

РЕШЕНИЕ

«01» декабря 2008 года

г. Ярославль

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

<.....>,

рассмотрев дело № 04-01/43-08 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения Обществом с ограниченной ответственностью «Роял Сервис» (далее – ООО «Роял Сервис», Общество) SMS-сообщений рекламного характера без предварительного согласия адресатов на получение рекламы в присутствии:

заявителей – <.....>;

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, – ООО «Роял Сервис», место нахождения: г. Ярославль, ул. Республиканская, д. 3, корп. 7<.....>,

заинтересованных лиц – Закрытого акционерного общества «Ярославль-GSM» (далее – ЗАО «Ярославль-GSM»), место нахождения: г. Ярославль, ул. Свободы, д. 18, <.....>; Управления Федеральной службы по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций по Ярославской области (далее – Управление Россвязькомнадзора по Ярославской области), место нахождения: г. Ярославль, ул. Кирова, д. 7, <.....>.

УСТАНОВИЛА:

В Ярославское УФАС России поступило заявление от граждан <.....>. о рассылке на их сотовые телефоны ООО «Роял Сервис» с номера 150 SMS-сообщений рекламного характера без их согласия, как абонентов, на получение рекламы.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – ФЗ «О связи») абонент – пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации. При этом пользователь услугами связи – это лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи. Согласно пункту 2 Правил оказания услуг подвижной связи, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 25.05.2005 № 328, абонент – физическое лицо (гражданин) или юридическое лицо, с которым заключен договор об оказании услуг подвижной связи при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Заявителями предоставлены копии договоров об оказании услуг подвижной связи:

- договора об оказании услуг радиотелефонной связи <.....>, заключенного между <.....> и оператором связи ЗАО «Мобиком-Центр» с выделением абонентского номера <.....>;

- договора на предоставление услуг сотовой радиотелефонной связи <.....>, заключенного между <.....> и оператором связи ЗАО «Ярославль-GSM» с выделением абонентского номера <.....> в рамках Соглашения об уступке прав и обязанностей <.....>, заключенного между ЗАО «Ярославль-GSM», <.....>;

- договора на предоставление услуг сотовой радиотелефонной связи <.....>, заключенного между <.....> и ОАО «Вымпелком-Р» с выделением мобильного номера <.....>.

В материалы дела предоставлены доказательства о получении заявителями с номера 150 SMS-сообщений следующего содержания:

- на номер <.....> гр. <.....> поступило SMS-сообщение «150 30-июл-08 12:15 RS/Бюро Аренды Квартир/клиентам скидка 30 % владельцам премия от 5000»;

- на номер <.....> гр. <.....> поступили следующие SMS-сообщения:

«От 150 Werfa контакт центр/быстро и недорого вызов служб ТАКСИ/580000». Данное сообщение получено 25.06.2008 в 19 часов 59 минут;

«От 150 Страхование: авто, имущество, жизнь. Лучшие компании. Рассрочка. 586048». Сообщение получено 07.07.2008 в 18 часов 17 минут;

«От 150 Бесплатный номер вызова такси 8-800-333-4357 (HELP) круглосуточно». Сообщение поступило 11.07.2008 в 11 часов 58 минут;

- на номер <.....> гр. <.....> поступили следующие SMS-сообщения:

«150 Страхование: авто, имущество, жизнь. Лучшие компании. Рассрочка. 586048». Сообщение получено 07.07.2008 в 18 часов 54 минуты;

«150 RS/Бюро Аренды Квартир/клиентам скидка 30 % владельцам премия от 5000». Сообщение

поступило 30.07.2008 в 16 часов 38 минут.

На заседании Комиссии заявители подтвердили, что не давали ООО «Роял Сервис» согласия на SMS-рассылку, в том числе и на рассылку SMS-сообщений рекламного характера. Сообщили, что ООО «Роял Сервис» внесло номера их сотовых телефонов в свою справочно-информационную базу при неоднократном пользовании ими услугами Общества по предоставлению такси. Также сообщили, что неоднократно обращались в ООО «Роял Сервис» с требованием о прекращении рассылки SMS-сообщений в их адреса. Тем не менее, рассылка продолжалась, несмотря на требования её прекратить. Вынуждены были обратиться в Ярославское УФАС России для принятия мер в отношении ООО «Роял Сервис» по прекращению нарушения законодательства о рекламе.

