

ООО «Неватранс»
ул. Комиссара Смирнова,
д. 4, к. 2, оф. 37,
г. Санкт-Петербург, 195009

ООО «СофтПрофи»
ул. Достоевского, д. 139, к. 1, оф. 3,
г. Уфа, 450005

ИП Нарбековой М.К.
190031, г. Санкт-Петербург,
ул. Наличная, 33/1

РЕШЕНИЕ

«10» апреля 2014 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 – (....),
членов Комиссии – (....), (....), (....)

рассмотрев дело № 3-18-154/77-13 в отношении ИП Нарбековой М.К. (адрес: 190031, г. Санкт-Петербург, ул. Наличная, 33/1), ООО «Неватранс» (адрес: 195009, г. Санкт-Петербург, ул. Комиссара Смирнова, д. 4, к. 2, оф. 37), ООО «СофтПрофи» (адрес: 450005, г. Уфа, ул. Достоевского, д. 139, к. 1, оф. 3) по факту распространения 29.06.2013 года в 13:43 на номер телефона (....) рекламы с текстом «Ваше новое такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250руб!», 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 отсутствие: ООО «Неватранс», ООО «СофтПрофи», ИП Нарбековой М.К. (о месте и времени рассмотрения дела уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-154/77-13 возбуждено в отношении ООО «Неватранс», ООО «СофтПрофи», ИП Нарбековой М.К. на основании обращения Артюхина М.С. (вх. № 19136 от 01.07.2013) по факту поступления 29.06.2013 года в 13:43 следующего смс-сообщения рекламного характера: «Ваше новое такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250руб!», распространенного на телефонный номер абонента (...) с короткого номера «9187007».

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

Согласно материалам дела № 3-18-154/77-13 на телефонный номер (...) поступило смс-сообщение рекламного характера, согласие на получение которой он не давал, а именно:

- 29.06.2013 года в 13:43 смс-сообщение следующего содержания: «Ваше новое такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250руб!», поступившее на телефонный номер абонента с короткого номера «9187007» (в соответствии с детализированной выпиской с номера (...)).

Поступление рассматриваемого смс-сообщения рекламного характера на телефонный номер (...), принадлежащий (...) подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст распространенного сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, оказывающего услуги связи (вх. № 19136 от 01.07.2013).

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама — информация, распространяемая 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, возникшего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность 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 посредством смс - сообщения поступившего на телефонный номер (...), принадлежащий (...) отвечает всем требованиям рекламы: распространена посредством использования телефонной связи; адресована неопределенному кругу лиц, так как из текста сообщения не ясно, для кого именно она создана и на восприятие кого направлена; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» объект рекламирования — товар, средство 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 на телефонный номер (...), направлена на привлечение внимания к услугам перевозки пассажиров (такси).

Таким образом, информация следующего содержания: «Ваше новое такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250руб!», распространенная посредством направления смс-сообщения на телефонный номер (...), признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

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

ООО «Неватранс» (адрес: 195009, г. Санкт-Петербург, ул. Комиссара Смирнова, д. 4, к. 2, оф. 37) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц, за основным государственным регистрационным номером 1089847033803, ИНН 7804381341, КПП 780401001.

ИП Нарбекова М.К. (адрес: 190031, г. Санкт-Петербург, ул. Наличная, 33/1) включена в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей, за основным государственным регистрационным номером 311784707700224, ИНН 780162724254.

На основании материалов дела № 3-18-154/77-13 Комиссией Московского УФАС России установлен следующий механизм распространения указанной рекламы на телефонный номер (...).

Между ООО «СофтПрофи» и ООО «Неватранс» заключен договор возмездного оказания услуг № ДУ270413/01 от 27.04.2013.

Предметом договора возмездного оказания услуг № ДУ270413/01 от 27.04.2013 является предоставление исполнителем (ООО «СофтПрофи») за плату заказчику (ООО «Неватранс») услуги «Доступ к Программному приложению».

Пунктом 1.2 договора возмездного оказания услуг № ДУ270413/01 определяется, что предметом настоящего Договора является предоставление Заказчику Услуги после авторизации с уникальным логи-паролем в соответствии с установленными «Правилами предоставления Услуги», действующими договорными «Тарифами».

