

РЕШЕНИЕ

по делу № 14-03-18-02/526

25 ноября 2014 г.
Волгоград

г.

Резолютивная часть решения оглашена 20 ноября 2014 г.

Решение изготовлено в полном объеме 25 ноября 2014 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – Никуйко Ирина Борисовна, заместитель руководителя Управления;

член Комиссии – Демичева Ксения Александровна, старший государственный инспектор отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы;

член Комиссии – Кузнецова Дарья Александровна, государственный инспектор отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы;

член Комиссии – Донцов Дмитрий Александрович, специалист первого разряда отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы,

рассмотрев дело № 14-03-18-02/526, возбужденное по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального Закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее ФЗ «О рекламе») по факту обращения физического лица (вх. № 6177 от 21.07.2014 г.) с жалобой на рассылку смс-сообщений рекламного характера,

в отсутствие:

- представителей ООО «Софт Профи»,
- представителей ООО «Гранд Телеком».

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области поступило заявление физического лица (вх. № 6177 от 21.07.14 г.) с жалобой на рассылку смс-сообщений рекламного характера следующего содержания.

- 26.06.2014 г. в 14.16 от +79022295113: «Швейцарские часы за 10% цены! Noblot,

Patek, Rolex! www.vip-big.ru;

- 02.07.2014 г. в 14.52 от +79022295113: «Часовой переворот! Hoblot, Patek, Rolex за ПОЛЦЕНЫ! На www.vip-big.ru».

В ходе рассмотрения заявления в адрес ОАО «ВымпелКом» (оператор абонента) был направлен запрос (исх. № 02-8/4494 от 24.07.2014 г.) о предоставлении информации.

В ответ на данный запрос (вх. № 6550 от 04.08.2014 г.) ОАО «ВымпелКом» представило следующую информацию: ОАО «ВымпелКом» рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем данного рекламного сообщения не является. Данное смс-сообщение было отправлено с номера +902-370-82-99, который принадлежит оператору связи – ОАО «СМАРТС» в Самарской области.

Согласно письму, полученному от ОАО «СМАРТС» в Самарской области (вх. № 2433 от 19.08.2014 г), номер <...> -902-370-82-99, в соответствии с нормативными документами о выделении ресурса нумерации, закреплен за ЗАО «Ярославль-GSM».

ЗАО «Ярославль-GSM», в ответ на запрос информации (вх. № 6859 от 12.08.2014 г.), предоставило сведения о том, что номер <...> -902-229-51-13 закреплен за ООО «Комтерра» на основании договора № 1315 от 18.12.2013 г.

На основании сведений, представленных ЗАО «Ярославль-GSM», был направлен запрос в ООО «Комтерра» (исх. № 02-8/5109 от 20.08.2014 г.). Из представленных сведений ООО «Комтерра» (вх. Эл. № 2608 от 29.08.2014 г.) следует, что ответственность за содержание смс-сообщений и базы, на которую отправляются смс-сообщения, на основании договора № 1520 от 01.06.2014 г., возлагается на ООО «СофтПрофи».

Согласно объяснениям, полученным от ООО «СофтПрофи» (вх. № 2856 от 16.09.2014 г.), ООО «СофтПрофи», как Исполнитель, проставляло услугу – доступ к программному приложению на основании договора № ДУ270513/01 от 27.05.2013 г. Заказчику – ООО «ГрандТелеком».

Смс-сообщения, полученные заявителем, являются рекламой, поскольку обладают всеми квалифицирующим признаками рекламы.

В соответствии со ст. 18 Федерального 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Нарушение рекламоделателями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе, в силу ч. 4 ст. 38 Федерального закона «О рекламе», влечёт за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с п. 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе», рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе».

Рекламодателями, т.е. лицами, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, в данном случае выступили: ООО «СофтПрофи» и ООО «ГрандТелеком».

Заявитель указывает на факт отсутствия у рекламодателей согласия на получение рекламных смс-сообщений.

В связи с изложенным, Волгоградским УФАС России по итогам рассмотрения обращения гражданина, Определением от 22.09.2014 г. (исх. № 02-8/5990 от 22.09.2014 г.) было возбуждено дело № 14-03-18-02/526 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» в отношении ООО «СофтПрофи» и ООО «ГрандТелеком».