При подготовке дела к рассмотрению установлено, что между ООО «Роял Сервис» и ЗАО «Ярославль-GSM» заключен договор от 31.12.2004г. № 1/04 о предоставлении услуг по отправке SMS. В соответствии с указанным договором ЗАО «Ярославль-GSM» от имени и по заданию ООО «Роял Сервис» оказывает услуги по отправке коротких текстовых сообщений (SMS) абонентам операторов сотовых сетей сухопутной подвижной радиосвязи на территории Ярославской области (пункт 1.1 договора). Обязанностью ООО «Роял Сервис» является направление ЗАО «Ярославль-GSM» через сеть Интернет по SMPP протоколу версии 3.4 информации, содержащей адресаты и текст, для рассылки SMS (пункт 2.2.1 договора). ЗАО «Ярославль-GSM» обязано немедленно по получению от ООО «Роял Сервис» информации (согласно пункту 2.1.1 договора) передавать SMS адресатам, указанным ООО «Роял Сервис» (пункт 2.1.2 договора).

Согласно пояснениям представителей ЗАО «Ярославль-GSM», а также Управления Россвязькомнадзора по Ярославской области, указанный договор является абонентским. В соответствии с этим договором оператор связи «ЗАО «Ярославль-GSM» оказывает юридическому лицу ООО «Роял Сервис» услугу сотовой радиотелефонной связи с выделением короткого номера 150. ООО «Роял Сервис» направляет SMS-сообщения, используя собственное оборудование и программные средства, через SMS-центр ЗАО «Ярославль-GSM». В соответствии с ФЗ «О связи» у ЗАО «Ярославль-GSM» отсутствует возможность контроля за содержанием SMS-сообщений, направляемых абонентом, за выбором абонентом адресатов, которым абонент направляет SMS-сообщения, а также за получением абонентом предварительного согласия адресата на получение SMS-сообщений, в том числе SMS-сообщений рекламного характера. В соответствии с договором от 31.12.2004г. № 1/04 о предоставлении услуг по отправке SMS обязанности рекламораспространителя закреплены за ООО «Роял Сервис». Именно ООО «Роял Сервис» управляет процессом направления SMS-сообщений (определяет содержание SMS-сообщений и круг адресатов для их рассылки).

На заседании Комиссии представитель ООО «Роял Сервис» не отрицал фактов рассылки SMS-сообщений постоянным клиентам Общества. Однако предоставить тексты рассылаемых SMS-сообщений ООО «Роял Сервис» не смогло, пояснив при этом, что рассылка SMS-сообщений осуществляется посредством набора оператором текста в соответствующем поле формы, предусмотренной программным обеспечением, по устному распоряжению начальника отдела. Хронологической регистрации отправки каждого SMS-сообщения Обществом не ведется. Согласие абонента фиксируется оператором ООО «Роял Сервис» путем проставления предусмотренного знака - «галочки» в соответствующем поле карточки абонента. Оператор же снимает данную отметку при отказе абонента от рассылки SMS-сообщений. В письме от 08.09.2008, имеющемся в материалах дела, ООО «Роял Сервис» пояснило, что при выборе адресатов программно исключена возможность отправки SMS-сообщений лицам, не давшим согласия на получение SMS-рассылки. Если заявители получали SMS-сообщения, значит, по утверждению представителя ООО «Роял Сервис», они каким-то образом выразили свое согласие на получение SMS-рассылки. В настоящее время в адреса гр. <.....>. и гр. <.....>., которые зарегистрированы в качестве клиентов ООО «Роял Сервис», рассылка SMS-сообщений не производится; гр. <.....> исключена из клиентской базы ООО «Роял Сервис», и SMS-сообщения в её адрес ООО «Роял Сервис» не направляются. В доказательство ООО «Роял Сервис» предоставило карточки клиентов <.....> и <.....>., в которых отсутствует отметка о согласии на получение SMS-рассылки, а также карточку клиента <.....> с отметкой о согласии на получение SMS-рассылки.

