

Управление Федеральной антимонопольной службы
по республике Коми

РЕШЕНИЕ

09 апреля 2014 года

(изготовление решения в
полном объеме)

07 апреля 2014 года

(оглашение резолютивной
части)

№ 03-01/2871

г. Сыктывкар

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия), в составе:

<...>;

рассмотрев материалы дела № Р 01-01/14, возбужденного в отношении ООО «СМС Трафик», адрес места нахождения: 115184, г. Москва, ул. Тверская, д. 9, стр. 7, по факту распространения 30.09.2013 посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «Что может быть лучше стильных и удобных джинс и теплого оригинального трикотажа? Выберите себе лучшее! Монобутик ICEICEBERG ждет Вас! ТЦ Suvar plaza, 1 этаж, тел.89172981484» с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие:

- заявителя – <...>а А.М., надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела по адресу электронной почты, указанному в обращении,
- ООО «СМС Трафик», надлежащим образом извещенного о времени и месте

рассмотрения дела по адресу электронной почты, указанному на официальном бланке Общества, что подтверждается письмом ООО «СМС Трафик» № 139-14 от 27.03.2014 (вх. № 743 эл. от 27.03.2014),

- ООО «АйТи Автоматика», надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается уведомлением о вручении 31.03.2014 почтового отправления № 16799172823852,

- ИП <...>а (далее – ИП <...> Г.В.), надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается письмом ИП <...>а Г.В. вх. № 819 эл. от 07.04.2014,

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило заявление гр. <...>а А.М. от 25.10.2013 (вх. № 2256-эл. и вх. № 2258-эл. от 25.10.2013, вх. № 6252 от 28.10.2013) о распространении 30.09.2013 посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «Что может быть лучше стильных и удобных джинс и теплого оригинального трикотажа? Выберите себе лучшее! Монобутик ICEICEBERG ждет Вас! ТЦ Suvar plaza, 1 этаж, тел.89172981484» (далее – рассматриваемая реклама).

По указанному факту определением № 03-01/30 от 09.01.2014 возбуждено дело № Р 01-01/14 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе в отношении ООО «СМС Трафик».

Определениями № 03-01/931 от 07.02.2014, № 03-01/2336 от 20.03.2014 в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечены ООО «АйТи Автоматика» и ИП <...> Г.В.

Из материалов дела № Р 01-01/14 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона 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.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения;

- адресована неопределенному кругу лиц;

- направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования: монобутику ICEICEBERG и реализуемым в нем товарам, формирование и поддержание

интереса к ним, и их продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространенная 30.09.2013 посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения на абонентский номер <...> , является рекламой.

В силу положений, установленных ч. 1 ст. 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.

Согласно п. 15 [Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»](#) в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. [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.

<...> А.М. указывает, что согласие (письменное или устное) на получение рассматриваемой рекламы им не давалось.

При таких обстоятельствах рассматриваемая реклама распространена в нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет ответственность рекламодатель.

В силу п. 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рассматриваемая реклама поступила в форме смс-сообщения с номера +79024780001. Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (Россвязь), абонентский номер <...> входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи ОАО «Ростелеком» (http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/).

В материалах рекламного дела имеются письменные пояснения ОАО «Ростелеком», согласно которым абонентский номер <...> , с которого заявителю поступила рассматриваемая реклама, является номером центра коротких сообщений (SMS – центром). Данный номер записан на SIM-картах всех абонентов подвижной (сотовой) связи Макрорегионального филиала «Урал» ОАО «Ростелеком». При этом через SMS-центр ОАО «Ростелеком» отправлять сообщения

могут и абоненты ОАО «Ростелеком», и контент-провайдеры, подключенные к SMS-центру ОАО «Ростелеком» по специальному протоколу. В рассматриваемом случае ОАО «Ростелеком» заключен договор с контекст-провайдером (SMS-агрегатором) – ООО «Армада», который на основании данного договора предоставляет доступ к SMS-центру ОАО «Ростелеком» другим провайдерам.

