



Управление Федеральной антимонопольной службы
по республике Коми

РЕШЕНИЕ

14 августа 2014 года

(изготовление решения в
полном объеме)

11 августа 2014 года

(оглашение резолютивной
части)

№ 03-01/7090

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 дело № Р 24-03/14, возбужденное в отношении ООО «ВЕБСМС» по факту распространения 20.12.2013 в 12 часов 14 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «ELSE Club: Беспрецедентное Предложение. До 22 декабря. Бронирование +7(495)234-44-44 доб.3» (далее – рассматриваемая реклама) с признаками нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие:

- <...>а А.Н., надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается письмом от 02.07.2014 (вх. № 1559эл. от 02.07.2014), которым <...> А.Н. направил ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие;
- ООО «ВЕБСМС», надлежащим образом извещенного о времени и месте

рассмотрения дела, что подтверждается уведомлением о вручении 25.07.2014 почтового отправления № 16799175637197;

- ООО «Элс клуб», надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается уведомлением о вручении 09.07.2014 почтового отправления № 16799175637203,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее – Коми УФАС России) поступило заявление <...>а (далее – <...> А.Н., заявитель) от 20.12.2013, направленное ФАС России письмом №АК/54057/13 от 30.12.2013 (вх. № 309 от 23.01.2014) о распространении 20.12.2013 в 12 часов 14 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «ELSE Club: Беспрецедентное Предложение. До 22 декабря. Бронирование +7(495)234-44-44 доб.3» (далее – рассматриваемая реклама).

По указанному факту определением № 03-01/2443 от 27.03.2014 возбуждено дело № Р 24-03/14 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе в отношении общества с ограниченной ответственностью «ВЕБСМС» (далее – ООО «ВЕБСМС», Общество).

Из материалов дела № Р 24-03/14 (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 (поскольку из текста сообщения не следует, что информация предполагалась для конкретного абонента);

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – ELSE Club, формирование и поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространенная 20.12.2013 в 12 часов 14 минут 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 рекламораспространителя.

Из материалов рекламного дела следует, что согласие на получение рассматриваемой рекламы заявителем 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 рекламораспространитель.

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

Рассматриваемая реклама поступила в форме смс-сообщения с номера смс-центра +79023700108. Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (Россвязь), номер <...> входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи ОАО «СМАРТС» (http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/).

ОАО «СМАРТС» письмом на запрос Коми УФАС России указало, что согласно решению Федерального агентства связи об изменении ресурса нумерации единой сети электросвязи РФ № 23962 от 28.08.2008 ресурс нумерации 3700000-3799999 выделен ОАО «СМАРТС». Так как ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, то согласно технической документации номер <...> был закреплен за смс-центром ЗАО «Астрахань-GSM».

Из письменных пояснений и копий документов, представленных ЗАО «Астрахань-GSM» в Коми УФАС России, следует, что отправителем смс-сообщения, содержащего рассматриваемую рекламу, является ООО «ВЕБСМС».

ООО «ВЕБСМС» в материалы рекламного дела представило письменные пояснения, согласно которым ООО «ВЕБСМС» в соответствии с уставными документами, лицензией и договорами оказания услуг предоставляет клиентам

комплекс телематических услуг связи по обработке и передаче смс-сообщений абонентам. ООО «ВЕБСМС» не является создателем (изготовителем) и распространителем смс-сообщений начиная с момента подготовки текста смс-сообщения, его редактирования и заканчивая отправкой смс-сообщений абонентам. Согласно условиям договоров клиенты обязуются осуществлять смс-рассылки только на телефонные номера пользователей, выразивших свое согласие на получение смс-сообщений в письменном виде либо иным способом, не противоречащим законодательству РФ. Клиент, осуществивший рассылку на номер <...>, зарегистрировался в системе websms.ru 27.04.2011 в 14:19:17. Аккаунт зарегистрирован на ООО «Элс Клуб». Владелец аккаунта (ООО «Элс Клуб») акцептовал публичную оферту (в подтверждение представлен список платежей, полученных на аккаунт ООО «Элс Клуб»).

Также ООО «ВЕБСМС» в письменных пояснениях сообщило, что не осуществляет рассылку смс-сообщений. ООО «ВЕБСМС» механизм получения согласия и формирования абонентской базы ООО «Элс Клуб» не известен. Свою абонентскую базу для распространения смс-сообщений ООО «ВЕБСМС» не имеет.

Согласно публичной оферте, копия которой имеется в материалах рекламного дела, предметом договора является предоставление ВЕБСМС (ООО «ВЕБСМС») Клиенту комплекса телематических услуг связи по обработке и передаче смс-сообщений от Клиента Абонентам, по обработке и приему смс-сообщений от Абонентов через технические средства ВЕБСМС.

