

резольютивная часть оглашена 29 сентября 2014г.

г. Ижевск

изготовлено в полном объеме 09 октября 2014г.

Постоянно действующая Комиссия Удмуртского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в составе:

председатель Комиссии: «...» – заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике; члены Комиссии: «...» – начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции; «...» – старший государственный инспектор отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции; «...» – ведущий специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции, «...» – специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции, «...» – специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции (отсутствует), кворум соблюден,

рассмотрев дело № СЮ04-03/2013-242Р, возбужденное в отношении ООО «ОСК» и ООО «МобиВижн», по заявлению гражданки «...» (вх.№ 10121э) о распространении на ее мобильный номер телефона +7 «...» рекламного смс-сообщения с признаками нарушения законодательства о рекламе,

в отсутствии:

- заявителя – гражданки «...»;
- представителя ООО «ОСК»
- представителя ЗАО «Нижегородская Сотовая Связь»
- представителя ООО «МобиВижн»,

УСТАНОВИЛА:

23 декабря 2013 года в Управление Федеральной антимонопольной службы по Удмуртской Республике (далее - Удмуртское УФАС России) посредством интерактивной формы «Написать в УФАС» с официального сайта Удмуртского УФАС России «udmurtia.fas.gov.ru» поступило обращение гражданки «...» (вх.№ 10121э) о распространении на ее номер сотового телефона рекламных смс-сообщений: «Нужны деньги? Звони! Займы от ООО «Нано-Финанс» 88007003344», а также смс-сообщений с номера 79029923215 с содержанием рекламного характера от разных рекламодателей – салон женской и мужской одежды «МЕХХ», магазины «Аромус», «Интерспорт», без согласия на рассылку вышеуказанной рекламы.

26.12.2013г. письмом (вх. № СЮ01-17-04/8545э) в адрес «...» был направлен запрос представления документов и информации, необходимых для рассмотрения

заявления по существу.

13.01.2014г. «...» представила копии фотографий сотового телефона, отражающие содержание смс-сообщений, дату и время их поступления, копию договора № 392212580 от 30.08.2011г., копию согласия на получение информации от оператора сотовой связи.

Исходя из содержания заявления и фотографий сотового телефона следует, что 15.12.2013г. в 11 часов 40 минут 55 секунд на номер телефона «...» гражданки «...» с номера телефона +79087590315 поступило смс-сообщение следующего содержания: «Мужская и женская зимняя обувь за ПОЛЦЕНЫ! «ALBA» Гост. Двор. 2-оч, 2-эт», без согласия на рассылку вышеуказанной рекламы.

Исходя из информации, размещенной на сайте <http://www.mtt.ru/mtt/def>, номер телефона +79087590315 относится к номерной емкости ЗАО «Нижегородская Сотовая Связь».

В целях осуществления государственного надзора за соблюдением законодательства о рекламе, в адрес ОАО «Вымпел-Коммуникации» и ЗАО «Нижегородская Сотовая Связь» были направлены запросы о представлении документов и информации, необходимых для рассмотрения заявления по существу.

03.02.2014г. ЗАО «Нижегородская Сотовая Связь» представило письменные пояснения, копию договора об оказании услуг № 01 от 01.02.2010г., копию доверенности № 342 от 10.06.2013г., копию решения по делу № 65-06/7р Воронежского УФАС России от 10.06.2013г., копию постановления Девятого Арбитражного апелляционного суда от 16.01.2013г. по делу № А40-114200/12-122-633, копию решения Арбитражного суда удмуртской Республики от 07.02.2013г. по делу № А71-13244/2012, копию решения Арбитражного суда Новосибирской области от 24.08.2012г. по делу № А4521343/2012, копию решения Арбитражного суда Самарской области от 12.11.2012г. по делу № А55-24362/2012, копию решения Арбитражного суда Астраханской области от 05.10.2011г. по делу № А06-5122/2011, копию решения Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 28.01.2013г. по делу № А56-64915/2012.