Согласно договору об оказании услуг № 410-12, заключенному 27.02.2012 между ОАО «Ростелеком» (Исполнитель) и ООО «Армада» (Заказчик), Исполнитель предоставляет Заказчику техническую возможность осуществления с использованием оборудования Исполнителя отправки пользователям смс-сообщений, а Заказчик оплачивает оказанные услуги согласно условиям договора.

ООО «Армада» в письменных пояснениях, имеющихся в материалах рекламного дела, указало, что техническая возможность формирования и направления смс-сообщения, поступившего на абонентский номер заявителя 30.09.2013 с телефонного номера +79024780001, предоставлена ООО «СМС Трафик». Возможность направления ООО «СМС Трафик» смс-сообщения является результатом ряда последовательных сделок, а именно, договоров между ОАО «Ростелеком» и ООО «Армада», ООО «Армада» и ООО «Юплей», ООО «Юплей» и ООО «СМС Трафик».

В соответствии с договором об оказании услуг № 128/2012, заключенным 01.05.2012 между ООО «Армада» (Исполнитель) и ООО «Юплей» (Заказчик), Исполнитель собственными силами и с привлечением оператора – ОАО «Ростелеком» обеспечивает Заказчику техническую возможность осуществления с использованием Оборудования Заказчика отправки пользователям смс-сообщений, а Заказчик оплачивает оказанные услуги согласно условиям настоящего договора.

Согласно п. 1.1 договора № 74/2010, заключенного 01.11.2010 между ООО «Юплей» (Исполнитель) и ООО «СМС Трафик» (Заказчик), Исполнитель предоставляет Заказчику услуги по приему от Заказчика смс-сообщений для доставки их на мобильные терминалы абонентов сети оператора (ОАО «Уралсвязьинформ») и других сетей транзитом через сеть оператора от имени Заказчика и за его счет.

ООО «СМС Трафик» в письменных пояснениях, представленных в материалы рекламного дела, указало, что отправка смс-сообщения, содержащего рассматриваемую рекламу, осуществлялась ООО «АйТи Автоматика».

Между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ООО «АйТи Автоматика» (Заказчик) 01.06.2013 заключен договор № 370/12, согласно которому Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к системе, обеспечивающей обработку, отправку сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и абонентом, а Заказчик обязуется оплатить оказанные услуги. В соответствии с п. 5.3 указанного договора ответственность за содержание исходящих от Заказчика сообщений несет сам Заказчик, Исполнитель обеспечивает пропуск через свою систему сообщений в их неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования или цензурирования.

ООО «АйТи Автоматика» в материалы рекламного дела представило письменные пояснения, согласно которым ООО «АйТи Автоматика» является организацией, предоставляющей своим клиентам специальный сервис, который позволяет организовать отправку большого количества сообщений. Указанная деятельность Общества осуществляется на основании договоров возмездного оказания услуг, заключаемых с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, заинтересованными в привлечении новых клиентов посредством смс-информирования. Юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям за уплачиваемую в пользу Общества абонентскую плату предоставляется доступ к личному кабинету, через который клиенты Общества могут осуществлять формирование транслируемых сообщений рекламного характера. Данная деятельность с момента заключения договора с клиентом Общества и передачи ему ключа (доступа) к интернет-кабинету происходит автономно, и текст смс-рассылки клиент при каждом входе в личный кабинет формирует самостоятельно. ООО «АйТи Автоматика» самостоятельно не формирует рассылаемые сообщения и не транслирует их.

Между ООО «АйТи Автоматика» (Исполнитель) и ИП <...>ым Г.В. (Заказчик) 21.02.2013 заключен договор предоставления услуг № 950 (далее – договор), согласно которому Исполнитель предоставляет за плату Заказчику услуги по предоставлению доступа к Системе, обеспечивающей формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений.

Согласно п. 2.1 договора Система по организации смс-рассылок (Система) – это аппаратно-программный комплекс, позволяющий Заказчику и его клиентам регистрироваться, отправлять смс-сообщения и получать отчет о доставке сообщений.

Пунктом 3.2.3 договора установлено, что Заказчик обязан получить от абонента, на телефон которого планируется отправка сообщений с информацией Заказчика, письменное согласие на получение таких сообщений; направить на мобильный телефон абонента сообщение, информирующее о данной договоренности и содержащее контактную информацию Заказчика (телефон или e-mail).

