

РЕШЕНИЕ

28 апреля 2014 года

г. Пенза, ул. Урицкого, 127

Резолютивная часть решения объявлена 23 апреля 2014 года.

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

Председатель Комиссии:

<...> – заместитель руководителя управления.

Члены Комиссии:

<...> - главный специалист-эксперт отдела контроля закупок, органов власти и рекламы,

<...> - ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок, органов власти и рекламы,

рассмотрев дело № 3-01/14-2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения Обществом с ограниченной ответственностью «Информатор» (192281, Санкт-Петербург, ул. Будапештская, 94/41; ИНН 7816494212; далее – ООО «Информатор») рекламного смс-сообщения следующего содержания: «Даем деньги в долг! До 40 т.р. centrzaimov.ru 84996535290. Звоните!». Дата и время поступления сообщения: 23.12.2013 в 15:06, содержащего признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

- в отсутствие представителя ООО «Информатор» (в материалах дела имеются доказательства надлежащего извещения ООО «Информатор» о месте и времени рассмотрения дела № 3-01/14-2014),

УСТАНОВИЛА:

В Пензенское УФАС поступило обращение абонента ОАО «Мегафон» (г.Москва) К<...>, перенаправленные Федеральной антимонопольной службой (исх. АД/361/14 от 14.01.2014, вх. от 22.01.2014 №205) по вопросу распространения рекламы, приходящих на номер телефона +7926<...>, посредством смс-сообщений рекламного характера следующего содержания: - «Даем деньги в долг! До 40 т.р. centrzaimov.ru 84996535290. Звоните!». Дата и время поступления сообщения: 23.12.2013 в 15:06.

Заявитель согласия на получение смс-сообщений рекламного характера на свой абонентский номер оператору связи или иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению смс-рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Пензенским УФАС России определением от 13.03.2014 по факту распространения смс-сообщений возбуждено дело № 3-01/14-2014 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе». Рассмотрение дела назначено на 23.04.2014. К участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено ООО «Информатор».

На рассмотрение дела 23.04.2014 представитель ООО «Информатор» не явился, в письменных пояснениях по делу (вх. от 11.04.2014 № 1267) общество сообщило, что оказывает заказчикам телематические услуги связи (Лицензия на телематические услуги связи № 95437) в соответствии с Законом Российской Федерации от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» и Правилами оказания телематических услуг, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 10 сентября 2007 г. № 575, с последующими изменениями и дополнениями. Деятельность ООО «Информатор» заключается в предоставлении технических средств (системы передачи смс-сообщений с участием человека, далее – Система) заказчикам, которые используют Систему в целях осуществления адресных смс-рассылок в своих интересах своих клиентов. Между ООО «Информатор» и ООО МФО «Саммит» заключен договор об оказании услуг от 10.02.2012 № 17988/2012-к, согласно которому ООО «Информатор» принял на себя обязанности по приему и передаче коротких текстовых сообщений (смс-сообщений) через Систему от клиента к оператору связи.

Изучив представленные документы, Комиссия пришла к следующему выводу:

В результате рассмотрения Заявления по существу и изучения дополнительно собранных доказательств установлено следующее.

23.12.2013 в 15:06 на абонентский номер заявителя +7926<...> в сети оператора услуг связи ОАО «Мегафон», поступили смс-сообщения следующего содержания: - «Даем деньги в долг! До 40 т.р. centrzaimov.ru 84996535290. Звоните!».

В соответствии со статьёй 3 ФЗ «О рекламе» рекламой является 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. При этом под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» в целях настоящего Федерального закона используются следующие основные понятия: товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Под неопределённым кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правонарушения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

За счет одновременного информирования большого количества людей реклама позволяет ознакомить потребителей с товарами услугами, реализуемыми на рынке, сформировать к ним положительное отношение потребителей, позитивно выделить определенные организации, товары и услуги из всего существующего ряда.

Информация, с содержанием: «Даем деньги в долг! До 40 т.р. centrzaimov.ru 84996535290. Звоните!», размещенная посредством использования телефонной связи, подпадает под понятие рекламы, а именно, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания потребителей рекламы к товару (услуге), способствует его продвижению на рынке.

