

РЕШЕНИЕ

16 сентября 2014 года

г. Пенза, ул. Урицкого, 127

Резолютивная часть решения объявлена 11 сентября 2014 года.

Комиссия Пензенского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии:

<...>,

рассмотрев дело № 3-01/31-2014, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Дексофт» (юр.адр. 630112, г. Новосибирск, ул. Селезнева, 46; фак.адр. 630084, г. Новосибирск, ул. Новая Заря, 11-189; ИНН 5401214986; далее – ООО «Дексофт»), по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

- в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Дексофт»,

УСТАНОВИЛА:

В Пензенское УФАС поступило обращение абонента ОАО «Мобильные ТелеСистемы» <...>, направленное ФАС России (вх. от 29.04.2014 №674-э) по вопросу распространения рекламы, приходящих на номер телефона +7<...>, посредством смс-сообщений рекламного характера следующего содержания: - «Обновляем склад! 34 авто KIA с выгодой до 90000. АВТОТЕМП <...>». Дата и время поступления сообщения: 28.04.2014 в 12:41.

Заявитель согласия на получение смс-сообщений рекламного характера на свой абонентский номер оператору связи или иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению смс-рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Пензенским УФАС России определением от 27.06.2014 по факту распространения смс-сообщений возбуждено дело № 3-01/31-2014 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе». Рассмотрение дела назначено на 11.09.2014. К участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено ООО «Дексофт».

На рассмотрение дела представитель ООО «Дексофт» не явился.

Телефонограмма с уведомлением вернулась в Пензенское УФАС с пометкой «адресат выбыл неизвестно куда».

Пензенское УФАС России предприняло все меры для установления и обеспечения надлежащего уведомления ООО «Дексофт».

Согласно Постановлению Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 №61 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица» юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, поступивших по его адресу, указанному в

ЕГРЮЛ, а также риск отсутствия по этому адресу своего представителя, и такое юридическое лицо не вправе в отношениях с лицами, добросовестно полагавшимися на данные ЕГРЮЛ об адресе юридического лица, ссылаться на данные, не внесенные в указанный реестр, а также на недостоверность данных, содержащихся в нем (в том числе на ненадлежащее извещение в ходе рассмотрения дела, в рамках производства по делу об административном правонарушении, за исключением случаев, когда соответствующие данные внесены в ЕГРЮЛ в результате неправомерных действий третьих лиц или иным путем помимо воли юридического лица).

С учетом вышеизложенного, Комиссия Пензенского УФАС России сочла возможным рассмотреть дело в отсутствие представителя ООО «Дексофт».

Изучив представленные документы, Комиссия пришла к следующему выводу:

В результате рассмотрения Заявления по существу и изучения дополнительно собранных доказательств установлено следующее.

28.04.2014 в 12:41 на абонентский номер заявителя +7<...> в сети оператора услуг связи ОАО «Мобильные ТелеСистемы», поступило смс-сообщение следующего содержания: «Обновляем склад! 34 авто KIA с выгодой до 90000. АВТОТЕМП <...>».

В соответствии со статьёй 3 ФЗ «О рекламе» рекламой является информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. При этом под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» в целях настоящего Федерального закона используются следующие основные понятия: товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Под неопределённым кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правонарушения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

За счет одновременного информирования большого количества людей реклама позволяет ознакомить потребителей с товарами услугами, реализуемыми на рынке, сформировать к ним положительное отношение потребителей, позитивно выделить определенные организации, товары и услуги из всего существующего ряда.

Информация, с содержанием: «Обновляем склад! 34 авто KIA с выгодой до 90000.

АВТОТЕМП <...>», размещенная посредством использования телефонной связи, подпадает под понятие рекламы, а именно, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания потребителей рекламы к товару (услуге), способствует его продвижению на рынке.

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

При этом 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.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В ходе рассмотрения дела установлено, что телефонный номер <...> <...> выделен абоненту <...> на основании договора об оказании услуг радиотелефонной связи с ОАО «МТС» (письмо ОАО «МТС» вх. от 14.05.2014 №1735).

Рекламное сообщение поступило с телефонного номера +79023674198 и отправлено смс-центром +79029900003 закрепленного за ЗАО «Енисейтелеком» Красноярский край.

Пензенским УФАС России в адрес ЗАО «Енисейтелеком» направлен запрос (исх. от 15.05.2014 № 1767-3) о предоставлении сведений относительно абонента телефонного номера, с которого отправлено вышеупомянутое рекламное сообщение. Согласно ответу ЗАО «Енисейтелеком» (вх. от 02.06.2014 №872-э) следует, что отправителем рассматриваемых смс-сообщений, является ООО «Ростелеконтент», на основании договора от 01.05.2012 №1 об оказании услуг.