В соответствии с пунктами 5.4, 5.5 договора ответственность за содержание исходящих от Заказчика сообщений несет сам Заказчик; ответственность по претензиям и искам, связанным с нарушением Заказчиком установленного порядка использования федеральных и виртуальных номеров (в том числе номера отправителя) несет Заказчик.

Из материалов рекламного дела усматривается, что суть всех услуг, оказанных ОАО «Ростелеком», ООО «Армада», ООО «Юплей», ООО «СМС Трафик» и ООО «АйТи Автоматика», заключалась в обеспечении технической возможности, то есть в создании необходимых условий для формирования и отправки рассматриваемой рекламы в форме смс-сообщения в сети сотовой связи. При этом ИП <...> Г.В. самостоятельно, без участия вышеперечисленных лиц, определял абонентов и содержание смс-сообщений.

Таким образом, ОАО «Ростелеком», ООО «Армада», ООО «Юплей», ООО «СМС Трафик» и ООО «АйТи Автоматика» не осуществляли распространение рассматриваемой рекламы.

В рассматриваемой последовательности договорных отношений лицом, имеющим возможность формировать содержание рекламных сообщений, определять их адресатов и отправлять такие сообщения, является ИП <...> Г.В.

ИП <...> Г.В. в письменных пояснениях, представленных в материалы рекламного дела, указал, что он является владельцем нескольких магазинов одежды в г. Казани. По просьбам покупателей ИП <...> Г.В. информирует их о новых поступлениях и приглашает на новые коллекции, специальные акции, фуршеты. При получении информации о нарушении законодательства о рекламе, ИП <...> Г.В. была немедленно проверена база клиентов бутиков, фамилии заявителя обнаружено не было, отправление сообщения на абонентский номер <...>а А.М. произошло ошибочно по причине невнимательности. Рассматриваемая жалоба на использование контактных сведений клиента с целью незаконной рекламы является первой и единственной для ИП <...>а Г.В.

Из материалов рекламного дела усматривается, что **рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ИП <...> Г.В.**, который осуществил распространение рассматриваемой рекламы в форме смс-сообщения с использованием сетей подвижной радиотелефонной связи посредством технического оборудования, предоставленного ему ООО «АйТи Автоматика», то есть совершил определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Доказательств того, что ИП <...> Г.В. было получено предварительное согласие <...>а А.М. на получение рассматриваемой рекламы, в материалы рекламного дела не представлено.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе произошло по вине рекламораспространителя – ИП <...>а Г.В.

Из материалов рекламного дела усматривается, что ИП <...> Г.В. не предпринято должных мер, направленных на соблюдение требований законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы, что и привело к нарушению.

Таким образом, ИП <...> Г.В. нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Поскольку вина ООО «СМС Трафик» и ООО «АйТи Автоматика» в нарушении требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе Комиссией не установлена, дело № Р 01-01/14 в отношении указанных лиц подлежит прекращению.

В письменных пояснениях, представленных в материалы рекламного дела, ИП <...> Г.В. указал, что смс-рассылки его магазинов не носят рекламного характера, а используются в качестве приглашений на новые коллекции, на закрытые мероприятия или акции по просьбе самих клиентов. ИП <...> Г.В. также пояснил, что при подключении данной услуги для своих клиентов он был ознакомлен со статьей 18 Закона о рекламе и последствиях в случае ее нарушения.

Комиссия считает указанный довод ИП <...>а Г.В. несостоятельным в связи с нижеследующим.

Пунктом 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской

Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» определено, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы судам необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, **имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования**, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре (в том числе товарного знака).

Спорная информация содержит все правовые признаки рекламы, установленные п. 1 ст. 3 Закона о рекламе: распространена посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения, адресована неопределенному кругу лиц (поскольку из текста сообщения не следует, что информация предполагалась для конкретного абонента), направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования: монобутику ICEICEBERG и реализуемым в нем товарам, формирование и поддержание интереса к ним, и их продвижение на рынке.