В ходе рассмотрения настоящего дела, Комиссией Волгоградского УФАС России было установлено следующее

В соответствии с п. 1 ст. 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.

Рассматриваемые смс-сообщения являются рекламой, поскольку отвечают всем квалифицирующим признакам рекламы, установленным подп. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе», а именно:

1). Информация распространена в форме смс-сообщений по сетям электросвязи, посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона РФ от 07.07.2003 № 126-ФЗ "О связи" под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

SMS (от английского Short Message Service - служба коротких сообщений) представляет собой технологию, позволяющую осуществить прием и передачу коротких текстовых сообщений на мобильные телефоны,

2). Информация была адресована неопределенному кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, и, следовательно, получатели информации не могут быть определены. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная в полученном заявителем смс-сообщении, не обращена к конкретному потребителю, из текста смс-сообщения не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам,

ФАС России, согласно п. 1. Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 г. № 331 "Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе", является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов и контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, законодательства в сфере деятельности субъектов [естественных монополий](#) (в части установленных законодательством полномочий антимонопольного органа), [рекламы](#), [контролю](#) за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также по [контролю](#) в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд (за исключением полномочий по контролю в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг по государственному оборонному заказу, а также в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных государственных нужд, не относящихся к государственному оборонному заказу, сведения о которых составляют государственную тайну).

В соответствии с п. 6.3. вышеназванного Положения, Федеральная антимонопольная служба с целью реализации полномочий в установленной сфере деятельности имеет право давать юридическим и физическим лицам разъяснения по вопросам, отнесенным к компетенции Службы.

В письме от 5 апреля 2007 г. № АЦ/4624 «О понятии «неопределенный круг лиц» ФАС России указала, что 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.

Соответствующие разъяснения даны 14 июня 2012 года Федеральной антимонопольной службой относительно порядка применения статьи 18 ФЗ «О рекламе». В частности, ФАС России указала, что с учетом положений, закрепленных в п. 1 ст. 3 Федерального закона "О рекламе", под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

3) Информация направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Объектом рекламирования в данном случае выступают часы Hoblot, Patek, Rolex.

В силу ч. 1 ст. 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.

Материалы, полученные Волгоградским УФАС России в рамках рассмотрения обращения физического лица, не содержат подтверждения наличия предварительного согласия абонента на получение рекламы по сети электросвязи.

В Определении о возбуждении дела № 14-03-18-02/526 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе должностным лицом Волгоградского УФАС России была установлена обязанность ООО «СофтПрофи» и ООО «ГрандТелеком» представить в адрес Комиссии Волгоградского УФАС России следующую информацию:

- письменные объяснения по факту, послужившему основанием для возбуждения дела;
- учредительные документы;
- иную информацию, необходимую для полного, всестороннего и объективного рассмотрения дела.

Данное определение было направлено в адрес ООО «СофтПрофи» (450005, г. Уфа, ул. Достоевского, д. 139/1, оф. 3) и ООО «ГрандТелеком» (107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 5/7, стр. 2, помещение V, комната 18; 107055, г. Москва, ул. Тихвинская, д. 10, помещение V) почтовым отправлением с уведомлением о вручении.

ООО «СофтПрофи», в ответ на Определение, предоставило следующие сведения:

- На телефон заявителя +7-906-166-97-79 действительно были отправлены смс-сообщения 24.06.2014 г., 26.06.2014 г., 02.07.2014 г.;
- ООО «СофтПрофи», как Исполнитель предоставляло услугу - доступ к программному приложению на основании договора № ДУ270513/01 от «27» мая 2013 г. Заказчику ООО «ГрандТелеком»;
- ООО «СофтПрофи» предоставляет только доступ к программному приложению, не являясь при этом создателем и распространителем смс-сообщений.

Исходя из информации, представленной ООО «СофтПрофи», было принято решение признать ООО «СофтПрофи» лицом, обладающим информацией.

ООО «ГрандТелеком», в свою очередь, объяснений по факту, послужившему основанием для возбуждения дела, не представил, хотя Определение о возбуждении с запросом информации было получено по адресу: 107055, г. Москва, ул. Тихвинская, д. 10, помещение V. (Уникальный почтовый идентификатор: 40097578568245). Определение по адресу: (107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 5/7, стр. 2, помещение V, комната 18 (Юридический адрес) получено не было. Конверт вернулся с отметкой «истек срок хранения».