Пензенским УФАС России в адрес ООО «Ростелеконтент» направлен запрос (исх. от 04.06.2014 № 2242-3) о предоставлении сведений относительно направления вышеупомянутого рекламного сообщения.

Согласно ответу ООО «Ростелеконтент» (вх. от 24.06.2014 №1134-э; от 24.07.2014 №3037) следует, что отправителем рассматриваемых смс-сообщений, является ООО «Дексофт» (юр.адр. 630112, г. Новосибирск, ул. Селезнева, 4б; фак.адр. 630084, г. Новосибирск, ул. Новая Заря, 11-189; ИНН 5401214986).

Как следует из представленных в материалы дела документов, возможность направления ООО «Дексофт» смс-сообщений, является результатом ряда последовательных сделок.

Из представленных ООО «Ростелеконтент» документов следует, что данное общество имеет договорные отношения с ООО «Армада» (614017, г.Пермь,

ул.Тургенева, д.12, оф.62; ИНН 5906093606) (договор от 01.05.2012 №128/2012 об оказании услуг).

ООО «Армада» имеет договорные отношения с ООО «Юплей» (614017, г. Пермь, ул. Тургенева, д.33А, кв.1; ИНН 5906101776) (договор от 01.05.2012 №128/2012 об оказании услуг).

ООО «Юплей» имеет договорные отношения с ООО «Дексофт» (договор от 01.11.2010 №34/2010).

Возможность направления ООО «Дексофт» смс-сообщений, является результатом ряда последовательных сделок, а именно договора между ЗАО «Енисейтелеком» и ООО «Ростелеконтент», ООО «Ростелеконтент» и ООО «Армада», ООО «Армада» и ООО «Юплей», ООО «Юплей» и ООО «Дексофт».

В соответствии с договором от 01.11.2010 №34/2010 Исполнитель (ООО «Юплей») предоставляет Заказчику (ООО «Дексофт») услуги по приему от заказчика SMS для доставки их на мобильные терминалы Абонентов сети оператора и других сетей транзитом через сеть оператора от имени Заказчика и за его счет.

Из анализа условий договора усматривается, что ООО «Дексофт» с использованием окончательного оборудования и сопряжения технических ресурсов осуществляет формирование содержания и отправку смс-сообщений определенным им адресатам с использованием сетей подвижной радиотелефонной связи.

При этом ЗАО «Енисейтелеком», ООО «Ростелеконтент», ООО «Армада», ООО «Юплей» обеспечивают техническую возможность потребления ООО «Дексофт» услуги связи – передачи смс-сообщения по сети подвижной радиотелефонной связи, не имея возможности оказывать какое-либо влияние на содержание такого сообщения и перечень его адресатов.

Таким образом рекламодателем смс-сообщений является ООО «Дексофт».

В части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламодатель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Материалами дела № 3-01/31-2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе подтверждается тот факт, что рассматриваемая реклама была отправлена Заявителю на его абонентский номер <...> без предварительного согласия абонента или адресата (Заявителя) на получение рекламы.

ООО «Дексофт» не представлены доказательства того, что им в процессе смс-рассылки с рассматриваемой рекламой было получено согласие Абонента <...> мобильного телефона +7<...> на получение смс-сообщений.

Таким образом, реклама: «Обновляем склад! 34 авто KIA с выгодой до 90000. АВТОТЕМП +<...>», распространялась посредством использования подвижной радиотелефонной связи с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии со статьей 38 названного закона несет рекламораспространитель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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

Собранные по делу доказательства и установленные обстоятельства свидетельствуют о том, что нарушение законодательства о рекламе в данном случае содержится в действиях лица, распространившего рассматриваемую рекламу, т.е. ее рекламораспространителя – ООО «Дексофт».

Рекламораспространитель обязан соблюдать требования статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия считает действия ООО «Дексофт» по распространению на телефонный номер Заявителя по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без его предварительного согласия, нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

В соответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ 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.

На момент рассмотрения дела Комиссии Пензенского УФАС России доказательств устранения нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ООО «Дексофт» представлено не было.

В связи с чем, Комиссия Пензенского УФАС России считает целесообразным выдачу предписания о прекращении нарушения требований рекламного законодательства.

В силу части 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе» нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Обновляем склад! 34 авто KIA с выгодой до 90000. АВТОТЕМП <...>», распространяемую 28.04.2014 в 12:41 по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Дексофт» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 16 сентября 2014 года.

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