



Управление Федеральной антимонопольной службы
по республике Коми

РЕШЕНИЕ

29 декабря 2014 года

(изготовление решения в полном объеме)

19 декабря 2014 года

(оглашение резолютивной части)

№ 03-01/12386

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 06-02/14, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «СофтПрофи» (далее – ООО «СофтПрофи»), адрес места нахождения: 141981, Московская обл., г. Дубна, ул. Правды, д. 16, оф. 2, по факту распространения 27.10.2013 в 13 часов 57 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме SMS-сообщения на абонентский номер +<...> рекламы следующего содержания: «Переобувка колес + балансировка = 500р, любой радиус! Запись: +79818897888» 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 – <...>, надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается уведомлением о вручении 04.12.2014 почтового отправления № 16799179853050;

- ООО «СофтПрофи», надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается уведомлением о вручении 09.12.2014 почтового отправления № 16799179853081;

- ООО «Гранд Телеком», письмом Коми УФАС России № 03-01/10996 от 27.11.2014 (идентификационный № 16799179853067) извещенного о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается сведениями, размещенными в сервисе «Отслеживание почтовых отправлений» официального Интернет-сайта ФГУП «Почта России» (<http://www.russianpost.ru/>),

- ООО «ИТ Бизнес Консалтинг», письмом Коми УФАС России № 03-01/10997 от 27.11.2014 (идентификационный № 16799179853074) извещенного о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается сведениями, размещенными в сервисе «Отслеживание почтовых отправлений» официального Интернет-сайта ФГУП «Почта России» (<http://www.russianpost.ru/>),

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило заявление <...> от 27.10.2013, направленное ФАС России письмом № АК/45162/13 от 14.11.2013 (вх. № 6968 от 04.12.2013), о распространении 27.10.2013 в 13 часов 57 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме SMS-сообщения на абонентский номер +<...> рекламы следующего содержания: «Переобувка колес + балансировка = 500р, любой радиус! Запись: +79818897888» (далее – рассматриваемая реклама).

По указанному факту определением № 03-01/806 от 03.02.2014 возбуждено дело № Р 06-02/14 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе в отношении ООО «СофтПрофи».

Определениями № 03-01/1572 от 27.02.2014, № 03-01/2526 от 26.03.2014 в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечены ООО «Гранд Телеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг».

Из материалов дела № Р 06-02/14 (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 SMS-сообщения;
- адресована неопределенному кругу лиц (поскольку из текста сообщения не следует, что информация предполагалась для конкретного абонента);
- направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования: услугам по переобувке колес и балансировке, формирование и поддержание интереса к ним, и их продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространённая 27.10.2013 в 13 часов 57 минут посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме SMS-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.

Согласно п. 15 [Постановления Пленума ВАС РФ 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.

<...> указывает, что согласие 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 рекламораспространитель.

В соответствии с ч. 8 ст. 38 Закона о рекламе, рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в ч.ч. 6, 7 ст. 38 Закона о рекламе, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

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 SMS-сообщения с номера +79037011111. Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (Россвязь), абонентский номер <...> входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи ОАО «Вымпел-Коммуникации» (http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/).

Из письменных пояснений и копий документов, представленных ОАО «Вымпел-Коммуникации» в Коми УФАС России, следует, что отправителем SMS-сообщения, содержащего рассматриваемую рекламу, является ООО «СофтПрофи».

ООО «СофтПрофи» в письменных пояснениях, представленных в материалы рекламного дела, указало, что ООО «СофтПрофи» предоставляет ООО «Гранд Телеком» услуги доступа к программному приложению на основании Договора № ДУ 270513/01 от 27.05.2013. ООО «Гранд Телеком» самостоятельно (после авторизации по логину и паролю) производит все необходимые действия начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой абонентам.

Также ООО «СофтПрофи» в письменных пояснениях сообщило, что не является создателем (изготовителем) и распространителем SMS-сообщений, никаких рассылок не производит.

Предметом договора об оказании услуг № 270513/01, заключенного 27.05.2013 между ООО «СофтПрофи» (Исполнитель) и ООО «Гранд Телеком» (Заказчик), копия которого имеется в материалах рекламного дела, является предоставление Исполнителем за плату Заказчику услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке коротких и длинных SMS-сообщений, выбора тарифа и подписи по сети оператора связи.

Правилами предоставления услуг (приложение № 1 к договору) предусмотрено, что Заказчик обязуется использовать услугу в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим свое письменное согласие на ее получение, которое в случае необходимости может быть предъявлено в качестве безоговорочного доказательства по первому письменному требованию Исполнителя в трехдневный срок (п. 8).

В материалах рекламного дела имеются письменные пояснения ООО «Гранд Телеком», согласно которым Общество предоставляет исключительно техническую возможность формирования SMS-сообщений со своего сайта с использованием сети Интернет. ООО «Гранд Телеком» не является создателем текста сообщений, не отправляет их на мобильный телефон абонента, а также не владеет какой-либо абонентской базой, по которой производится рассылка SMS-сообщений.

Согласно п. 2.1 договора № 0000038, заключенного 01.03.2013 между ООО «Гранд Телеком» (Исполнитель) и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» (Заказчик), копия которого имеется в материалах рекламного дела, Исполнитель обязуется оказывать Заказчику Услуги за вознаграждение, выплачиваемое Заказчиком Исполнителю.

При этом в соответствии с п. 1.1.2 договора под Услугами понимается комплекс услуг по организации передачи SMS-сообщений, включая услуги по регистрации SMS-сообщений и обеспечению их отправки абонентам через операторов связи.

