

РЕШЕНИЕ

14 июня 2012 г.

г. Новосибирск

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: и.о. заместителя руководителя управления – начальника отдела рекламы Н.П. Камнева,

члены Комиссии: И.В. Волохина – главный специалист-эксперт отдела рекламы;

И.Р. Носкова – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы;

Д.А. Былина – специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело № 36, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «Гранд Авто» (ОГРН 1025403870711; юридический адрес: г.Новосибирск, ул.Обогатительная, д. 6; далее – ООО «Гранд Авто»), по факту распространения 23.11.2011г. в 17:27 с номера 355-10-10 с использованием подвижной радиотелефонной связи рекламного sms-сообщения об услугах такси следующего содержания: «Поездка по городу от 150 руб Подача от 5 минут. Ваше такси Гранд Авто!», с признаками нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), согласно которой 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 распространённой 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,

в присутствии представителей:

заявителя – гражданин <...> (не явился, уведомлен надлежащим образом);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – «....»

заинтересованного лица – ООО «Северо-Западная компания «Инфосвязь» (не явился, уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление гражданина (вх.№ 307э от 07.02.2012г.) по факту распространения в период с 16.10.2011г. по 01.02.2012г. рекламы услуг такси посредством использования подвижной

радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на признаки нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе».

По данному факту материалами дела установлено следующее.

23.11.2011г. в 17:27 на телефонный номер заявителя с номера 355-10-10 поступило sms-сообщение следующего содержания: «Поездка по городу от 150 руб Подача от 5 минут. Ваше такси Гранд Авто!».

В соответствии с п.1 ст.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.

Объектом рекламирования может быть товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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, согласно п.3 ст.3 ФЗ «О рекламе», - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

- электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Соответственно, термин «реклама», примененный в пункте 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 этого же Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

Федеральной антимонопольной службой в письме от 05.04.2007 N АЦ/4624 разъяснено, что 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.

Кроме того, в письме Федеральной антимонопольной службы от 19.05.2006 N АК/7654 указано, что требования в п. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» распространяются в равной мере и на рекламу, распространяемую по сетям связи Интернет.

Поскольку рассматриваемое SMS-сообщение направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, и не содержит указания на конкретного субъекта получения, в соответствии с ФЗ «О рекламе» оно является рекламой (данный вывод также подтверждается судебной практикой: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 29.08.2008 по делу N А79-334/2008; Постановление ФАС Уральского округа от 15.02.2011 N Ф09-113/11-С1 по делу N А50-11777/2010; Постановление ФАС Уральского округа от 10.03.2010 N Ф09-1350/10-С1 по делу N А60-33163/2009-С9; Постановление ФАС Уральского округа от 03.03.2010 N Ф09-1152/10-С1 по делу N А60-31189/2009-С9; Постановление ФАС Центрального округа от 24.01.2011 по делу N А64-3484/2010).

Согласно ч.1 ст.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.

Как указывает заявитель, согласие на получение им рассматриваемой рекламы не давалось.

Ответственность за несоблюдение требований ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель (ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе»).

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п.7 ст.3 ФЗ «О рекламе»).

Как следует из материалов дела, рассматриваемое sms-сообщение отправлено с номера 355-10-10. В соответствии с договором № 46603 об оказании услуг электросвязи юридическому лицу от 16.11.2010г., а также форме №1 к Дополнительному соглашению № 3, заказу № 1 к Приложению №2 к Дополнительному соглашению № 3 к указанному договору, абонентский номер <...>) 355-10-10 выделен абоненту ООО «Гранд Авто» (адрес: 630033, г.Новосибирск, ул.Обогатительная, 6; ИНН 5409110971). При этом, как следует из материалов дела, отправка смс-сообщений с использованием указанного номера технически невозможна.

Как следует из пояснений ООО «Гранд Авто» (вх.№ 3470 от 03.05.12), рассылка смс-сообщений осуществлялась компанией ООО «Северо-Западная компания «Инфосвязь» на основании договора об оказании услуг № 1041/11-СМС от 20.04.2011г. (далее – Договор). номер <...> -10-10 был указан в смс-сообщениях в

качестве подписи рекламодателя.

Согласно п.1.1 Договора, исполнитель (ООО «Северо-Западная компания «Инфосвязь») оказывает за плату Заказчику (ООО «Гранд Авто») услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений в течение определенного периода. Предметом Договора является предоставление Заказчику услуг в соответствии с Правилами предоставления услуг (Приложение № 1 к Договору) и действующими тарифами Исполнителя, согласованными сторонами в Приложении № 2 к данному Договору (п. 1.2. Договора).

Под «Системой» в данном Договоре понимается комплекс программных средств, позволяющих Заказчику зарегистрироваться, отправлять смс-сообщения, отслеживать их статус и контролировать свой электронный виртуальный счет. Доступ к системе предоставляется Заказчику после зачисления смс-кредитов на его Электронный виртуальный счет, и длится пока на указанном счете смс-кредиты не исчерпаются полностью, если в договоре не указано иное. Списание смс-кредитов с Электронного виртуального счета происходит при отправке Заказчиком каждого смс-сообщения с использованием системы (п. 2.1 Договора).