Согласно письменным пояснениям ЗАО «Нижегородская Сотовая Связь», абонентский номер <...> предоставлен Обществом в пользование ООО «ОСК».

10.02.2014г. ОАО «Вымпел-Коммуникации» представило в Удмуртское УФАС России с отметкой «коммерческая тайна» (вх. № 22ДСП): письменные пояснения, детализацию услуг за 14.12.2013г., 15.12.2013г., 21.12.2013г., 25.12.2013г., 26.12.2013г., 28.12.2013г. по абонентскому номеру +7»...», форму договора об оказании услуг

связи «Билайн», копию доверенности №7 от 01.12.2013г.

В письменных пояснениях ОАО «Вымпел-Коммуникации» поясняет, что рассматриваемое смс-сообщение было передано посредством смс-центра оператора «Енисейтелеком».

Также, общество поясняет, что договор об оказании услуг связи с предоставлением номера «...» (договор № 392212580 от 30.08.2011г., абонент – «...»), утрачен при переезде архива Ижевского филиала ОАО «ВымпелКом».

По факту распространения указанной рекламы Удмуртским УФАС России определением от 20.02.2014г. было возбуждено дело № СЮ04-03/2013-242Р в отношении ООО «ОСК» (адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1, ИНН 7705658056, ОГРН 1057746705631), с привлечением к участию в деле в качестве заявителя – гражданки «...», обратившейся в Удмуртское УФАС России с заявлением, в качестве заинтересованного лица - ЗАО «Нижегородская Сотовая Связь» (адрес: 603000, г. Нижний Новгород, пл. Максима Горького, Дом Связи, ИНН 5260053878, ОГРН 1025203014209).

В соответствии с п. 4.1-4.8 указанного определения ООО «ОСК» надлежало представить в Удмуртское УФАС России в срок до 12 марта 2014 года следующие документы и сведения:

4.1. копии учредительных документов ООО «ОСК», а также копию документа, подтверждающего полномочия законного представителя Общества;

4.2. информацию о рекламодателе, рекламораспространителе и рекламопроизводителе (наименование, адрес (юридический, почтовый и адрес электронной почты), Ф.И.О. руководителя, ИНН) рекламного смс-сообщения следующего содержания: «Мужская и женская зимняя обувь за ПОЛЦЕНЫ! «ALBA» Гост. Двор. 2-оч, 2-эт», поступившего с телефонного номера +79087590315 15.12.2013г. в 11 часов 40 минут 55 секунд на номер телефона +7«...»;

4.3. копии договоров на производство и распространение указанного рекламного СМС-сообщения (со всеми имеющимися приложениями и дополнительными соглашениями к данным договорам);

4.4. копии актов выполненных работ по указанным договорам и копии документов, подтверждающих произведенные между сторонами расчеты;

4.5. информацию о номере телефона, с которого поступило вышеуказанное смс-сообщение на номер телефона +7«...»;

В случае, если указанный номер телефона, с которого была осуществлена смс-рассылка, был передан абонентам по договору с ООО «ОСК», то копии данных договоров со всеми имеющимися приложениями и дополнительными соглашениями;

4.6. копии документов, подтверждающих получение согласия абонента, которому

принадлежит телефонный номер «...», на получение рекламных смс-сообщений от ООО «ОСК», с номера телефона +79087590315 либо иных третьих лиц.

По состоянию на 18 марта 2014 года запрошенные документы и информация ООО «ОСК» представлены не были. Доказательства получения ООО «ОСК» вышеуказанного определения в Удмуртском УФАС России отсутствуют.

На заседании Комиссии 18.03.2014г. присутствовала заявитель – «...», которая поддержала доводы, изложенные в заявлении от 23.12.2013г. (вх.№ 10121э).

Определением от 18.03.2014г. рассмотрение дела № СЮ 04-03/2013-242Р было приостановлено до установления местонахождения лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Определением от 28.07.2014г. рассмотрение дела № СЮ 04-03/2013-242Р было возобновлено и назначено на 13.08.2014г.

