

## РЕШЕНИЕ

26 ноября 2014 г.

г.

Новосибирск

Решение изготовлено в полном объеме «10» декабря 2014 г.

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

председатель Комиссии: Т.В. Лопаткина – заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы;

члены Комиссии: Е.А.Скоп – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы;

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

рассмотрев дело №97 в отношении рассмотрев дело №97 в отношении ООО «Страта» (адрес:630007, г. Новосибирск, ул. Фабричная, д. 4, оф.207) по факту рассылки 24.12.2013 г. в 10.11 ч. на телефонный номер заявителя «...» с использованием номера «...» смс-сообщения следующего содержания:

«До 500000 р. Без справок под 20% на 4 года по 18000р/мес. Звоните«...»», с признаками нарушения:

- ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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 распространённой 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,

в отсутствие представителей:

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

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Страта» - представитель не явился (уведомлен надлежащим образом),

### УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление гражданина «...» (вх. № 550 от 24.01.2014 г., № 326э, № 327э от 28.01.2014 г.) по факту распространения на номер заявителя «...» смс-сообщений рекламного характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на признаки нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Заявителем были представлены изображение и согласия на обработку

персональных данных.

В ходе рассмотрения данных обращений Новосибирским УФАС России установлено следующее.

24.12.2013 г. в 10.11 ч. на телефонный номер заявителя «...»с использованием номера «...»поступило смс-сообщения следующего содержания:

«До 500000 р. Без справок под 20% на 4 года по 18000р/мес. Звоните «...»».

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.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 рекламодатель (ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе»).

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

Согласно ответу ОАО «СМАРТС» (вх. № 761э от 24.02.2014 г.), смс-сообщение, распространенное 24.12.2013 г. в 10.11 ч. на телефонный номер заявителя с номера «...» следующего содержания: «До 500000 р. Без справок под 20% на 4 года по 18000р/мес. Звоните «...»», было направлено ООО «Сапсан» (адрес: 450097, г. Уфа, ул. Заводская, д. 13), с которым Общество заключило договор № «...»г., в рамках которого ОАО «СМАРТС» организует партнеру доступ к оборудованию SMS-центра по протоколу, далее информационную SMS-рассылку осуществляет заказчик с помощью своего программного комплекса по собственной абонентской базе, все адресаты которой на основании п. 3.2.2 договоры должны дать согласие на получение информационных SMS-сообщений. Механизм получения согласия формирования абонентской базы заказчика ОАО «СМАРТС» не известен.

В силу п. 5.4 указанного договора ОАО «СМАРТС» не является создателем и распространителем SMS-сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой абонентам. Также Общество в силу п. 5.7 названного договора, в случае поступления в адрес заказчика требования о прекращении смс-рассылки, Общество имеет право приостановить предоставление услуг.

Таким образом, по мнению Общества, рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ООО «Сапсан».

В свою очередь, ООО «Сапсан» представлены пояснения (вх. № 6788 от 26.06.2014 г.), 12.11.2013г. между ООО «САПСАН» (Исполнитель) и ООО «Страта» (Заказчик) за ключен договор №«...»на оказание услуг (далее Договор).

В соответствии с условиями Договора, Исполнитель оказывает за плату Заказчику услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS-сообщений в течение определенного периода (п. 1.1 Договора). Исполнитель оказывает Заказчику услуги в соответствии с Правилами предоставления Услуг и действующими Тарифами (п. 3.1.1 Договора).

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 SMS-сообщений.

Передача информации (текст SMS-сообщения, телефон и др. информация) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет (протокол передачи согласовывается с Заказчиком дополнительно; возможные протоколы: SMTP (электронная почта), HTTP, HTTPS (SSL), SMPP (п. 10.1, 10.2, 10.3 Договора).

Заказчик обязуется использовать Услугу в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим согласие на ее получение.

которое в случае необходимости может быть предъявлено Оператору в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на ее получение (п. 10.7 Правил).

Таким образом, ООО «САПСАН» предоставило ООО «Страта» доступ к защищенной области сайта - программному средству для осуществления СМС-рассылки.

Действия по осуществлению СМС-рассылки осуществлялись непосредственно ООО «Страта», которые выражались в следующем:

- ООО «Страта» самостоятельно заключало договора с рекламодателями по поводу СМС-рассылки, в рассматриваемом деле это договор с организацией имеющей номер телефона "«...»".

- ООО «Страта» самостоятельно, либо совместно с рекламодателем определяло список клиентов, для рассылки СМС-сообщений конечным получателям, определялся текст сообщений.

- ООО «Страта» с помощью программных средств ООО «САПСАН» осуществляло непосредственно рассылку СМС-сообщений.

ООО «САПСАН» не имеет информации о том, каким образом формирует ООО «Страта» базы для СМС-рассылки.

Таким образом, в силу п. 7 ст. 3 ФЗ "О рекламе", именно ООО «Страта» осуществляло распространение рекламы, с помощью программных средств ООО «САПСАН».

Вины ООО «САПСАН» в том, что с помощью ее программных средств осуществляется нарушение законодательства о рекламе, нет. ООО «САПСАН» ни технически, ни юридически не может контролировать и редактировать текст СМС-рассылки, список конечных получателей СМС-рассылки.

Если трактовать сложившуюся ситуацию иначе, то тогда можно было бы привлечь к ответственности, например, типографию с помощью оборудования которой печатаются СМИ содержащие недостоверную рекламу, или, в рассматриваемом случае, Интернет-провайдера, который предоставил доступ в сеть интернет ООО «Страта», которое в последствии осуществило ненадлежащую СМС-рассылку.

Учитывая изложенное, Общество считает, что ООО «САПСАН» является ненадлежащим субъектом совершенного административного правонарушения.

Таким образом, рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ООО «Страта».

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, распространенную 24.12.2013 г. в 10.11 ч. на телефонный номер заявителя «...» с использованием номера «...» следующего содержания: «До 500000 р. Без справок под 20% на 4 года по 18000р/мес. Звоните «...»», ненадлежащей рекламой,

а ООО «Страта» (адрес: 630007, г. Новосибирск, ул. Фабричная, д. 4, оф.207) 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

2. Выдать ООО «Страта» 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 может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии \_\_\_\_\_ Т.В. Лопаткина

Члены Комиссии \_\_\_\_\_ Е.А. Скоп

\_\_\_\_\_ Д.А. Былина

## ПРЕДПИСАНИЕ

### О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

### РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

10 декабря 2014 г.

г.

Новосибирск

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

председатель Комиссии: Т.В. Лопаткина – заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы;

члены Комиссии: Е.А.Скоп – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы;

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

на основании своего решения от 10 декабря 2014 г. по делу № 97 о признании ненадлежащей рекламы, распространенной 24.12.2013 г. в 10.11 ч. на телефонный номер заявителя «...» с посредством номера «...», с использованием подвижной радиотелефонной связи, а ООО «Страта» 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. ООО «Страта» (адрес: 630007, г. Новосибирск, ул. Фабричная, д. 4, оф.207) 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием,

в том числе рекламы, указанной выше.

2. ООО «Страта» представить в Новосибирское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 30 января 2015 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

\_\_\_\_\_ Т.В. Лопаткина

Члены Комиссии

\_\_\_\_\_ Е.А. Скоп

\_\_\_\_\_ Д.А. Былина