

ИП Цветков М.В.

109074, г. Москва,
Китайгородский проезд, д. 9/5

125364, г. Москва,
Парусный пр., д. 15, кв. 7

ООО «СкайМедиаСервис»

127055, г. Москва,
ул. Образцова, д. 14

ООО «Лоджик Телеком»

124498, г. Зеленоград,
проезд 4806, д.6

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «28» августа 2014 г.
В полном объеме решение изготовлено «11» сентября 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 – И.С. Климкиной,
членов Комиссии – П.В. Олейника, А.И. Кладочной, А.В. Дерманца,
Н.П. Коляндра,

рассмотрев дело № 3-18-26/77-13 в отношении ИП Цветкова М.В. (адреса: 109074, г. Москва, Китайгородский проезд, д. 9/5; 125364, г. Москва, Парусный пр. д. 15, кв. 7), ООО «СкайМедиаСервис» (адрес: 127055, г. Москва, ул. Образцова, д. 14), ООО «Лоджик Телеком» (адрес: 124498, г. Зеленоград, проезд 4806, д. 6), по факту распространения на номер телефона 8-916-409-72-95 от отправителя «GLTaxi» (+79037011111) 11.11.2012 в 16 часов 18 минут рекламы с текстом «Такси в аэропорт 1000 руб. такси по городу от 300 руб. тел 84958988360», 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 присутствии законного представителя ООО «Лоджик Телеком» Рябова В.Н. (доверенность от 05.08.2014),
в отсутствие законного представителя ИП Цветкова М.В. (уведомлен надлежащим образом),
в отсутствие законного представителя ООО «СкайМедиаСервис» (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-26/77-13 возбуждено в отношении «Лоджик Телеком» ИП Цветкова М.В., ООО «СкайМедиаСервис» на основании обращения физического лица, поступившего в Московское УФАС России (вх. № 30864 от 19.11.2012), по факту поступления 11.11.2012 в 16:18 на номер телефона 8-916-409-72-95 от отправителя «GLTaxi» (+79037011111) рекламы следующего содержания: «Такси в аэропорт 1000 руб. такси по городу от 300 руб. тел 84958988360».

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

Согласно материалам дела № 3-18-26/77-13 на номер телефона 8-916-409-72-95 27.04.2013 11.11.2013 в 16:18 поступила реклама следующего содержания: «Такси в аэропорт 1000 руб. такси по городу от 300 руб. тел 84958988360».

Поступление указанной рекламы на номер телефона 8-916-409-72-95 подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела № 3-18-26/77-13 (вх. № 30864 от 19.11.2012).

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.

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, 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, товаром является продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к услугам такси, оказываемым Цветковым М.В. и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона 8-916-409-72-95, направлена на привлечение внимания к оказываемым Цветковым М.В. услугам такси (услуги по перевозке пассажиров), и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

Как усматривается из материалов дела, в соответствии с данными содержащимися в детализированной выписке на телефонный номер 8-916-409-72-95, заявителем получено смс-сообщение с указанием в поле отправителя - «GLTaxi». В процессе рассмотрения обращения было установлено, что буквенный идентификатор «GLTaxi» (+79037011111) выделен ООО «Лолджик Телеком».

Исходя из материалов дела № 3-18-26/77-13, указанная реклама распространялась на основании Договора об оказании услуг № 19615 от 30.10.2012 (далее — Договор), заключенного между ООО «СкайМедиаСервис» и ИП Цветковым М.В.

Согласно главе 2 Предметом Договора является оказание Исполнителем Заказчику услуг по отправке SMS-Сообщений, MMS-Сообщений, прием SMS-сообщений через Платформу SKYMS, в соответствии с Правилами предоставления Услуг и действующими Тарифами Исполнителя, согласованными сторонами.

Согласно пункту 5 Приложения № 1 Заказчик инициирует оказание Услуг путем передачи команды на отправку или прием SMS/MMS-сообщений через WEB-интерфейс Личного кабинета либо через протоколы передачи данных: SMTP (электронная почта), HTTP, HTTPS (SSL), SMPP.

В пункте 1.8 Главы 1 Договора «Абонент» определяется как физическое или юридическое лицо, пользующиеся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из Операторов связи.

В пункте 3.2.3. Главы 3 Договора Заказчик обязан в обязательном порядке получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS/MMS форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности получения SMS/MMS-сообщений Абонентом.

Следовательно, Исполнитель имел право запросить у Заказчика документальное подтверждение договоренности ИП Цветкова М.В. с Пользователями на получение SMS-сообщений в рамках настоящего Договора.

Согласно пункту 3.3.2 Исполнитель вправе блокировать Личный кабинет Заказчика при рассылке последним SMS/MMS-сообщений, соответствующих признакам СПАМ, SMS/MMS-сообщений оскорбительного или клеветнического характера,

разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь, SMS/MMS-сообщений порнографического характера.

Следовательно, ООО «СкайМедиаСервис» в силу указанных выше условий Договора, могло влиять на рассылку сообщений, в том числе, с целью предотвращения нарушения законодательства о рекламе.

Вместе с тем, ООО «СкайМедиаСервис» не предпринято всех возможных мер для предотвращения такого правонарушения.

В свою очередь ООО «СкайМедиаСервис» заключило Контракт № 18492/2012-К с ООО «Лоджик Телеком».

