

АО «СМАРТС-Самара»

443013, г. Самара,
ул. Дачная, д. 2, корп. 2

ООО «СофтПрофи»

450005, г. Уфа,
ул. Достоевского, д. 139, корп. 1, оф. 3

РЕШЕНИЕ

«25» февраля 2016 года

г. Москва

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 – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой,

рассмотрев дело № 3-18-2/77-15 возбужденное в отношении АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Заказ ТАКСИ круглосуточно по москве и МО +7(499)653-66-77», поступившей 09.10.2013 в 12:41, отправитель: MoscowAuto (номер, в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-370-85-80), 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 по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы,

в отсутствие представителей АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» (уведомлены надлежащим образом).

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-2/77-15 возбуждено в отношении АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» на основании обращения физического лица (вх. № 32752 от 18.10.2013) по факту распространения на телефонный номер <...> посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Заказ ТАКСИ круглосуточно по москве и МО +7(499)653-66-77», поступившей 09.10.2013 в 12:41, отправитель: MoscowAuto (номер, в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-370-85-80).

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

АО «СМАРТС-Самара» (адрес: 443013, г. Самара, ул. Дачная, д. 2, корп. 2) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 11.11.2014 за основным государственным регистрационным номером 1146315006771, ИНН 6315661220, КПП 631501001.

ООО «СофтПрофи» (адрес: 450005, г. Уфа, ул. Достоевского, д. 139, корп. 1, оф. 3) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 01.08.2007 за основным государственным регистрационным номером 1070278008019, ИНН 0278138308, КПП 027801001.

Согласно материалам дела № 3-18-2/77-15 на номер телефона <...> 09.10.2013 в 14:41 поступила спорная реклама от отправителя: MoscowAuto (номер, в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-370-85-80).

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.

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.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

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.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

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.

Исходя из текста сообщения, в котором содержатся информация о заказе такси по Москве и МО, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена

посредством sms-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации 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. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы от АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» он не давал. Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи»

информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-2/77-15, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора № 10-01-196 от 12.11.2012, заключенного между ОАО «СМАРТС» и ООО «СофтПрофи» (далее — Договор 1); договора возмездного оказания услуг № ДУ 270513/01 от 27.05.2013, заключенного между ООО «СфотПрофи» и ООО «ГрандТелеком» (далее — Договор 2).

Согласно пункту 2.1 Договора 1, АО «СМАРТС-Самара» обязуется по заданию ООО «СофтПрофи» предоставлять услуги по созданию информационного канала, с использованием комплекса АО «СМАРТС-Самара». ООО «СофтПрофи» обязуется услуги принять и оплатить.

При этом, согласно разделу «Определения» Договора 1, под SMS-сообщением понимается короткое текстовое сообщение, которое могут принимать абоненты операторов сотовых сетей, содержащее максимум 134 буквенных и/или цифровых латинских символов (в том числе пробелы) или 67 буквенных и/или цифровых нелатинских символов (в том числе пробелы); под комплексом понимается совокупность аппаратно-программных средств, установленных и действующих на территории каждой из сторон и используемых для выполнения условий Договора 1; абонентами являются физические лица, пользующиеся услугами операторов сотовой связи.

В соответствии с пунктом 3.2 Договора 1 ООО «СофтПрофи» обязуется не использовать свой комплекс и комплекс АО «СМАРТС-Самара» для передачи смс-СПАМа. ООО «СофтПрофи» рассылает смс-сообщения адресатам, которые дали согласие на получение информационных смс-сообщений. ООО «СофтПрофи» обязуется не рассылать смс-сообщения на адреса, полученные методом перебора абонентских телефонных номеров. Также ООО «СофтПрофи» обязуется осуществлять рассылку смс-сообщений в соответствии с законодательством Российской Федерации, исключительно в пределах Российской Федерации.

При нарушении вышеизложенных обязанностей, согласно пункту 5.7 Договора 1, АО «СМАРТС-Самара» вправе в одностороннем порядке приостановить выполнение своих обязанностей по Договору 1.

Согласно пункту 1.1 Договора 2 ООО «СофтПрофи» предоставляет за плату ООО «ГрандТелеком» услуги по предоставлению доступа к Программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке Коротких и Длинных SMS-сообщений, выбора тарифа и подписи по Сети Оператора связи.

