РЕШЕНИЕ

по делу № 14-03-18-02/84

08 мая 2014г. г. Волгоград

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

Председатель Комиссии -– заместитель руководителя Управления Никуйко Ирина Борисовна,

Члены Комиссии - заместитель начальника отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Алимова Елена Владимировна,

- государственный инспектор отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Демичева Ксения Александровна,

рассмотрев дело № 14-03-18-02/84 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ РФ от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (ФЗ «О рекламе»), возбуждённое в отношении ООО «Девино Телеком», ООО «ОСК»,

лица, участвующие в деле, не явились, извещены надлежащим образом о времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В адрес антимонопольного органа поступили обращения физического лица с жалобой на рассылку смс-сообщений (рекламы) без согласия абонента (вх. № 6354-6355).

Заявитель (номер телефона которого …) указал, что им были получены смс-сообщения следующего содержания:

- 29.03.2013г. в 10 ч 29 мин и 22.04.2013 в 13 ч 04 мин от «ZapadnyBank»: «Кредит от 16%, до 5 лет, до 250 тыс. руб., по одному паспорту, без залога. Кредитуем пенсионеров. Банк Западный 88001005999 www.zapad.ru».

Гражданин утверждает, что согласия на получение рекламных рассылок от указанной в смс-сообщениях компании не оформлял.

Впоследствии гр. …. были предоставлены: - детализированная выписка от оператора связи, подтверждающая поступление SMS-сообщения рекламного характера; - доказательства, подтверждающие факт получения SMS-рекламы на телефонный номер (фотографии экрана мобильного телефона с указанием текста рекламы и информации об отправителе, дата и время получения смс-сообщения), -

согласие на обработку персональных данных.

Кроме того, гр. … указал, что не состоял в договорных отношениях с ОАО «Банк Западный».

По результатам рассмотрения обращения физического лица антимонопольным органом было возбуждено дело № 14-03-18-02/84 в отношении ООО «Девино Телеком».

С учётом представленных ОАО «ВымпелКом» при рассмотрении дела сведений Комиссия Волгоградского УФАС России пришла к выводу о необходимости привлечения к участию в деле также ООО «ОСК» в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Изучив имеющиеся материалы дела, выслушав доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия Волгоградского УФАС России установила следующее.

Согласно п.п.1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» реклама – это 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.

Рассматриваемые смс-сообщения являются рекламой, поскольку отвечают всем квалифицирующим признакам рекламы, установленным подп. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

Рекламная информация была адресована неопределенному кругу лиц-пользователей связи, что делает информацию неперсонифицированной, при этом невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования.

Признавая рассматриваемые смс-сообщения рекламой, Комиссия Волгоградского УФАС России исходит также из условий заключенного договора, регулирующего правоотношения сторон во поводу распространения рекламы Банка «Западный» (см. договор № ДТ-П/012656 от 27.12.2011г. между ООО «Девино Телеком» и ОАО Банк «Западный» и дополнительные соглашения и приложения к нему).

В частности, в п. 2.1 дополнительного соглашения № 2 от 04.07.2012г. к указанному договору закреплено, что Исполнитель (ООО «Девино Телеком») обязуется по заданию Заказчика (ОАО Банк «Западный») оказать самостоятельно, либо с привлечением третьих лиц оказывать услуги по размещению рекламно-информационных материалов в любой форме текстовых, графических и мультимедийных смс/ммс-сообщений в рамках мобильных сетей операторов связи либо пользователям терминалов платежных систем.

В дополнительном соглашении № 2 (Мобильная реклама) от 04.07.2012г. к договору № ДТ-П/012656 от 27.12.2011 использованы термины «Мобильная

реклама» и рекламно-информационный материал – информация, предоставляемая Заказчиком Исполнителю, и распространяемая последним в качестве Мобильной рекламы (п. 1.2-1.3 дополнительного соглашения).

В соответствии с 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.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона РФ от 07.07.2003 № 126-ФЗ "О связи" под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

В части 1 ст. 18 приводится определенный перечень видов электросвязи, на распространение рекламы посредством которых распространяются положения комментируемой части, - телефонная, факсимильная, подвижная радиотелефонная связь, однако данный перечень не является закрытым.

SMS (от английского Shot Message Service - служба коротких сообщений) представляет собой технологию, позволяющую осуществить прием и передачу коротких текстовых сообщений на мобильные телефоны.

Поскольку технология sms предполагает использование электросвязи, распространение рекламы при помощи данной технологии регулируется статьей 18 ФЗ «О рекламе».

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Абонент, согласно п. 1 ст. 2 ФЗ «О связи», - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона РФ от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которой адресат - это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями, но не отправителями сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата.