Не отрицая факта рассылки SMS-сообщений своим клиентам, ООО «Роял Сервис» считает, что рассматриваемые SMS-сообщения не могут быть признаны рекламой, поскольку не подпадают под понятие рекламы, определенное статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»). Такую позицию ООО «Роял Сервис» представитель Общества обосновал следующим образом. ООО «Роял Сервис» - это информационно-справочный центр. Информационные сообщения, распространяемые среди постоянных клиентов посредством SMS-сообщений, направлены на повышение качества сервиса ООО «Роял Сервис», в том числе и по

предоставлению клиентам дополнительных услуг силами партнеров Общества. В информационных сообщениях отсутствуют указания на конкретных производителей, исполнителей товаров или услуг, то есть отсутствует объект рекламирования. Рассылка информационных SMS-сообщений возможна ограниченному кругу лиц, который формируется из лиц, пожелавших стать абонентами ООО «Роял Сервис» (около 32 000 пользователей) и давших согласие на получение SMS-рассылок.

Рассмотрев материалы дела, заслушав доводы сторон, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно статье 3 ФЗ «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.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» 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.

Рекламораспространителем согласно названной выше статье признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из определения рекламы, данного в статье 3 ФЗ «О рекламе», тексты SMS-сообщений, полученных заявителями от ООО «Роял Сервис», отвечают признакам рекламной информации как по смысловому, целевому назначению, так и по способу распространения. ООО «Роял Сервис» посредством рассылки SMS-сообщений распространяет информацию о предоставляемых Обществом услугах (объект рекламирования), тем самым привлекая, формируя и поддерживая интерес к ним среди получателей SMS-сообщений. Довод ООО «Роял Сервис» о том, что рассматриваемые SMS-сообщения, отправленные, в том числе, и заявителям, не отвечали критерию распространения информации неопределенному кругу лиц, подлежит отклонению. 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 направлена. В рассматриваемых SMS-сообщениях такие указания отсутствовали. Информация не имела сугубо индивидуального характера, подготовлена без учета специфики конкретного абонента или адресата. Рассматриваемые SMS-сообщения содержали информацию, актуальную для неопределенного круга лиц. Кроме того, потребителями рекламной информации, распространяемой ООО «Роял Сервис» посредством SMS-сообщений могли быть не только абоненты операторов подвижной радиосвязи, но и иные лица, воспользовавшиеся данными телефонами и не состоящие в договорных отношениях с оператором связи.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Заявители <.....> на заседании Комиссии Ярославского УФАС России в присутствии представителя ООО «Роял Сервис» подтвердили, что не давали предварительного согласия на получение от ООО «Роял Сервис» SMS-сообщений рекламного характера. Обратного ООО «Роял Сервис», как инициатор распространения рекламных SMS-сообщений и рекламораспространитель, не доказал. Информация о получении согласия абонента на рассылку SMS-сообщений и о снятии согласия (соответствующие дата и имена операторов) никаким образом в ООО «Роял Сервис» не фиксируется. Ссылка на представленные Обществом распечатки карточек абонентов <.....> не могут быть приняты в качестве доказательства получения согласия данных абонентов на SMS-рассылки, а также отказ от таких рассылок, поскольку невозможно установить когда, каким лицом дано согласие на получение SMS-сообщений и кем (имя оператора) проставлена отметка о получении такого согласия, а также когда и кем такая отметка снята.

Таким образом, установлено, что ООО «Роял Сервис» как рекламораспространителем при распространении SMS-сообщений рекламного характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи допущено нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с положениями статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований,

установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», возлагается на рекламодателя. В данном случае рекламодателем является ООО «Роял Сервис».

Руководствуясь пунктом 2 части 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, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу ООО «Роял Сервис», распространяемую в виде SMS-сообщений рекламного характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия адресатов на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Роял Сервис» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ярославского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «12» декабря 2008 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

**ПРЕДПИСАНИЕ
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ**

«01» декабря 2008 года

г. Ярославль

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

<.....>.,

на основании своего решения от «01» декабря 2008 года по делу № 04-01/43-08 о признании ненадлежащей рекламы Общества с ограниченной ответственностью «Роял Сервис» (далее – ООО «Роял Сервис») по факту распространения SMS-сообщений рекламного характера без предварительного согласия адресатов на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Роял Сервис», место нахождения: г. Ярославль, ул. Республиканская, д. 3, корп. 7, в 5-ти дневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: прекратить распространение SMS-сообщений рекламного характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонентов на получение рекламы.

2. ООО «Роял Сервис», место нахождения: г. Ярославль, ул. Республиканская, д. 3, корп. 7, представить в Ярославское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 25 декабря 2008 года.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Управление Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области вправе в соответствии с пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на юридических лиц штраф в размере от трехсот до пятисот тысяч рублей.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном

статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.