28.07.2014г. ООО «ОСК» представило письменные пояснения, в которых указывало, что смс-сообщения, поступающие на телефонный номер «...», были направлены на оборудование ООО «ОСК» ООО «МобиВижн» (Клиент) согласно договору № SMS-03/03-10 от 01.03.2010г.

На основании указанного договора, ООО «ОСК» оказывает ООО «МобиВижн» услугу по обеспечению функционирования программного обеспечения ООО «ОСК», обеспечивающему доставку смс-сообщений Клиента через sms-сервер оператора связи.

В соответствии с вышеуказанным договором, формирование и отправка смс-сообщений осуществляется Клиентом самостоятельно, без согласования ООО «ОСК» текстов и адресатов направляемых смс-сообщений.

ООО «ОСК» не имеет технической возможности дополнять и обрабатывать поступающие от Клиента смс-сообщения. Программное обеспечение ООО «ОСК» осуществляет передачу текста смс-сообщения и номера адресата сообщения на оборудование оператора связи, данная передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны ООО «ОСК».

Кроме того, в соответствии с условиями договора № SMS-03/03-10 от 01.03.2010г., ООО «МобиВижн» обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой абонент предварительно отказался. В случае, если текст рассылаемых смс-сообщений с помощью программного обеспечения ООО «ОСК»

может быть признан рекламой, рекламодателем будет являться ООО «МобиВижн» как лицо, осуществившее распространение рекламы.

На заседание Комиссии Удмуртского УФАС России 13 августа 2014 года лица, участвующие в деле, не явились.

Изучив материалы дела, Комиссия Удмуртского УФАС России пришла к выводу о том, что действия ООО «МобиВижн» (ИНН 7713666075, ОГРН 5087746376361, адрес: 127247, г. Москва г, Бескудниковский бульвар, д. 36, стр. 3, офис 9) по распространению на мобильный номер телефона «...» рекламного смс-сообщения с номера телефона +79087590315 поступило смс-сообщение следующего содержания: «Мужская и женская зимняя обувь за ПОЛЦЕНЫ! «ALBA» Гост. Двор. 2-оч, 2-эт» без предварительного согласия на получение данной информации, имеются признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

Определением от 13.08.2014г. рассмотрение дела № СЮ 04-03/2013-242Р было отложено до 29.09.2014г.

К участию в деле № СЮ04-03/2013-242Р было привлечено общество с ограниченной ответственностью ООО «МобиВижн» (ИНН 7713666075, ОГРН 5087746376361, адрес: 127247, г. Москва г, Бескудниковский бульвар, д. 36, стр. 3, офис 9), в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

22.08.2014г. ООО «ОСК» представило письменные пояснения, копию устава ООО «ОСК», копию акта № 1519 от 31.12.2013г., копию договора № SMS-03/03-10 от 01.03.2010г., копию протокола № 24 от 31.08.2013г. внеочередного собрания участников ООО «ОСК».

В письменных пояснениях ООО «ОСК» указывает о том, что смс-сообщения, поступающие на телефонный номер <...> «...», были направлены на оборудование ООО «ОСК» ООО «МобиВижн» (Клиент) согласно договору № SMS-03/03-10 от 01.03.2010г.

На основании договора № SMS-03/03-10 от 01.03.2010г., ООО «ОСК» оказывает ООО «МобиВижн» услугу по обеспечению функционирования программного обеспечения ООО «ОСК», обеспечивающему доставку смс-сообщений Клиента через sms-сервер оператора связи.

В соответствии с вышеуказанным договором, формирование и отправка смс-сообщений осуществляется Клиентом самостоятельно, без согласования ООО «ОСК» текстов и адресатов направляемых смс-сообщений.

ООО «ОСК» не имеет технической возможности дополнять и обрабатывать поступающие от Клиента смс-сообщения. Программное обеспечение ООО «ОСК» осуществляет передачу текста смс-сообщения и номера адресата сообщения на

оборудование оператора связи, данная передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны ООО «ОСК».

