

РЕШЕНИЕ

по делу №03-02/18-2015

«26» ноября 2015 года

г. Петрозаводск

Резолютивная часть решения объявлена 13 ноября 2015 года.

Решение изготовлено в полном объеме 26 ноября 2015 года.

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

<...> – заместитель руководителя Карельского УФАС России, председатель Комиссии;

<...> – начальник отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

<...> – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов, недобросовестной конкуренции и рекламы, член Комиссии;

рассмотрев дело № 03-02/18-2015, возбужденное в отношении ООО «Лоджик Телеком» (Георгиевский проспект, д.5, г.Зеленоград, 124498, ОГРН 1097746715934, ИНН 7735564052), по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе», Закон) по факту распространения 19 февраля 2015 года в 15 часов 05 минут посредством SMS-сообщения на абонентский номер телефона «...») гражданина «...» рекламы без предварительного согласия, в отсутствие заявителя, а также представителей ООО «Лоджик Телеком» (также Общество), ИП Джураевой Екатерины Владимировны, в действиях которых усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе, надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Карельского УФАС России поступило заявление гражданина <...> (вх. от 02 марта 2015 года №992) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе», при распространении рекламы посредством SMS-сообщения на его мобильный номер телефона («...») без его предварительного согласия.

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламоделателям и рекламодателям вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы им дано не было.

Из приложенных к заявлению документов следует, что SMS-сообщение рекламного характера поступило от абонента «Café SHALE»; SMS-центр: <...>; дата и время: 19.02.2015, 15:05; текст: «Сегодня в 21.00! Трансляция матча ПСВ - Зенит на большом экране в кафе Шале, Лесной пр. д.9. Бокал вина в подарок к основному блюду по этому СМС».

Согласно информации о детализации предоставленных услуг, полученной от оператора связи ОАО «Санкт-Петербург Телеком», 19 февраля 2015 в 15 часов 03 минуты на принадлежащий «...» телефонный номер действительно поступило SMS-сообщение от абонента «Café SHALE»; SMS-центр: +<...> ЗАО «Ростовская сотовая связь».

Письмом от 11 марта 2015 года № 1828/2 (вх. 12 марта года 2015 года № 1184) ЗАО «Ростовская сотовая связь» сообщило, что в соответствии с договором от 01 сентября 2013 года № 216/SMS-IMSI ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства несет ООО «ОСК». Из вышеуказанного следует, что отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована ООО «ОСК».

По результатам проведенной проверки определением от 05 мая 2015 года «О возбуждении дела №03-02/18-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» настоящее дело назначено к рассмотрению на 10 часов 00 минут 08 июня 2015 года.

ООО «ОСК» письмом от 21 мая 2015 года № 395 (вх. 25 мая 2015 года № 2685) указало, что договором предоставления услуг от 01 октября 2010 года № sms-29/10-10, ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением требований действующего законодательства, несет ООО «РАППОРТО» (127254, г.Москва, пр. Огородный, д.5 стр.3 офис 713, ОГРН 1087746876029, ИНН 7715710393). Из вышеуказанного следует, что отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована ООО «РАППОРТО».

Определением от 08 июня 2015 года «О продлении срока и об отложении рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства о рекламе №03-02/18-2015», рассмотрение дела назначено на 12 часов 00 минут 07 июля 2015 года. Лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» признано – ООО «РАППОРТО».

В ответ на указанное определение ООО «РАППОРТО» в письме от 01 июля 2015 года №1530 (вх. 02 июля 2015 года №3468) пояснило, что в соответствии с договором о предоставлении доступа к системе Rapporto от 01 октября 2014 года № ИТК-10/14, ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства, несет ООО «ИНВЕСТИЦИОННАЯ ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННАЯ КОМПАНИЯ» (далее – ООО «ИТК ТЕЛЕФОНИКО») (ул. Ленинская слобода, д.26, оф. 5 пом. XXIV к. 38, г.Москва, 115280, ОГРН 1147746786791, ИНН 7703813838). Из вышеуказанного следует, что распространение вышеуказанного SMS-сообщения было осуществлено ООО «ИТК ТЕЛЕФОНИКО».

Определением от 07 июля 2015 года «О продлении срока и об отложении рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе №03-02/18-2015», рассмотрение дела назначено на 12 часов 00 минут 31 июля 2015 года. Лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» признано – ООО «ИТК ТЕЛЕФОНИКО».

Рассмотрение дела состоялось в назначенные дату и время.

В связи с тем, что в адрес Карельского УФАС России не поступили сведения об уведомлении ООО «ИТК ТЕЛЕФОНИКО» о дате, времени и месте рассмотрения дела, в целях соблюдения прав и интересов указанного юридического лица, Комиссия определила рассмотрение дела №03-02/18-2015 отложить.

Определением от 31 июля 2015 года «Об отложении рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе №03-02/18-2015», рассмотрение дела назначено на 12 часов 00 минут 31 августа 2015 года.

Письмом от 03 августа 2015 года №42 (вх. 03 августа 2015 года №4033) ООО «ИТК ТЕЛЕФОНИКО» пояснило, что в соответствии с договором о предоставлении доступа к системам от 05 декабря 2014 года №09-П, ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства, несет ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ» (Георгиевский проспект, д.5, г.Зеленоград, 124498, ОГРН 1097746715934, ИНН 7735564052). Из вышеуказанного следует, что распространение вышеуказанного SMS-сообщения было осуществлено ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ».