Определением от 21.10.14 г. рассмотрение дела было отложено в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств и отсутствием лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

На заседании комиссии Волгоградского УФАС России, по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе, состоявшейся 20.11.2014 г., ООО «ГрандТелеком» объяснений, по факту, послужившему основанием для возбуждения дела не представило, представить на заседание комиссии не явился. Определение ни по одному из адресов получено не было (Уникальный почтовый идентификатор № 40097578442910; 40097578442927).

В соответствии с ч. 3 ст. 54 ГК РФ, юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

Ст. 54 ГК РФ установлено, что место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации на территории Российской Федерации путем указания наименования населенного пункта (муниципального образования). Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа - иного органа или лица, уполномоченных выступать от имени юридического лица в силу закона, иного правового акта или учредительного документа. В едином государственном реестре юридических лиц должен быть указан адрес юридического лица.

Комиссия Волгоградского УФАС России считает, что ООО «ГрандТелеком» надлежаще уведомлено о месте и времени рассмотрения дела посредством направления определения по адресу, указанному в ЕГРЮЛ.

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона № 38-ФЗ).

С учетом вышеуказанных обстоятельств и имеющихся материалов дела Комиссия приходит к выводу, что в рассматриваемом случае ООО «ГрандТелеком» выступало в качестве рекламораспространителя. ООО «ГрандТелеком» не представил Комиссии доказательств наличия согласия абонента с номером +7-906-

166-97-79 на получение рассматриваемой рекламы.

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

В соответствии с п. 7 ст. 38 ФЗ РФ «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ о рекламе.

ФЗ «О рекламе» установил принципы государственной политики в области рекламы, особенности отдельных способов распространения рекламы, в том числе распространения рекламы по сетям электросвязи.

Одной из целей Закона является реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы (ст. 1 ФЗ «О рекламе»). Закон направлен на предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Регулирование отношений, возникающих в сфере распространения рекламы должно учитывать новые реалии, тенденции и особенности современного состояния рекламного рынка, обеспечивать эффективный баланс интересов потребителей рекламы, заказчиков рекламы, рекламопроизводителей и рекламодателей.

Законодатель, стремясь учесть интересы всех слоев населения, наряду с дозволительными нормами закрепил определенное количество и запретительных норм.

Потребности современного человека в товарах и услугах растут, и реклама является своеобразным ориентиром, при помощи которого потребитель сможет принять правильное решение и выбрать правильное направление в поиске нужного товара.

Абонент, согласно п. 1 ст. 2 ФЗ «О связи» - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, абонент выступает «пассивной» стороной отношений по передаче информации, он выступает получателем, но не отправителем сообщений.

Рекламодатель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата.

Только в случае, если поставщик услуг связи при заключении договора с абонентом получил согласие последнего на получение любой рекламной информации, то такое согласие может рассматриваться как предварительное согласие абонента на получение рекламы, предусмотренное частью 1 статьи 18

ФЗ «О рекламе».

Поскольку, на момент вынесения решения у Комиссии Волгоградского УФАС России отсутствует информация о распространении указанной рекламы в адрес заявителя после возбуждения дела, имеются основания для выдачи предписания ООО «ГрандТелеком» о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – п. 5 ч. 2 ст. 21 ФЗ от 13.03.2006 г. «О рекламе» № 38-ФЗ.

На основании вышеизложенного и руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 36-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. № 508, Комиссия Волгоградского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу:

- «Швейцарские часы за 10% цены! Hoblot, Patek, Rolex! www.vip-big.ru», поступившую 26.06.2014 г. в 14 часов 16 минут на телефонный номер абонента +7-906-166-97-79;

- «Часовой переворот! Hoblot, Patek, Rolex за ПОЛЦЕНЫ! На www.vip-big.ru», поступившую 02.07.2014 г. в 14 часов 52 минуты на телефонный номер абонента +7-906-166-97-79, распространяемую ООО «ГрандТелеком» по сетям электросвязи без согласия абонента, ненадлежащей, нарушающей ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ "О рекламе";

2. Выдать ООО «ГрандТелеком» предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Волгоградского УФАС России для возбуждения дел об административном правонарушении по ч.1 ст. 14.3.

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