Кроме того, в соответствии с условиями договора № SMS-03/03-10 от 01.03.2010г., ООО «МобиВижн» обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой абонент предварительно отказался. В случае, если текст рассылаемых смс-сообщений с помощью программного обеспечения ООО «ОСК» может быть признан рекламой, рекламодателем будет являться ООО «МобиВижн» как лицо, осуществившее распространение рекламы.

08.09.2014г. ООО «МобиВижн» представило ходатайство о рассмотрении дела № СЮ04-03/2013-242 в отсутствие представителя общества, а также копию свидетельства серии 77 № 011439946 от 07.11.2008г. о постановке на учет российской организации в налоговом органе, копию свидетельства серии 77 № 011439945 от 07.11.2008г. о государственной регистрации юридического лица, копию доверенности № 1 от 17.08.2012г., копию приказа № 1-П от 17.08.2012г., копию протокола № 5 от 02.06.2010г. заседания общего собрания участников ООО «МобиВижн», копию лицензии № 117249 от 27.01.2014г. на оказание телематических услуг, копию отчета с платформы ООО «МобиВижн», копию устава ООО «МобиВижн», копию договора № 136/111011 от 11.10.2011г. предоставления услуг, заключенного между ООО «МобиВижн» и ИП «...», копию приказа № 7 от 21.06.2010г., копию договора № sms-03/03-10 от 01.03.2010г.

ООО «МобиВижн» поясняет, что отправка рассматриваемого смс-сообщения была осуществлена в рамках исполнения договора № 136/111011 от 11.10.2011г., заключенного ООО «МобиВижн» с ИП «...».

В соответствии с вышеуказанным договором, ООО «МобиВижн» приняло на себя обязательство по обработке и передаче смс-сообщений, формируемых ИП «...» или его клиентами.

Также, было установлено, что ИП «...» представил в Удмуртское УФАС России копию договора № 50 от 11.01.2013г. на предоставление услуг, заключенного между ИП «...» и гражданином «...».

На заседание Комиссии Удмуртского УФАС России 29.09.2014г. лица, участвующие в деле, не явились.

Комиссия Удмуртского УФАС России рассмотрела ходатайство ООО «МобиВижн» о рассмотрении дела № СЮ04-03/2013-242Р в отсутствие представителя общества и пришла к выводу о возможности рассмотрения данного дела в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

Изучив материалы дела № СЮ04-03/2013-242Р, Комиссия Удмуртского УФАС России приходит к следующим выводам.

15.12.2013г. в 11 часов 40 минут 55 секунд на мобильный номер телефона +7»...» гражданки «...» поступило рекламное смс-сообщение с номера телефона +79087590315 следующего содержания: «Мужская и женская зимняя обувь за ПОЛЦЕНЫ! «ALBA» Гост. Двор. 2-оч, 2-эт».

Согласно п. 1) ст.3 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» реклама представляет собой информацию, распространяемую любым способом,

любой форме и с использованием любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц, направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему, а также его продвижению на рынке.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Вышеуказанное сообщение, распространенное с помощью смс-рассылки, адресовано неопределённому кругу лиц (абонентам оператора сотовой связи ОАО «Вымпел-Коммуникации»), направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования (товарам бренда «ALBA») формирование и поддержание интереса к нему, его продвижению на рынке, следовательно является рекламой.

Согласно положениям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-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.

Исходя из заявления, гражданка не давала согласия на получение рекламных смс-сообщений от абонента с номером +79087590315.

Абонентский номер <...> предоставлен ЗАО «Нижегородская Сотовая Связь» в пользование ООО «ОСК» (адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1,

ИНН 7705658056) по договору об оказании услуг № 01 от 01.02.2010г. Предметом данного договора является предоставление доступа к оборудованию ЗАО «Нижегородская Сотовая Связь» в целях предоставления клиентам ООО «ОСК» возможности отправлять пользовательские сообщения. ЗАО «НСС», осуществляя техническую поддержку при оказании услуг по договору с ООО «ОСК», самостоятельно не моделирует смс-сообщения (не формирует ни тексты сообщений, ни базы клиентов для рассылки), и не осуществляет фактическое доведение рекламной информации до сведения потребителей. Используя сервисный номер <...> , ООО «ОСК» самостоятельно, без участия ЗАО «НСС», осуществляло действия по распространению рекламных смс-сообщений своих Клиентов.

