнитель (ООО «Бифри») вправе приостановить оказание Услуг в случае, если факт передачи или содержание SMS-сообщений, передача которых осуществляется в рамках оказания Услуг, противоречит действующему законодательству РФ, моральным и

(или) этическим нормам, либо нарушает права третьих лиц.

Согласно пункту 2.2 Договора 09, предоставляемая Заказчиком в рамках настоящего Договора информация (в том числе сообщения Заказчика) по своему содержанию должна соответствовать требованиям действующего законодательства РФ, в том числе, ФЗ РФ «О рекламе».

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в июне, получи наклейку TOGAS, изучив принятые ЗАО «ТД «Перекресток», ОАО «ВымпелКом», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого договора, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ЗАО «ТД «Перекресток» путем направления рассматриваемого сообщения в соответствии с Договором 09, и ОАО «ВымпелКом», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» посредством последовательной передачи данного сообщения по сетям электросвязи.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ОАО «ВымпелКом», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «Спам», в том числе и рекламу.

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 Федерального закона «О рекламе», поскольку не устраняет условий, при которых такое лицо признается рекламодателем.

Исходя из перечисленных договоров, ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» 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 «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» 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 рекламодателей Комиссией Московского УФАС России.

Не может быть принята во внимание ссылка на положение о тайне связи в силу статьи 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», так как ответственность рекламодателя исходит из действий по распространению рекламного сообщения, а не его фактического содержания.

ОАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, 10, стр. 14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц УФНС России по г. Москве 28 августа 2002 года, за основным государственным регистрационным номером 1027700166636 ИНН 7713076301, КПП 771301001.

ООО «Бифри» (адрес: 197198, г. Санкт-Петербург, Большой пр-т., д. 29А) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 25 по Санкт-Петербургу 10.02.2003 за основным государственным регистрационным номером 1037828024090, ИНН 7813133641, КПП 781301001.

ООО «СМС сервисы» (адрес: 197110, г. Санкт-Петербург, ул. Большая Зеленина, д. 8, к. 2, лит. А) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 15 по Санкт-Петербургу 09.08.2011 за основным государственным регистрационным номером 1067847568480, ИНН 7813342638, КПП 781301001.

ЗАО «ТД «Перекресток» (адрес: 109029, г. Москва, ул. Средняя Калитниковская, д. 28, стр. 4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц Инспекцией Федеральной налоговой службы № 7 по г. Москве 21.12.2004 за основным государственным регистрационным номером 1027700034493, ИНН 7728029110, КПП 770701001.

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

Таким образом, распространение рекламы о товарах, реализуемых ЗАО «ТД «Перекресток» на номер телефона (...) 01.06.2013 в 11 часов 08 минут, с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодатель — 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 рекламодатель.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ОАО «ВымпелКом» является лицом, осуществившим наряду с ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...).

ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС

сервисы» 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 «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» являются рекламодателями рекламы следующего содержания: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в июне, получи наклейку TOGAS» на телефонный номер (...).

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 «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» 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 ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» установлено нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», выразившееся в распространении на телефонный номер (...) рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение, а именно

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» 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 ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «Бифри», ООО «СМС сервисы» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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 рекламы 01.06.2013 в 11.08 на номер телефона (...) от отправителя «X5 Club» следующего содержания: «Купи 2 банки кофе LE CAFÉ МОККА в июне, получи наклейку TOGAS, в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ОАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ЗАО «ТД «Перекресток» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

5. Выдать ООО «СМС сервисы» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

6. 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 (...)

(...)

(...)

(...)