Согласно Правилам предоставления Услуг (Приложение № 1 к Договору), 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 предоставляет оплаченные Заказчиком услуги доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование и доставку смс-сообщений. Передача информации (текст смс-сообщения, телефон и др. информация) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет. Заказчик обязуется использовать услугу в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим письменное или устное согласие на ее получение (п.п. 1-3, 7 Правил предоставления Услуг).

Таким образом, материалами дела установлено, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ООО «Гранд Авто».

При этом, ООО «Гранд Авто» не согласилось с нарушением законодательства о рекламе, поскольку считает, что согласие на получение рекламных смс-сообщений абонентом было получено. Согласно пояснениям ООО «Гранд Авто» (вх.№ 3470 от 03.05.12; вх.№ 4595 от 09.06.12), абонентами, давшими свое согласие на получение рекламных смс-сообщений, ООО «Гранд Авто» считает каждого клиента, воспользовавшегося услугами данной компании, тем самым принявшим условия Договора публичной оферты, размещенного на официальном сайте компании.

Так, п. 4.2.2. Договора оферты о предоставлении услуг пассажирских перевозок легковым транспортом от 22.07.2011г. предусмотрено право Компании (ООО «Гранд Авто») информировать клиента о новостях, акциях, изменениях условий оказания услуг и прочих существенных условий, любым доступным способом, включая направление клиенту SMS сообщения. Согласно указанному Договору публичной оферты, под Клиентом понимается лицо, осуществившее Заявку на услуги такси посредством устного обращения по телефону +7(383)355-10-10 либо путем отправления электронной заявки с сайта Компании www.3551010.ru или

специального Java-приложения Компании со своего мобильного телефона.

Довод ООО «Гранд Авто» Комиссией не принят, поскольку указанный Договор публичной оферты определяет взаимоотношения между ООО «Гранд Авто» и Клиентом (по смыслу данного Договора) в рамках предмета договора. При этом, предметом данного Договора является возможность получения услуг пассажирских перевозок легковым транспортом в соответствии с тарифами и условиями, опубликованными на сайте www.3551010.ru (п. 2.1. Договора публичной оферты). Заключение договора публичной оферты о предоставлении услуг пассажирских перевозок легковым транспортом не может быть признано надлежащим доказательством согласия абонента на получение рекламных смс-сообщений.

Рассматриваемая информация, распространенная посредством использования подвижной радиотелефонной связи, является неперсонифицированной, направленной на привлечение внимания к услугам общества, имеет целью формирование интереса к данным услугам, следовательно, является рекламой.

Согласно ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», распространение рекламы по сетям электросвязи, 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.

Заявитель утверждает, что согласие на получение рекламных смс-сообщений не давал. Доказательств наличия согласия абонента на получение рассматриваемой рекламы ООО «Гранд Авто» также не представлено.

Реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признаётся ненадлежащей (п. 4 ст. 3 ФЗ «О рекламе»). Ненадлежащая реклама не допускается.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия, руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

РЕШИЛА:

1. Признать информацию:

«Поездка по городу от 150 руб Подача от 5 минут. Ваше такси Гранд Авто!», распространявшуюся 23.11.2011г. в 17:27 в г.Новосибирске с использованием подвижной радиотелефонной связи, ненадлежащей рекламой,

а ООО «Гранд Авто» (ОГРН юридический адрес: г.Новосибирск, ул.Обогатительная, д. 6) нарушившим требования:

- ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», согласно которой 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.

2. Выдать ООО «Гранд Авто» (ОГРН 1025403870711; юридический адрес: г.Новосибирск, ул.Обогатительная, д. 6) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Новосибирского 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 «18» июня 2012 г.

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

Председатель Комиссии

_____ Н.П. Камнева

Члены Комиссии

_____ И.В. Волохина

_____ И.Р. Носкова

_____ Д.А. Былина

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

18 июня 2012 г.

г. Новосибирск

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: и.о. заместителя руководителя управления – начальника отдела рекламы Н.П. Камнева,

члены Комиссии: И.В. Волохина – главный специалист-эксперт отдела рекламы;

И.Р. Носкова – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы;

Д.А. Былина – специалист-эксперт отдела рекламы;

на основании своего решения от 18 июня 2012 г. по делу № 36 о признании ненадлежащей рекламы: «Поездка по городу от 150 руб Подача от 5 минут. Ваше такси Гранд Авто!», распространявшейся 23.11.2011г. в 17:27 в г.Новосибирске с использованием подвижной радиотелефонной связи, а ООО «Гранд Авто» нарушившим требования ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 статьи 36 ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. Обществу с ограниченной ответственностью «Гранд Авто» (далее – ООО «Гранд Авто»; ОГРН 1025403870711; юридический адрес: г.Новосибирск, ул.Обогатительная, д. б) в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно, не допускать распространение рекламы, с нарушением:

- ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», согласно которой 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,

в том числе рекламы: «Поездка по городу от 150 руб Подача от 5 минут. Ваше такси Гранд Авто!».

2. ООО «Гранд Авто» представить в Новосибирское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 20 июля 2012 г.

В соответствии с ч.2.4 ст.19.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях, невыполнение в установленный срок законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе или законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа об отмене либо изменении противоречащего законодательству Российской Федерации о рекламе акта

федерального органа исполнительной власти, акта органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или акта органа местного самоуправления влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

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

Председатель Комиссии

_____ Н.П. Камнева

Члены Комиссии

_____ И.В. Волохина

_____ И.Р. Носкова

_____ Д.А. Былина