На основании договора № SMS-03/03-10 от 01.03.2010г. ООО «ОСК» оказывает ООО «МобиВижн» услугу по обеспечению функционирования программного обеспечения ООО «ОСК», обеспечивающему доставку смс-сообщений Клиента через sms-сервер оператора связи.

В соответствии с вышеуказанным договором, формирование и отправка смс-сообщений осуществляется Клиентом самостоятельно, без согласования ООО «ОСК» текстов и адресатов направляемых смс-сообщений.

Кроме того, в соответствии с условиями договора № SMS-03/03-10 от 01.03.2010г., ООО «МобиВижн» обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой абонент предварительно отказался. В случае, если текст рассылаемых смс-сообщений с помощью программного обеспечения ООО «ОСК» может быть признан рекламой, рекламораспространителем будет являться ООО «МобиВижн» как лицо, осуществившее распространение рекламы.

Между ООО «МобиВижн» и ИП «...» заключен договор № 136/111011 от 11.10.2011г., согласно которому ООО «МобиВижн» приняло на себя обязательство по обработке и передаче смс-сообщений, формируемых ИП «...» или его клиентами.

11.01.2013г. между ИП «...» (Исполнитель) и гражданином «...» (Заказчик) заключен договор № 50, согласно которому, исполнитель предоставляет за плату Заказчику услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений.

В соответствии с пунктом 2 правил предоставления услуг, являющимися Приложением № 2 к рассматриваемому договору, при регистрации Заказчик получает индивидуальные логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта.

Вместе с тем, в Удмуртском УФАС России отсутствуют доказательства того, что

именно «...» осуществил рассылку рассматриваемого рекламного смс-сообщения.

Согласно пункту 27 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006г. № 508, дело рассматривается антимонопольным органом в течение 1-го месяца со дня его возбуждения.

В исключительных случаях срок рассмотрения дела может быть продлен антимонопольным органом, но не более чем на 2 месяца.

Дело № СЮ04-03/2013-242Р было возбуждено 20.02.2014г. Определением от 18.03.2014г. рассмотрение дела № СЮ 04-03/2013-242Р было приостановлено. Определением от 28.07.2014г. рассмотрение дела № СЮ 04-03/2013-242Р было возобновлено.

Определением от 28.07.2014г. срок рассмотрения данного дела был продлен по 30.09.2014г.

Учитывая, что по истечению срока, определенного для рассмотрения дела антимонопольным органом, в Удмуртском УФАС России отсутствует информация о рекламодателе рассматриваемой рекламы, Комиссия Удмуртского УФАС России приходит к выводу о необходимости прекращения производств по делу № СЮ04-03/2013-242Р.

Кроме того, на основании п. 36 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, производство по делу может быть прекращено, в случае неподтверждения в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая, что в ходе рассмотрения дела в действиях ООО «ОСК» и ООО «МобиВижн» факт нарушения законодательства о рекламе не подтвердился, производство в отношении данных обществ подлежит прекращению.

Руководствуясь абзацами а) и е) пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006г. № 508, абз. 2, 7 п. 3.56, 3.57 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утверждённого Приказом ФАС России от 23.12.2012г. № 711/12, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Производство по делу № СЮ04-03/2013-242Р прекратить, в связи невозможностью установления лица, нарушившего законодательство Российской Федерации о рекламе, в течение сроков, определенных законодательством для рассмотрения дела антимонопольным органом.

2. Прекратить производство по делу № СЮ04-03/2013-242Р в отношении ООО «ОСК», в связи с неподтверждением в действиях общества факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Прекратить производство по делу № СЮ04-03/2013-242Р в отношении ООО «МобиВижн», в связи с неподтверждением в действиях общества факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии

«...»

«...»

«...»

«...»