

ООО «Гранд Телеком»

127018, г. Москва,
ул. Полковая, д. 3, стр. 9

107031, г. Москва,
Рождественка Улица, 5/7, стр.2,
п. V, к. 18

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «18» февраля 2014 г.
В полном объеме решение изготовлено «28» февраля 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 материалы дела № 3-18-121/77-13 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения Обществом с ограниченной ответственностью «Гранд Телеком» (далее — ООО «Гранд Телеком») 28.03.2013 в 15:30, 31.03.2013 в 13:32 и 15.04.2013 в 14:13 следующего смс-сообщения рекламного характера: «Такси 84997541454 иномарки по городу от 200 руб, аэропорты от 690 руб!», на телефонный номер гражданина (.....) с коротких номеров «taxi zvezda», «Taxi Profi»,

в отсутствие законного представителя ООО «Гранд Телеком» (о времени и месте рассмотрения надлежащим образом уведомлено),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-121/77-13 возбуждено в отношении ООО «Гранд Телеком» на основании обращений, поступивших в Московское УФАС России (вх. № 9073 от 28.06.2013, № 11213 от 15.04.2013), по факту распространения на телефонный номер (.....) 28.03.2013 в 15:30, 31.03.2013 в 13:32 и 15.04.2013 в 14:13 следующего смс-сообщения рекламного характера: «Такси 84997541454 иномарки по городу от

200 руб, аэропорты от 690 руб!», с коротких номеров «taxi zvezda», «Taxi Profi».

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

Согласно материалам дела № 3-18-121/77-13 на телефонный номер (.....) поступили следующие смс-сообщения рекламного характера:

- 31.03.2013 в 13:32 «Такси 84997541454 иномарки по городу от 200 руб, аэропорты от 690 руб!», с короткого номера «Taxi Profi» (в соответствии с представленными ОАО «ВымпелКом» сведениями с номера (.....));
- 15.04.2013 в 14:13 «Такси 84997541454 иномарки по городу от 200 руб, аэропорты от 690 руб!», с короткого номера «taxi zvezda» (в соответствии с представленными ОАО «ВымпелКом» сведениями с номера (.....)).

Поступление указанных смс-сообщений на номер телефона (.....) подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона с текстом сообщений, представленными в материалы дела № 3-18-121/77-13, а также сведениями, представленными ОАО «ВымпелКом» и ОАО «СМАРТС» (вх. № 11213 от 15.04.2013, № 21998 от 23.07.2013, № 17660 от 19.06.2014).

Доказательства (фотография экрана мобильного телефона с текстом сообщения), подтверждающие поступление 28.03.2013 в 15:30 на телефонный номер(.....) смс-сообщения с коротких номеров «taxi zvezda», «Taxi Profi», в материалах дела № 3-18-121/77-13 отсутствуют.

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.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Информация, распространенная в смс-сообщениях, поступивших на номер телефона (.....), отвечает всем требованиям рекламы: распространена посредством использования телефонной связи; адресована неопределенному кругу лиц, так как из текста сообщений не ясно, для кого именно они созданы и на восприятие кого направлены; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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.

Информация, распространенная посредством отправки смс-сообщения на номер

(.....), направлена на привлечение внимания к услугам перевозки пассажиров (такси). Таким образом, объектом рекламирования в настоящем случае являются услуги такси.

Таким образом, информация об услугах такси, распространенная посредством направления рассматриваемых смс-сообщений на номер (.....) признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

На основании материалов дела № 3-18-121/77-13 Комиссией Московского УФАС России установлен следующий механизм распространения указанной рекламы на телефонный номер (.....).

ООО «Гранд Телеком» (адрес: 127018, г. Москва, ул. Полковая, д. 3, стр. 9; 107031, г. Москва, Рождественка Улица, 5/7, стр.2, п. V ,к. 18) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, ИНН 7702806475, КПП 770201001.

Между ОАО «СМАРТС» и ООО «Гранд Телеком» заключен договор № 01-02-04-130 от 21.02.2013, предметом которого является оказание ИСПОЛНИТЕЛЕМ (ОАО «СМАРТС») ЗАКАЗЧИКУ (ООО «Гранд Телеком») услуг по созданию информационного канала, с использованием КОМПЛЕКСА ИСПОЛНИТЕЛЯ (ОАО «СМАРТС»). При этом ЗАКАЗЧИК (ООО «Гранд Телеком») обязуется названные услуги принять и оплатить.