Согласно пункту 4 правил предоставления услуг (приложение №1 к договору возмездного оказания услуг № ДУ270413/01) установлено, что услуга доступа к Программному приложению, обеспечивающему формирование и

доставку SMS сообщений: передача информации (текст SMS-сообщения, телефон, подпись и др. информация) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет, протокол передачи согласовывается с Заказчиком дополнительно (SMPP, SOAP, HTTP, электронная почта, WEB-кабинет или другое).

В соответствии с п. 4.6 договора возмездного оказания услуг № ДУ270413/01 задача (рассылка) на отправку SMS формируется самостоятельно Заказчиком (ООО «Неватранс») через WEB-интерфейс или протоколы Интернет в виде списка номеров, текста и подписи. Исходя из п. 4.7 данного договора, Исполнитель (ООО «СофтПрофи») обеспечивает передачу этой задачи в Расчетную систему Оператора для отправки. О чем в программном приложении делается отметка и сообщения считаются отправленными, что может служить основанием для изменения баланса на виртуальном счете Заказчика (ООО «Неватранс»).

Согласно пункту 3.7 договора возмездного оказания услуг № ДУ270413/01 ООО «Неватранс» обязалось не использовать выделенное подключение к оборудованию ООО «СофтПрофи» с целью организации спама. При этом под «спамом» в рамках названного договора понимаются смс-сообщения, отправленные ООО «Неватранс» и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные пользователю без его предварительного согласия SMS, рекламы или другой информации. За нарушение данного условия предусмотрено право ООО «СофтПрофи» в соответствии с п. 6.8 расторгнуть указанный договор досрочно в одностороннем порядке без предупреждения ООО «Неватранс».

03.03.2014 Определением об отложении рассмотрения дела № 3-18-154/77-13 к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе привлечена ИП Нарбекова М.К.

Основанием для привлечения ИП Нарбековой М.К. к участию в деле № 3-18-154/77-13 послужили письменные объяснения ООО «СофтПрофи» относительно распространения рассматриваемой рекламы указанным индивидуальным предпринимателем.

В тоже время, какие-либо документы, достоверно подтверждающие распространение ИП Нарбековой М.К. 29.06.2013 года в 13:43 рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...), ООО «СофтПрофи» в материалы дела не представлены.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ИП Нарбековой М.К. действия по распространению рассматриваемой рекламы не совершались.

Согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель — лицо осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» являются лицами, осуществившими распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...).

ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» 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 — Артюхину М.С. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» являются рекламодателями рекламы следующего содержания: «Ваше новое такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250руб!», поступившей на телефонный номер (...) 29.06.2013 года в 13:43 с короткого номера «9187007».

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.

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение рекламы от ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» 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.

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

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» информации о наличии либо отсутствии согласия на получение рекламы гражданина Артюхина М.С., подавшего обращение в Московское УФАС России, ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» не представлено.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ООО «СофтПрофи» предполагал возможность направления 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 договора возмездного оказания услуг № ДУ270413/01, ООО «СофтПрофи», имеет 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 ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» 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.

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

Правовых 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, ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» 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 ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» установлено нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», выразившееся в распространении на телефонный номер (...) рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение, а именно:

- 29.06.2013 года в 13:43 смс-сообщение следующего содержания: «Ваше новое такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250руб!», поступившее на телефонный номер абонента с короткого номера «9187007» (в соответствии с детализированной выпиской с номера .

Согласно п. 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.

ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» представлены документы подтверждающие прекращение распространение рекламы на телефонный номер (...) (вх. № 33400 от 23.10.2013).

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии необходимости выдачи ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 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 «Ваше новое такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250руб!», поступившей 29.06.2013 года в 13:43 с короткого номера «9187007», на телефонный номер (...), поскольку нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Не выдавать ООО «СофтПрофи», ООО «Неватранс» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. 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 изготовлено в полном объеме «24» апреля 2014 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии (....)

Члены Комиссии (....)

(....)

(....)

Исполнитель: . 8 (495) 784-75-05 (доб. 154)