

РЕШЕНИЕ

30 апреля 2014 года

г. Пенза, ул. Урицкого, 127

Резолютивная часть решения объявлена 28 апреля 2014 года.

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

Председатель Комиссии:

<...> – и.о.руководителя управления.

Члены Комиссии:

<...> - главный специалист-эксперт отдела контроля закупок, органов власти и рекламы,

<...> - ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок, органов власти и рекламы,

рассмотрев дело № 3-01/18-2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения индивидуальным предпринимателем <...> (юр.адр. <...>; почт.адр. <...>; ИНН <...>) рекламных смс-сообщений следующего содержания:

- «Пленка на номер машины. Штрафы не придут 88007756854». Дата и время поступления сообщения: 24.10.2013 в 14:26:45.

- «Нужны деньги? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть%! 88001008821». Дата и время поступления сообщения: 19.11.2013 в 13:48,

содержащих признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

- в отсутствие ИП <...> (документы, направляемые по юридическому и почтовому адресам ИП, возвращались в Пензенское УФАС России с пометкой: «истек срок хранения»),

УСТАНОВИЛА:

В Пензенское УФАС поступило обращение абонента ЗАО «Пенза-GSM» <...> (вх. от 11.11.2013 №1198; вх. от 03.12.2013 №1246) по вопросу распространения рекламы, приходящих на номер телефона +79023521672, посредством смс-сообщений рекламного характера следующего содержания:

- «Пленка на номер машины. Штрафы не придут 88007756854». Дата и время поступления сообщения: 24.10.2013 в 14:26:45.

- «Нужны деньги? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть%! 88001008821». Дата и время поступления сообщения: 19.11.2013 в 13:48.

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 18.03.2014 по факту распространения смс-сообщений возбуждено дело № 3-01/18-2014 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе». Рассмотрение дела назначено на 28.04.2014. К участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено индивидуальный предприниматель <...>.

На рассмотрение дела 28.04.2014 индивидуальный предприниматель <...> не явился. Пензенское УФАС России предприняло все меры для установления и обеспечения надлежащего уведомления индивидуального предпринимателя <...>.

С учетом вышеизложенного, Комиссия Пензенского УФАС России сочла возможным рассмотреть дело в отсутствие индивидуального предпринимателя <...>.

Изучив представленные документы, Комиссия пришла к следующему выводу:

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

24.10.2013 в 14:26:45, 19.11.2013 в 13:48 на абонентский номер заявителя +79023521672 в сети оператора услуг связи ЗАО «Пенза-GSM», поступили смс-сообщения следующего содержания: «Пленка на номер машины. Штрафы не придут 88007756854»; «Нужны деньги? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть%! 88001008821».

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 адресному 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: «Пленка на номер машины. Штрафы не придут 88007756854»; «Нужны деньги? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть%! 88001008821», 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 24.05.2005 на основании договора о предоставлении услуг цифровой радиотелефонной связи № 317860 с ЗАО «Пенза-GSM».

Рекламные сообщения поступили с телефонных номеров +79023708580; +79023708581, которые закреплены за СМС-Центром ОАО «СМАРТС» г. Самара.

Пензенским УФАС России в адрес ОАО «СМАРТС» направлен запрос (исх. от 13.12.2013 № 3315-3; от 30.12.2013 №3576-3) о предоставлении сведений относительно абонента телефонного номера, с которого отправлены вышеупомянутые рекламные сообщения. Согласно ответу ОАО «СМАРТС» (вх. от 27.12.2013 №1408-э; от 24.01.2014 №234) следует, что отправителем рассматриваемых смс-сообщений, является ООО «СЗК «Инфосвязь», на основании договора от 25.03.2013 №57-13 предоставления услуг.

Согласно пояснениям ООО «СЗК «Инфосвязь» (вх. от 03.02.2014 № 341; от 14.03.2014 №848; от 07.04.2014 №541-э), данное общество предоставляет возможность отправки смс-сообщений по средствам «Платформы Stream Telecom». ООО «СЗК «Инфосвязь» не предоставляет услуг распространения рекламы, а выступает в роли провайдера телематической услуги связи по лицензии 71455. В рамках заключенного договора ООО «СЗК «Инфосвязь» предоставляет Заказчику доступ к личному кабинету пользователя, позволяющий Заказчику самостоятельно

выбирать объем, содержание (состав) и виды Услуг, которыми он пользуется по договору. Также ООО «СЗК «Инфосвязь» сообщает, что отправителем смс-сообщений на номер Заявителя является ИП <...> (договор от 11.10.2013 №3261/13-СМС об оказании услуг).

Как следует из представленных в материалы дела документов, ООО «СЗК «Инфосвязь» (Исполнитель) 11.10.2013 заключило с индивидуальным предпринимателем <...> (Заказчик) договор №3261/13-СМС об оказании услуг. В данном договоре используются понятия: «Система» - комплекс программных средств, в том числе сайт <https://web.szk-info.ru>, позволяющих Заказчику зарегистрироваться, отправлять смс-сообщения, отслеживать их статус и контролировать свой электронный виртуальный счет; «SMS-сообщение» - короткое текстовое сообщение; «электронный виртуальный счет» - программное приложение, дающее возможность Заказчику отслеживать поступление и расходование количества SMS-кредитов; «клиент» - партнер Заказчика, или иное лицо, с которым у Заказчика имеется договоренность об отправке SMS-сообщений адресатам на их мобильные телефоны (стандарта GSM).