Под «КОМПЛЕКСОМ» согласно п. 1.2 договора № 01-02-04-130 от 21.02.2013 понимается совокупность аппаратно-программных средств, установленных и действующих на территории каждой из сторон и используемых для выполнения условий данного договора.

Согласно п. 3.1.3 договора № 01-02-04-130 от 21.02.2013 ИСПОЛНИТЕЛЬ (ОАО «СМАРТС») обязан обеспечить выделение абонентского номера ИСПОЛНИТЕЛЯ (ОАО «СМАРТС») ЗАКАЗЧИКУ (ООО «Гранд Телеком») из номерного ресурса ИСПОЛНИТЕЛЯ (ОАО «СМАРТС»), с возможностью последующей переадресации входящих вызовов на информационно-справочную службу ЗАКАЗЧИКА (ООО «Гранд Телеком»).

Исходя из пункта 3.2.2 договора № 01-02-04-130 от 21.02.2013 ЗАКАЗЧИК (ООО «Гранд Телеком») обязан в соответствии с предоставленным договором не использовать свой КОМПЛЕКС и КОМПЛЕКС ИСПОЛНИТЕЛЯ (ОАО «СМАРТС») для передачи SMS-СПАМа. ЗАКАЗЧИК (ООО «Гранд Телеком») рассылает SMS-сообщения адресатам, которые дали согласие на получение информационных SMS-сообщений.

При этом согласно п. 1.6 договора № 01-02-04-130 от 21.02.2013 под понятием «СПАМ» понимается не запрошенное получателем сообщение рекламного характера.

В соответствии с пунктом 5.4 договора № 01-02-04-130 от 21.02.2013 в связи с тем, что ИСПОЛНИТЕЛЬ (ОАО «СМАРТС») не является создателем (изготовителем) и распространителем SMS-сообщений, начиная с момента подготовки текста SMS-сообщения, его редактирования и заканчивая отправкой SMS-сообщений АБОНЕНТАМ, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение SMS-сообщений и их содержание в полном объеме несет ЗАКАЗЧИК (ООО «Гранд Телеком»).

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рассматриваемой рекламы, изучив принятые ОАО «СМАРТС» и ООО «Гранд

Телеком» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого договора, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлено ООО «Гранд Телеком».

Согласно п. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе» рекламодатель — 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 рекламодателем спорной рекламы является ООО «Гранд Телеком».

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. Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю, во-вторых — должно быть выражено явно.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена именно на рекламодателя.

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение рекламы от ООО «Гранд Телеком» равно как и от иных лиц, 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 ООО «Гранд Телеком» информации о наличии либо отсутствии согласия на получение рекламы гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, ООО «Гранд Телеком» не представлено.

Согласно ст. 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.

Исходя из положений договора № 01-02-04-130 от 21.02.2013 установлено, что ООО «Гранд Телеком» имело возможность не передавать рассматриваемую рекламу. Само по себе отсутствие участия в процессе формирования текста рекламы либо ее адресатов, не снимает с ООО «Гранд Телеком» ответственности по соблюдению требований статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку данное лицо является рекламодателем в силу законодательного определения.

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

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

Таким образом, распространение 31.03.2013 в 13:32 и 15.04.2013 в 14:13 рекламы «Такси 84997541454 иномарки по городу от 200 руб, аэропорты от 690 руб!», с коротких номеров «taxi zvezda», «Taxi Profi» на телефонный номер (.....) с нарушением ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащим.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

Таким образом, установлено нарушение ООО «Гранд Телеком» ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы с нарушением ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», ООО «Гранд Телеком» 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 ООО «Гранд Телеком» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Между тем, распространение рассматриваемой ненадлежащей рекламы осуществлено 31.03.2013, 15.04.2013.

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. 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, части 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с п-п. 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 следующего содержания: «Такси 84997541454 иномарки по городу от 200 руб, аэропорты от 690 руб!», поступившей 31.03.2012 в 13:32 и 15.04.2013 в 14:13 на телефонный номер гражданина (.....), с коротких номеров «taxi zvezda», «Taxi Profi», поскольку нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «Гранд Телеком» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Не передавать 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, в связи с истечением срока давности привлечения к административной ответственности.

Решение изготовлено в полном объеме «28» февраля 2014 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии (.....)

Члены Комиссии (.....)

(.....)