Именно с целью продвижения и формирования положительного отношения к указанным объектам в рассматриваемой рекламе приведены следующие фразы: «Что может быть лучше стильных и удобных джинс и теплого оригинального трикотажа?», «Выберете себе лучшее!», что явно подчеркивает преимущество товаров, реализуемых в монобутике «ICEICEBERG», направлено на желание потребителей воспользоваться ими. В связи с чем, распространение рассматриваемой информации преследует именно рекламные цели.

Согласно письменным пояснениям ИП <...>а Г.В., основным видом его деятельности является розничная торговля одеждой.

Из материалов рекламного дела усматривается, что рассматриваемая реклама распространена ИП <...>ым Г.В. с целью получения прибыли от его экономической деятельности, что отвечает целям предпринимательской деятельности.

Согласно разъяснениям ФАС России № АК/6531/14 от 25.02.2014 по применению ст. 18 Закона о рекламе, «распространение» в контексте Закона о рекламе не означает направление электросигнала, транслирующего рекламу, к приемному устройству, а означает момент, когда реклама становится доступной для восприятия потребителя; местом совершения правонарушения будет являться территория субъекта Российской Федерации, на которой была распространена (доведена до потребителя) реклама. При этом определение субъекта Российской Федерации, на территории которого совершено правонарушение, должно осуществляться путем установления принадлежности абонентского номера к диапазону номеров, выделенному оператору сотовой связи на территории конкретного субъекта Российской Федерации.

Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (Россвязь), абонентский номер заявителя +79129477770 входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи ОАО «Мобильные ТелеСистемы» на территории Республики Коми (http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/).

Таким образом, из материалов рекламного дела следует, что рассматриваемая реклама распространена 30.09.2013 на территории Республики Коми.

ИП <...> Г.В. письмом вх. № 819 эл. от 07.04.2014 просил переслать рассматриваемое дело по его месту жительства в г. Казань Республики Татарстан, так как обстоятельства не позволяют ему выехать в г. Сыктывкар Республики Коми.

Комиссия не нашла оснований для удовлетворения ходатайства, заявленного ИП <...>ым Г.В., по следующим основаниям.

Пунктом 5 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 (далее – Правила) предусмотрена возможность передачи рекламного дела по подведомственности в другой территориальный орган Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в случае если в ходе рассмотрения дела будет установлено, что реклама, содержащая признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, распространяется на территории, подведомственной двум и более территориальным органам.

В соответствии с пунктом 4 Правил в случае распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, только на территории, подведомственной одному территориальному органу Федеральной антимонопольной службы, дела возбуждаются и рассматриваются по месту распространения такой рекламы.

На основании пунктов 4, 5 Правил, учитывая вышеприведенную позицию ФАС России, территорию распространения рассматриваемой рекламы, дело № Р 01-01/14 подлежит рассмотрению Коми УФАС России.

ИП <...> Г.В. в письменных пояснениях, представленных в материалы рекламного дела, указал, что им приняты меры для прекращения распространения извещений в адрес <...>а А.М.

В ходе рассмотрения рекламного дела 27.02.2014 <...> А.М. пояснил, что распространение рассматриваемой рекламы в его адрес прекращено.

В связи с добровольным устранением совершенного нарушения, Комиссия сочла нецелесообразной выдачу ИП <...>у Г.В. предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

На основании изложенного, руководствуясь п. 4 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 33, п. 7 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37 – 43, 47 Правил, п. 3.58 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Что может быть лучше стильных и удобных джинс и теплого оригинального трикотажа? Выберите себе лучшее! Монобутик ICEICEBERG ждет Вас! ТЦ Suvar plaza, 1 этаж, тел.89172981484», распространенную 30.09.2013 посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения на абонентский номер <...> , ненадлежащей, поскольку она распространена с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы ИП <...>у Г.В. не выдавать, поскольку распространение рекламы, указанной в п. 1 настоящего решения, прекращено.

3. Производство по делу № Р 01-01/14 в отношении ООО «СМС Трафик» прекратить.

4. Производство по делу № Р 01-01/14 в отношении ООО «АйТи Автоматика» прекратить.

5. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении ИП <...>а Г.В. дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение в полном объеме изготовлено 09 апреля 2014 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.