Пунктом 3.2 договора установлено, что Клиент обязуется осуществлять смс-рассылки только на телефонные номера Пользователей, выразивших свое согласие на получение смс в письменном виде либо иным способом, не противоречащим законодательству РФ.

В соответствии с п. 4 договора Клиент является создателем (изготовителем) и распространителем смс-сообщений, начиная с момента подготовки текста смс-сообщения, его редактирования и заканчивая отправкой смс-сообщений абонентам, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение смс-сообщений и их содержание в полном объеме несет сам Клиент.

Из материалов рекламного дела усматривается, что суть всех услуг, оказанных ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «ВЕБСМС», 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 ООО «Элс Клуб» самостоятельно, без участия вышеперечисленных лиц, определяло абонентов и содержание смс-сообщений.

Таким образом, ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «ВЕБСМС» 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 ООО «Элс Клуб».

В материалы рекламного дела в обоснование довода о наличии согласия заявителя на получение рассматриваемой рекламы ООО «ВЕБСМС» представлена

копия Соглашения, заключенного 01.02.2010 между ООО «Элс клуб» и <...>о В.С. (далее – Соглашение).

Указанное Соглашение не может быть принято в качестве доказательства наличия согласия <...>а А.Н. на получение рассматриваемой рекламы, поскольку Соглашение заполнено и подписано иным лицом – <...>о В.С.

Кроме того, Соглашение датировано ранее регистрации ООО «Элс Клуб». Так, согласно информации, размещенной на официальном сайте Федеральной налоговой службы (<http://egrul.nalog.ru/>), ООО «Элс Клуб» (ИНН 7743808810, ОГРН 1117746116861) зарегистрировано 18.02.2011.

Бремя доказывания наличия согласия абонента на получение смс-рассылки Законом о рекламе прямо возложено на рекламораспространителя, в связи с чем, ООО «Элс Клуб» должно было удостовериться в получении такового именно от <...>а А.Н.

Таким образом, доказательств того, что ООО «Элс Клуб» было получено предварительное согласие <...>а А.Н. на получение рассматриваемой рекламы, в материалы рекламного дела не представлено.

Из материалов рекламного дела усматривается, что **рекламораспространителем** рассматриваемой рекламы является ООО «Элс Клуб», которое осуществило распространение рассматриваемой рекламы в форме смс-сообщения с использованием сетей подвижной радиотелефонной связи посредством программно-технических средств, предоставленных ему ООО «ВЕБСМС», то есть совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федеральной налоговой службы (<http://egrul.nalog.ru/>) лицом, имеющим право без доверенности действовать от имени ООО «Элс Клуб», является генеральный директор <...>а И.А. (далее – <...>а И.А.).

Из материалов рекламного дела усматривается, что должностным лицом ООО «Элс Клуб», ответственным за соблюдение Обществом законодательства о рекламе, является генеральный директор <...>а И.А.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе произошло по вине рекламораспространителя – ООО «Элс Клуб» и его должностного лица – генерального директора <...>ой И.А.

Из материалов рекламного дела усматривается, что ООО «Элс Клуб» и <...>ой И.А. не предпринято должных мер, направленных на соответствие рекламы требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе, что и привело к рассматриваемому нарушению.

Таким образом, ООО «Элс Клуб» и <...>ой И.А. нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Поскольку вина ООО «ВЕБСМС» в нарушении требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе Комиссией не установлена, дело № Р 24-03/14 в отношении указанного лица подлежит прекращению.

В соответствии с разъяснениями 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 +79057120238 входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи ОАО «Вымпел-Коммуникации» на территории Москвы и Московской области (http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/).

Таким образом, из материалов рекламного дела следует, что рассматриваемая реклама распространена 20.12.2013 в 12 часов 14 минут на территории Москвы и Московской области.

Из письменных пояснений <...>а А.Н., представленных в материалы рекламного дела, следует, что распространение рассматриваемой рекламы в его адрес прекращено.

В связи с добровольным устранением совершенного нарушения, Комиссия сочла нецелесообразной выдачу ООО «Элс Клуб» 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 рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, 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,

Р Е Ш И Л А:

1. Признать рекламу следующего содержания: «ELSE Club: Беспрецедентное Предложение. До 22 декабря. Бронирование +7(495)234-44-44 доб.3», распространенную 20.12.2013 в 12 часов 14 минут 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 ООО «Элс Клуб» не выдавать, поскольку распространение рекламы, указанной в п. 1 настоящего решения, прекращено.

3. Производство по делу № Р 24-03/14 в отношении ООО «ВЕБСМС» прекратить.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении ООО «Элс Клуб» дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Решение в полном объеме изготовлено 14 августа 2014 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.