Согласно пункту 2.1. предметом Контракта является предоставление Исполнителем Контрагенту доступ к Платформе, обеспечивающей пользование Контрагентом за обусловленную плату различными видами услуг передачи данных, в том числе: предоставление инструмента для формирования текстовых и мультимедиа сообщений, графической, аудио и видео информации, синтезатора и распознавания речи, передача СМС, ММС, факсимильных документов, электронной почты, услуги IP-телефонии, предоставление защищенного VPN соединения, и т.п.

Согласно пункту 5.2. Контракта, Контрагенту (ООО «СкайМедиаСервис») при пользовании услугами по Профильным договорам воспрещается допускать рассылку сообщений, попадающих под определение СПАМ. При выявлении случаев рассылки СПАМ сообщений Контрагентом, вся финансовая и юридическая ответственность за такие рассылки ложится на Контрагента. Если по итогам совершения СПАМ рассылок Контрагентом со стороны сотовых операторов и провайдеров SMS рассылок Исполнителю будут предъявлены претензии либо выставлены штрафы, финансовую и юридическую ответственность за такие действия будет нести контрагент.

Под «спамом», в соответствии с пунктом 1.12 Главы 1 Контракта, понимается информация, предназначенная по своему содержанию неопределенному кругу лиц, отправленная Контрагентом и доставленная получателям без их предварительного согласия (ПРИМЕЧАНИЕ: критерии наличия (определения) СПАМ соответствует критериям недобросовестной рекламы, содержащимся в Федеральных законах «О Рекламе» (ст. 18) и «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (статья 10).

В соответствии с пунктом 5.3 Контракта, расторжение Контракта не освобождает ни одну из сторон от исполнения денежных обязательств сторон, существующих на момент расторжения (в том числе – от уплаты штрафов, договорных неустоек, пеней, погашения предоставленного овердрафта, возврата неиспользованных денежных средств, расплаты по итоговым актам сверки, и т. п.).

В соответствии с пунктом 5.7 Контракта, стороны несут взаимную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по настоящему Контракту в соответствии с действующим законодательством РФ и настоящим Контрактом.

При разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Исходя из положений Договора, Контракта, ИП Цветков М.В., ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком» предполагали возможность

распространения спама и прямо указали в договоре и в контракте запрет на его распространение. Однако не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Ссылки на то, что обязанность получать согласие абонента возложена на ИП Цветкова М.В. по Договору, не свидетельствует о соблюдении ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком» требований действующего законодательства о рекламе, так как достигнутые сторонами договоренности не освобождают стороны от необходимости соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе возлагают на рекламораспространителя обязанность не по получению согласия, а по доказыванию его наличия. В настоящем случае никем из участвующих в деле лиц доказательств наличия такого согласия предоставлено не было.

Довод о том, что оператор связи, не несет ответственности за содержание передаваемых сообщений, подлежит отклонению как неимеющий правового значения, поскольку нарушение Общества в настоящем случае выразилось не в формировании рекламы, ненадлежащей по своему содержанию, а в ее ненадлежащем распространении.

Также не могут быть приняты во внимания доводы об отсутствии возможности Общества знакомиться с содержанием передаваемых сообщений, так как установленное пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе определение распространителя рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности им относительно ее содержания.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы: «такси в аэропорт 1000 руб. такси по городу от 300 руб. тел 84958988360», изучив принятые ИП Цветковым М.В., ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось указанными лицами путем направления оспариваемого сообщения с использованием предоставленного по договору и контракту, оборудования, ИП Цветковым М.В., ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком» посредством последовательной передачи данного сообщения по сетям электросвязи.

ИП Цветков М.В., ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком», последовательно осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер 8-916-409-72-95 в силу имеющихся между ними гражданско — правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретные фактические действия, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ИП Цветков М.В., ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

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

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рекламораспространителями рассматриваемой рекламы являются ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком».

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Как было указано выше, каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ИП Цветковым М.В., ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Управления Федеральной антимонопольной службы по Москве, на получение рекламы, ИП Цветковым М.В., ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком» не представлено.

Между тем, заявитель в своем обращении прямо указывает, что согласия на получения спорной рекламы он не давал.

Резюмирую изложенное, Комиссией Московского УФАС установлен факт распространения рекламы посредством SMS-сообщений без предварительного согласия абонента.

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 ИП Цветковым М.В. ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком» части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Таким образом, распространение рекламы услуг такси на номер телефона 8-916-409-72-95 11.11.2012 в 16:18, с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащим.

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 ИП Цветкову М.В., ООО «СкайМедиаСервис», ООО «Лоджик Телеком» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Между тем, распространение рассматриваемой ненадлежащей рекламы осуществлено 11.11.2012, что является временем совершения правонарушения.

Срок давности привлечения к административной ответственности за вменное

правонарушение установлен частью 1 статьи 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и составляет один год с момента нарушения Закона о рекламе. 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 рекламы 11.11.2013 в 16:18 на номер телефона 8-916-409-72-95 от отправителя «GLTaxi» (+79037011111) следующего содержания: «Такси в аэропорт 1000 руб. такси по городу от 300 руб. тел 84958988360», в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе

2. Выдать ИП Цветкову М.В., предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

4. Выдать ООО «Лоджик Телеком» 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.

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

Председатель Комиссии

И.С. Климкина

Члены Комиссии

П.В. Олейник

А.И. Кладочная

А.В. Дерманец

Н.П. Коляндра

Исполнитель: Кладочная А.И, 8 (495) 784-75-05 (Доб. 167)