Предметом указанного договора (пункт 1.1) является предоставление услуг по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений в течение определенного периода (далее – Услуги). Согласно п.п. 1,2,3 «Правил предоставления услуг» услуги предоставляются только Заказчикам, заключившим с Исполнителем договор о предоставлении Услуг и зарегистрированным в Системе. При регистрации Заказчик получает персональные логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта Исполнителя. Исполнитель имеет право предоставить Заказчику возможность регистрации своих абонентов на сайте Исполнителя. Заказчик регистрирует Личный кабинет, расположенный на Платформе Stream Telecom находящейся по адресу <https://web.szk-info.ru>. Исполнитель предоставляет оплаченные Заказчиком услуги доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование и доставку SMS-сообщений. Передача информации (текст SMS-сообщений, телефон и др. информация) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет. Согласно п.7 «Правил» Заказчик обязуется использовать Услуги в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим письменное или устное согласие на ее получение. Пунктом 7.5 Договора предусмотрено, что при поступлении Исполнителю информации о нарушении Заказчиком п.7 «Правил» Исполнитель немедленно приостанавливает предоставление Услуг.

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

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

Согласно условиям договора индивидуальный предприниматель <...> получил доступ к Системе (платформе, являющейся техническим средством связи),

посредством которого получил возможность отправки смс-сообщений через Интернет.

Изложенное позволяет Комиссии сделать вывод о том, что заключенный между ООО «СЗК «Инфосвязь» и ИП <...> договор, свидетельствует о том, что его предметом, в первую очередь, явилось обеспечение возможности рассылки смс-сообщений. ООО «СЗК «Инфосвязь» обеспечило техническими и программными средствами (посредством платформы) ИП <...> для передаче смс-сообщения.

О том, что отношение к отправке рассматриваемых смс-сообщений может иметь индивидуальный предприниматель <...>, сообщило также ООО «Нано-Финанс». В частности, в своих пояснениях, исх. от 24.01.2014 №66, ООО «Нано-Финанс» сообщило, что 07.10.2013 Обществом заключен договор оказания услуг № 789 с ИП <...>, согласно которому последний обязался оказать Обществу услуги по распространению рекламной информации ООО «Нано-Финанс» путем рассылки на мобильные телефонные номера абонентов ИП <...> коротких текстовых сообщений (смс-сообщения).

Таким образом, непосредственным отправителем смс-сообщений является ИП <...> который отправлял сообщения на основании договора от 07.10.2013 № 789, заключенного с ООО «Нано-Финанс» (заказчиком).

Согласно пунктам 1.1, 2.1.6, 2.1.9 указанного договора <...> (исполнитель) обязался оказать ООО «Нано-Финанс» услуги по распространению рекламной информации заказчика путем рассылки на мобильные телефонные номера абонентов исполнителя коротких текстовых сообщений. При этом исполнитель предоставляет базу данных абонентов, а заказчик предоставляет исполнителю согласованный текст смс-сообщений, а также обязуется принять и оплатить услуги.

Оценив условия названных договоров, Комиссия пришла к выводу о том, что в рассматриваемом случае ООО «Нано-Финанс» является рекламодателем, под которым в силу пункта 5 статьи 3 ФЗ «О рекламе» понимается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо, а ИП <...> и ООО «СЗК «Инфосвязь» - рекламораспространителями.

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 № 3-01/18-2014 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 «СЗК «Инфосвязь» и ИП <...> не представлены доказательства того, что ими в процессе смс-рассылки с рассматриваемой рекламой было получено согласие Абонента <...> мобильного телефона +79023521672 на получение смс-сообщений.

Таким образом, реклама: «Пленка на номер машины. Штрафы не придут 88007756854»; «Нужны деньги? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть%! 88001008821», распространялась 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 лиц, распространивших рассматриваемую рекламу, т.е. ее рекламораспространителей – ООО «СЗК «Инфосвязь» и ИП <...>.

Каждый из указанных рекламораспространителей 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.

ООО «СЗК «Инфосвязь» заключив указанный выше договор тем самым предоставило ИП <...> право беспрепятственно пользоваться возможностью для массовой рассылки смс-сообщений, при этом ООО «СЗК «Инфосвязь» обеспечило техническую возможность рассылки смс-сообщений посредством собственных технических и программных средств.

Принимая во внимание совокупность действий всех лиц, участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя, Комиссия считает действия ООО «СЗК «Инфосвязь» и ИП <...> 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 «СЗК «Инфосвязь» и ИП <...> 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: «Пленка на номер машины. Штрафы не придут 88007756854»; «Нужны деньги? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть%! 88001008821», распространяемую 24.10.2013 в 14:26:45, 19.11.2013 в 13:48 по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать индивидуальному предпринимателю <...> 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 Пензенского 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 30 апреля 2014 года.

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