

РЕШЕНИЕ

16 сентября 2014 года

г. Пенза, ул. Урицкого, 127

Резолютивная часть решения объявлена 12 сентября 2014 года.

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

Председатель Комиссии:

<...>,

рассмотрев дело № 3-01/32-2014, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Девино Телеком» (ИНН 7715829230; далее – ООО «Девино Телеком»), 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 «Девино Телеком»,

представитель ОАО «Мегафон» представил ходатайство о рассмотрении дела без его участия,

УСТАНОВИЛА:

В Пензенское УФАС поступило обращение абонента ОАО «Мегафон» (Москва) <...>, направленное ФАС России (вх. от 16.05.2014 №757-э) по вопросу распространения рекламы, приходящих на номер телефона +7<...>, посредством смс-сообщений рекламного характера следующего содержания: - «Новая коллекция экипировки ДАЙНЕЗ и шлемов АГВ. Подробности: <...>. Ждем Вас в нашем салоне, в т/ц «СпортХит». С уважением, КАВАСАКИ ЦЕНТР ЗАПАД». Дата и время поступления сообщения: 15.05.2014 в 16:48.

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 01.07.2014 по факту распространения смс-сообщений возбуждено дело № 3-01/32-2014 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе» в отношении ООО «ОСК» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д.10, стр.1; ИНН 7705658056). Определением от 22.08.2014 ненадлежащий ответчик ООО «ОСК» заменен на надлежащего ответчика ООО «Девино Телеком». Рассмотрение дела назначено на 12.09.2014. К участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено ООО «Девино Телеком».

На рассмотрение дела представитель ООО «Девино Телеком» 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 «Девино Телеком».

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 «Девино Телеком».

Изучив представленные документы, Комиссия пришла к следующему выводу:

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

15.05.2014 в 16:48 на абонентский номер заявителя +7<...> в сети оператора услуг связи ОАО «Мегафон», поступило смс-сообщение следующего содержания: «Новая коллекция экипировки ДАЙНЕЗ и шлемов АГВ. Подробности: <...>. Ждем Вас в нашем салоне, в т/ц «СпортХит». С уважением, КАВАСАКИ ЦЕНТР ЗАПАД».

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 адресу

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: «Новая коллекция экипировки ДАЙНЕЗ и шлемов АГВ. Подробности: <...>. Ждем Вас в нашем салоне, в т/ц «СпортХит». С уважением, КАВАСАКИ ЦЕНТР ЗАПАД», 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 рекламодателя.

В ходе рассмотрения дела установлено, что телефонный номер <...> <...> выделен абоненту <...> с 28.08.2009 на основании договора об оказании услуг радиотелефонной связи № CSN-5480248 с ОАО «Мегафон».

Рекламное сообщение поступило от отправителя, имеющего буквенное обозначение «KAWASAKI» и отправлено через смс-центр +79262000331 ОАО «Мегафон».

Пензенским УФАС России в адрес ОАО «Мегафон» направлен запрос (исх. от 20.05.2014 №1845-3, от 25.06.2014 № 2618-3) о предоставлении сведений относительно отправителя, имеющего буквенное обозначение «KAWASAKI», с которого отправлено вышеупомянутое рекламное сообщение.

Из представленных ОАО «Мегафон» документов следует, что данное общество имеет договорные отношения с ЗАО «МегаЛабс» (ИНН 7713556058) (дополнительное соглашение №30/4 к Генеральному соглашению от 30 апреля 2010 года).

ЗАО «МегаЛабс» имеет договорные отношения с ООО «ОСК» (ИНН 7705658056)

(Договор от 01.11.2013 №MP-ОСК-011113 об оказании услуг).

ООО «ОСК» имеет договорные отношения с ООО «Девино Телеком» (ИНН 7715829230) (договор от 01.12.2013 №SMS-38/12-13 оказания услуг).

В рамках заключенного Договора Исполнитель (ООО «ОСК») оказывает Заказчику (ООО «Девино Телеком») услуги по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений адресатам Заказчика (клиентам или иным, указанным Заказчиком, третьим лицам) посредством подключения и обслуживания Заказчика в электронной системе «SMSFinance» (далее – Услуги), а Заказчик обязуется принимать и оплачивать надлежащим образом оказанные Услуги.

В соответствии с Правилами оказания услуг к данному договору Заказчик обязуется не использовать Услуги для распространения ненужной получателю, незапрошенной последним информации, информации вида СПАМ.

Таким образом, в соответствии с данным договором ООО «ОСК» самостоятельно не организывает смс-рассылки, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе. В рамках предоставления услуг по данному договору ООО «ОСК» приняло на себя обязанности по приему и передаче коротких текстовых сообщений (смс-сообщений) через Систему от клиента к операторам связи.

Основной функцией ООО «ОСК» в этом случае является маршрутизация сообщений.

Изложенное выше позволяет Комиссии сделать вывод о том, что заключенный между ООО «ОСК» и ООО «Девино Телеком» договор, свидетельствует о том, что его предметом, в первую очередь, явилось обеспечение возможности рассылки смс-сообщений. ООО «ОСК» обеспечило техническими средствами (посредством электронной системы «SMSFinance») ООО «Девино Телеком» для передаче смс-сообщения.

В части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя 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 рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Материалами дела № 3-01/32-2014 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 «Девино Телеком» 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: «Новая коллекция экипировки ДАЙНЕЗ и шлемов АГВ. Подробности: <...>. Ждем Вас в нашем салоне, в т/ц «СпортХит». С уважением, КАВАСАКИ ЦЕНТР ЗАПАД», распространялась ООО «Девино Телеком» 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 «Девино Телеком».

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 «Девино Телеком» 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 «Девино Телеком» 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: «Новая коллекция экипировки ДАЙНЕЗ и шлемов АГВ. Подробности: <...>. Ждем Вас в нашем салоне, в т/ц «СпортХит». С уважением, КАВАСАКИ ЦЕНТР ЗАПАД», распространяемую 15.05.2014 в 16:48 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 «Девино Телеком» 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.