При этом, согласно разделу «Определения» Договора 2, под программным приложением/системой понимается комплекс программных средств, позволяющих ООО «ГрандТелеком» зарегистрироваться, отправлять короткие и длинные SMS-сообщения, отслеживать их статус и контролировать

свой электронный виртуальный счет; под коротким SMS-сообщением понимается текстовое сообщение, состоящее из букв или символов (не более 150 символов в латинице — кодировка «GSM default alphabet», не более 70 символов в кириллице — кодировка «USC2»), набранных в определенной последовательности, предназначенное для передачи по сети оператора; под длинным SMS-сообщением понимается текстовое сообщение, состоящее из букв или символов (свыше 150 символов в латинице — кодировка «GSM default alphabet», свыше 70 символов в кириллице — кодировка «USC2», максимальная длина — 8540 символов в кириллице и 17085 символов в латинице), набранных в определенной последовательности, предназначенное для передачи по сети оператора; под сетью оператора понимается совокупность аппаратных средств, каналов соединения и прочей технологической инфраструктуры, необходимой для построения и эксплуатации автоматизированной системы обмена информацией между абонентами и операторами по стандарту GSM; под оператором понимается юридическое лицо, обеспечивающее предоставление услуги передачи SMS абоненту для ООО «СофтПрофи»; под абонентом понимается пользователь услуг связи, пользующийся мобильным терминалом стандарта GSM, с которым оператор сотовой связи заключил договор об оказании услуг мобильной радиотелефонной связи.

В соответствии с пунктом 3.5 Договора 2, ООО «Гранд Телеком» обязано строго соблюдать правила предоставления услуг (Приложение 1 к Договору 2)

Согласно пункту 7 Приложения 1 к Договору 2, ООО «Гранд Телеком» обязуется использовать услугу в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим свое письменное согласие на ее получение, которое в случае необходимости может быть предъявлено в качестве безоговорочного доказательства по первому письменному требованию ООО «СофтПрофи» в трехдневный срок.

При поступлении ООО «СофтПрофи» информации о нарушении ООО «Гранд Телеком» положений Приложения 1 к Договору 2 (Правил предоставления услуг), ООО «СофтПрофи» немедленно приостанавливает предоставление услуг.

На основании данных Единого государственного реестра юридических лиц (далее - ЕГРЮЛ) по состоянию на 15.12.2015, Комиссией Московского УФАС России было установлено, что АО «СМАРТС-Самара» было образовано путем преобразования ОАО «СМАРТС» в АО «СМАРТС-Самара».

На основании данных ЕГРЮЛ по состоянию на 15.12.2015 Комиссией Московского УФАС России было установлено, что ООО «ГрандТелеком» прекратило свою деятельность, о чем в Единый государственный реестр юридических лиц внесена соответствующая запись.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «ГрандТелеком» к

ООО «СофтПрофи», от него к АО «СМАРТС-Самара» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса 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.

АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получения.

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке смс-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче смс-сообщений рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не подлежит судебной защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры, АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

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

Таким образом, распространение 09.10.2013 в 12:41 рекламы такси на номер телефона <...> от отправителя MoscowAuto (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-370-85-80) 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, несут рекламодатели.

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

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определенное распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» 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 АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного, АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» являются рекламодателями рекламы «Заказ ТАКСИ круглосуточно по Москве и МО +7(499)653-66-77», поступившей 09.10.2013 в 12:41, отправитель: MoscowAuto (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-370-85-80).

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, АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» 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 АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 09.10.2013 в 12:41 на телефонный номер <...> от отправителя: MoscowAuto (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-902-370-85-80) без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» 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.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных

внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы. Согласно представленным в материалах дела документам и сведениям, спорное сообщение было распространено 09.10.2013.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности в настоящем случае истек.

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 АО «СМАРТС-Самара», ООО «СфотПрофи» нарушившими часть 1 статьи 18 при распространении 09.10.2013 в 12:41 на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы ««Заказ ТАКСИ круглосуточно по москве и МО +7(499)653-66-77», поступившей 09.10.2013 в 12:41, отправитель: MoscowAuto (номер, в соответствии с детализацией услуг связи - +7-902-370-85-80).

2. Выдать АО «СМАРТС-Самара», ООО «СофтПрофи» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. 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 привлечения к административной ответственности.

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

Председатель Комиссии

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

П.В. Олейник

Н.С. Уварова