Определением от 01 сентября 2015 года «О продлении срока и об отложении рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе №03-02/18-2015», рассмотрение дела назначено на 12 часов 00 минут 30 сентября 2015 года. Лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» признано – ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ».

В ответ на указанное определение ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ» в письме от 17 сентября 2015 года №64 (вх. 22 сентября 2015 года №4929) пояснило, что ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства, несет индивидуальный предприниматель Джураева Екатерина Владимировна (ИНН 780433119239, ОГРНИП 314784714600244, ул. Черкасова, 8, 4, 78, г.Санкт-Петербург, 195265). Из вышеуказанного следует, что распространение вышеуказанного SMS-сообщения было осуществлено ИП Джураевой Е.В.

Определением от 30 сентября 2015 года «О продлении срока и об отложении рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе №03-02/18-2015», рассмотрение дела назначено на 12 часов 00 минут 13 ноября 2015 года. Лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения ФЗ «О рекламе» признано – ИП Джураева Е.В.

Рассмотрев в назначенные дату и время материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

В силу статьи 1 ФЗ «О рекламе» целями настоящего Закона являются развитие

рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» реклама это 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно разъяснениям ФАС России от 05.04.2007 №АЦ/4624 под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. 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.

Из пункта 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» следует, что 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым ФЗ «О рекламе».

Информация, распространенная на выделенный «...» телефонный номер «...», полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», так как распространяется посредством подвижной радиотелефонной связи, адресована неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицирована и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются услуги Café SHALE.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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.

Частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» предусмотрено, что ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламодателей.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал, что согласно части 1 статьи 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 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. Ввиду того, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Материалами дела подтверждается, что SMS-сообщение рекламного характера на телефонный номер «...», выделенный Заявителю было распространено ИП Джураевой Екатериной Владимировной ввиду нижеследующего.

В силу договора от 05.12.2014 №09-П о предоставлении доступа к системам (далее – Договор) ООО «ИТК ТЕЛЕФОНИКО» предоставляет ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ» (Заказчик) доступ к Системе SMSINFO, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов SMS-сообщений (оказывает технические услуги).

Согласно пункту 2.3. Договора Заказчик производит формирование текста SMS-сообщений, указывает телефонные номера абонентов для отправки SMS-сообщений.

Пунктом 3.3.2 Договора предусмотрена обязанность Заказчика в обязательном порядке получить предварительное письменное согласие от абонента, на номер телефона которого производится отправка SMS-сообщений.

ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ» письмом от 17 сентября 2015 года №64 сообщает следующее.

ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ» заключает договоры с контрагентами, которым предоставляет доступ к своему программно – аппаратному комплексу (далее – Программный комплекс) для автоматической трансляции сообщений оператору связи. Программный комплекс предназначен для обработки трафика SMS-сообщений.

В пояснениях Общества отражена запись (выкопировка), указывающая на схему прохождения, направленного Заявителю SMS-сообщения через систему, принадлежащую ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ».

Ссылаясь на указанную схему Общество сообщает, что отправителем SMS-сообщения является контрагент – «...», что подтверждается зарегистрированным учетным номером.

Указанный контрагент, действующий в интересах ИП Джураевой Е.В., представил Обществу, документы, подтверждающие рассылку SMS-сообщения на мобильный номер телефона («...») Заявителя, а именно, письменные пояснения ИП Джураевой Е.В., копию анкеты на согласие SMS-рассылки.

ИП Джураева Е.В. в своих письменных пояснениях сообщила, что рассылка SMS-сообщения на абонентский номер «...» гражданина «...» произошла по технической ошибке в виду схожести номера с другим абонентом «...» (копия анкеты в материалах дела), давшим согласие на SMS-рассылку.

Кроме того, ИП Джураева Е.В. указала, что в настоящее время абонентский номер Заявителя исключен из базы данных для рассылки SMS-сообщений, ввиду чего SMS-сообщения поступать не будут.

Из вышеуказанного следует, что отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована ИП Джураевой Е.В. с использованием технической системы ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ», что подтверждается письменными пояснениями ИП Джураевой Е.В.

Учитывая, что ИП Джураева Е.В., совершая действия по передаче SMS-сообщения, определяла его получателей, можно констатировать, что ИП Джураева Е. является рекламодателем (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

При таких обстоятельствах действия ИП Джураевой Е.В. по распространению 19 февраля 2015 в 15 часов 03 минуты на принадлежащий «...» телефонный номер без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Сегодня в 21.00! Трансляция матча ПСВ - Зенит на большом экране в кафе Шале, Лесной пр. д.9. Бокал вина в подарок к основному блюду по этому СМС» совершены с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 Закона.

Также Комиссия считает необходимым прекратить производство в отношении ООО «ЛОДЖИК ТЕЛЕКОМ», так как статус его как рекламодателя в ходе рассмотрения дела не подтвержден.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Сегодня в 21.00! Трансляция матча ПСВ - Zenit на большом экране в кафе Шале, Лесной пр. д.9. Бокал вина в подарок к основному блюду по этому СМС», распространенную 19 февраля 2015 в 15 часов 03 минуты на телефонный номер «...» посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента; действия ИП Джураевой Е.В. нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ИП Джураевой Е.В. не выдавать в связи с разовым характером распространения указанной рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Карельского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.