Пунктом 3.2.2 договора установлена обязанность Заказчика не отправлять через Систему (комплекс программных и аппаратных средств, необходимых для оказания Исполнителем услуг) спам, SMS-сообщения рекламного характера, если от абонента не было получено предварительное согласие на получение SMS-сообщений рекламного характера.

Согласно п. 3.2.5 договора Заказчик обязан осуществлять отправку SMS-сообщений только тем абонентам, которые выразили свое согласие на получение, отправляемых SMS-сообщений в любой законной форме (подписка через SMS, анкета с указанием контактного номера, подписанное заявление или договор, акцепт на оферту и т.д.). Ответственность за выполнение настоящего условия несет Заказчик.

Из материалов рекламного дела усматривается, что суть всех услуг, оказанных ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «СофтПрофи», ООО «Гранд Телеком» заключалась в обеспечении технической возможности, то есть в создании необходимых условий для формирования и отправки рассматриваемой рекламы в форме SMS-сообщения в сети сотовой связи. При этом ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» самостоятельно, без участия ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «СофтПрофи», ООО «Гранд Телеком», определяло абонентов и содержание SMS-сообщений.

Таким образом, лицом, имеющим возможность формировать содержание рекламных сообщений, определять их адресатов и отправлять такие сообщения, является ООО «ИТ Бизнес Консалтинг».

В связи с чем, **рекламораспространителем** рассматриваемой рекламы является ООО «ИТ Бизнес Консалтинг».

Комиссия в ходе рассмотрения рекламного дела неоднократно запрашивала у ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» необходимые для рассмотрения дела копии документов и письменную информацию, в том числе поясняющие, было ли получено ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» предварительное согласие <...> на получение на его абонентский номер +<...> рассматриваемой рекламы; о причинах распространения рассматриваемой рекламы без учета требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе. Указанные материалы запрашивались определениями Коми УФАС России, которые направлялись по адресу места нахождения ООО «ИТ Бизнес Консалтинг», указанному в Едином государственном реестре юридических лиц.

Так, определением № 03-01/2526 от 26.03.2014 рассмотрение дела № Р 06-02/14 было назначено на 16.04.2014, у ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» запрошены необходимые для рассмотрения рекламного дела материалы.

Определением № 03-01/3126 от 16.04.2014 рассмотрение дела № Р 06-02/14 было отложено на 16.05.2014, у ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» повторно запрошены необходимые для рассмотрения рекламного дела материалы.

Определением № 03-01/4221 от 16.05.2014 рассмотрение дела № Р 06-02/14 было приостановлено.

Коми УФАС России предприняты дополнительные меры по установлению местонахождения ООО «ИТ Бизнес Консалтинг».

Согласно ч. 3 ст. 54 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений (статья 165.1), 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.

В соответствии с ч. 1 ст. 165.1 ГК РФ заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

Определением № 03-01/10994 от 27.11.2014 рассмотрение дела № Р 06-02/14 в отношении ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» возобновлено, у Общества запрошены необходимые для рассмотрения рекламного дела материалы.

На дату рассмотрения Комиссией рекламного дела (19.12.2014) истребованные материалы ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» не представлены.

Таким образом, ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» при рассмотрении дела № Р 06-02/14 уклонилось от содействия Коми УФАС России в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по рекламному делу, и от своей защиты.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела не установлено обстоятельств, указывающих на то, что нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе произошло не по вине рекламораспространителя – ООО «ИТ Бизнес Консалтинг».

Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федеральной налоговой службы (<http://egrul.nalog.ru/>) лицом, имеющим право без доверенности действовать от имени ООО «ИТ Бизнес Консалтинг», является коммерческий директор <...>.

Из материалов рекламного дела усматривается, что должностным лицом ООО «ИТ Бизнес Консалтинг», ответственным за соблюдение Обществом законодательства о рекламе, является коммерческий директор ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» <...>.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе произошло по вине рекламораспространителя – ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» и его должностного лица – коммерческого директора <...>.

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

Таким образом, ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» и <...> нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Поскольку вина ООО «СофтПрофи» и ООО «Гранд Телеком» в нарушении требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе Комиссией не установлена, дело № Р 06-02/14 в отношении указанных лиц подлежит прекращению.

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 (http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/), абонентский номер заявителя +<...> входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой связи ОАО «МегаФон» на территории г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области.

Таким образом, из материалов рекламного дела следует, что рассматриваемая реклама распространена 27.10.2013 в 13 часов 57 минут на территории г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области.

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

В связи с чем, Комиссия приходит к выводу об отсутствии необходимости выдачи ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

В ходе рассмотрения рекламного дела № Р 06-02/14 установлено истечение срока давности привлечения к административной ответственности, что в силу ст. 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, является обстоятельством, исключающим производство по делу об административном правонарушении.

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 РФ 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,

РЕШ И Л А:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Переобувка колес + балансировка = 500р, любой радиус! Запись: +79818897888», распространенную посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме SMS-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 «ИТ Бизнес Консалтинг» не выдавать, поскольку распространение рекламы, указанной в п. 1 настоящего решения, прекращено.
3. Производство по делу № Р 06-02/14 в отношении ООО «СофтПрофи» и ООО «Гранд Телеком» прекратить.
4. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» и его должностного лица дел об административных правонарушениях, предусмотренных ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в связи с истечением срока давности привлечения к административной ответственности, предусмотренного ст. 4.5 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации.

Решение в полном объеме изготовлено 29 декабря 2014 года. Решение может быть обжаловано в

арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>