ОАО «МТС» в ответе на запрос за исх. № Юг 10/0002м от 14.01.2014г. сообщило, что по абонентскому номеру … по данным биллинговой системы указанные смс-сообщения были направлены 29.03.2013г. через центр текстовых сообщений ЗАО «Нижегородская сотовая связь» (Нижегородская область, Поволжский регион, юридический адрес: РФ, 603000, г. Нижний Новгород, пл. М.Горького, Дом Связи), 22.04.2013г. через центр ОАО «ВымпелКом» (Москва и Московская область, Центральный регион).

Иной информацией относительно отправки смс-сообщений от Банка «Западный» ОАО «МТС» не обладает.

ОАО Банк «Западный» в письме за исх. № 432 от 16.01.2014г. указало, что рассылка смс-сообщений об услугах Банка «Западный» осуществлялась в соответствии с договором оказания услуг № ДТ-П/012656 от 27.12.2011, дополнительным соглашением № 2 от 04.07.2012 и приложениями к указанному договору, заключенному с ООО «Девино Телеком».

Дополнительным соглашением № 4 от 01.09.2013г. к договору в п. 5.4 предусмотрено, что ООО «Девино Телеком» несёт ответственность в части распространения рекламы по сетям электросвязи (ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе»).

Кроме того, как сообщил представитель ОАО «ВымпелКом», отправка смс-сообщения 22.04.2013 в 13 ч 04 мин от ZapadnyBank: «Кредит от 16%, до 5 лет, до 250 тыс. руб., по одному паспорту, без залога. Кредитуем пенсионеров. Банк Западный 88001005999 www.zapad.ru» была осуществлена с номеров, предоставленных партнеру ОАО «ВымпелКом» - ООО «ОСК». К материалам дела приобщена копия договора между оператором связи и ООО «ОСК» от 25.08.2011 № 411828359 и дополнительного соглашения к нему.

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

Исследовав условия названных договоров, представленные доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия Волгоградского УФАС России приходит к выводу о том, что ООО «Девино Телеком», ООО «ОСК» выступили в рассматриваемом случае рекламораспространителями (лицами, осуществившими распространение рекламы).

Каждый из указанных лиц обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

ОАО Банк «Западный», исходя из имеющейся информации, является Заказчиком – рекламодателем, а также рекламопроизводителем.

В материалы дела сторонами не представлены доказательства получения предварительного согласия абонента, которому принадлежит номер … (гр. Д….) на получение рекламы об услугах Банка «Западный».

В соответствии с п.4 ст.3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с п. 7 ст. 38 ФЗ РФ «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ о рекламе.

Нарушение рекламодателями, рекламораспространителями, рекламопроизводителями законодательства Российской Федерации о рекламе в силу ч. 4 ст. 38 ФЗ «О рекламе» влечёт за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

Реклама от «ZapadnyBank» были получены гр. … 29.03.2013г. и 22.04.2013г. Т.О., на момент вынесения решения по делу № 14-03-18-02/84 срок давности привлечения к административной ответственности в отношении рекламораспространителей истёк.

Однако материалы дела не содержат сведений о прекращении распространения ненадлежащей рекламы на абонентский номер заявителя. В связи с изложенным Комиссия Волгоградского УФАС России приходит к выводу о наличии оснований для выдачи ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Рассматриваемая реклама от «ZapadnyBank»: «Кредит от 16%, до 5 лет, до 250 тыс. руб., по одному паспорту, без залога. Кредитуем пенсионеров. Банк Западный 88001005999 www.zapad.ru», поступившая 29.03.2013г. в 10 ч 29 мин и 22.04.2013 в 13 ч 04 мин посредством смс-сообщения на абонентский номер Заявителя … (г. Волгоград), является ненадлежащей, поскольку распространялась с нарушением требований, закрепленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь п. 1 ч. 2 ст.33, ч.1 ст.36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу от «ZapadnyBank»: «Кредит от 16%, до 5 лет, до 250 тыс. руб., по одному паспорту, без залога. Кредитуем пенсионеров. Банк Западный 88001005999 www.zapad.ru», поступившую 29.03.2013г. в 10 ч 29 мин и 22.04.2013 в 13 ч 04 мин посредством смс-сообщения на абонентский номер Заявителя … (г. Волгоград), ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «ОСК», ООО «Девино Телеком» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. В связи с установлением обстоятельства, исключающего производство по делу об административном правонарушении, предусмотренного п. 6 ч. 1 ст. 24. 5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (истечение срока давности привлечения к административной ответственности), материалы дела уполномоченному должностному лицу Волгоградского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении не передавать.

Резолютивная часть решения оглашена 25 апреля 2014г. Решение изготовлено в полном объеме 08 мая 2014г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.