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

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.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В ходе рассмотрения дела установлено, что телефонный номер <...> <...> выделен абоненту К<...> с 05.09.2008 на основании договора о предоставлении услуг связи с ОАО «Мегафон».

Рекламное сообщение поступило с телефонного номера +79023708060. Номерная емкость принадлежит ОАО «СМАРТС».

Пензенским УФАС России в адрес ОАО «СМАРТС» направлен запрос (исх. От 23.01.2014 №186-3) о предоставлении сведений относительно абонента телефонного номера, с которого отправлено вышеупомянутое рекламное сообщение. Согласно ответу ОАО «СМАРТС» (вх. от 04.02.2014 №173-э) следует, что отправителем рассматриваемых смс-сообщений: «Даем деньги в долг! До 40 т.р. centrzaimov.ru 84996535290. Звоните!», является ООО «Информатор», на основании договора от 25.10.2013 №01-02-04-888 предоставления услуг.

Согласно пояснениям ООО «Информатор» (вх. от 11.04.2014 № 1267), данное общество оказывает телематические услуги связи на основании лицензии №95437, работает с операторами на основании договоров присоединения. Программно-аппаратный комплекс телематических услуг связи, используемый данным обществом для предоставления услуг связи, транслирует сообщения, получаемые им от своих клиентов, вышестоящему оператору, не оценивая их смыслового

содержания (со ссылкой на положения закона о связи в части сохранения тайны связи). ООО «Информатор» считает, что оно не является отправителем и изготовителем сообщений, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе. Также ООО «Информатор» сообщает, что отправителем смс-сообщений на номер Заявителя является ООО МФО «Саммит» (договор от 10.02.2012 №17988/2012-к предоставления услуг).

Как следует из представленных в материалы дела документов, ООО «Информатор» (Исполнитель) 10.02.2012 заключило с ООО МФО «Саммит» (Заказчик) договор №17988/2012-к предоставления услуг.

Предметом указанного договора (пункт 2) является обеспечение доступа к Системе, позволяющей формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS и E-mail сообщений в течение определенного периода; обеспечение доступа к Системе в целях осуществления Заказчиком от своего имени реализации доступа к Системе, позволяющей клиентам Заказчика самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды услуг. Согласно п.3.1.2 Исполнитель создает все условия, позволяющие Заказчику производить Реализацию доступа от своего имени. Согласно п.3.3.3. Исполнитель вправе блокировать Личный кабинет Заказчика и его Клиентов при рассылке им или его Клиентами Сообщений соответствующих признакам Спам, Сообщений оскорбительного или клеветнического характера, разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь, SMS-сообщений порнографической направленности. Согласно п. 5.1 – Услуги предоставляются только Заказчикам, заключившим с Исполнителем Договор о предоставлении Услуг и зарегистрированным в Системе. Согласно п.5.2 – При регистрации в Системе Заказчик получает персональный логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта Исполнителя. Согласно п. 5.3 Исполнитель предоставляет Заказчику возможность регистрации своих Клиентов в Системе доступа к Платформе. Согласно п. 5.4 Исполнитель предоставляет оплаченные Заказчиком Услуги доступа к Системе, обеспечивающей формирование и доставку Сообщений. Согласно п. 5.11. Заказчик (ООО МФО «Саммит») обязуется использовать услуги в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации Получателям сообщений, давшим согласие на ее получение, которое в случае необходимости может быть предъявлено оператору в качестве безоговорочного доказательства добровольного согласия Получателем сообщения на его получение. Согласно п.5.12 Заказчик гарантирует, что Услуги соответствуют нормам действующего законодательства РФ, в том числе нормам законов об охране авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, о рекламе, действующих на территории Российской Федерации, законодательству об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также нормам международного права. Согласно п. 5.13 Заказчик обязуется удалять из базы адресов Подписчиков, отказавшихся получать Сообщения. Согласно п. 8.13 при поступлении Исполнителю информации о нарушении Заказчиком или его Клиентами п.5.11, п.5.12 настоящего Договора Исполнитель немедленно приостанавливает предоставление Услуг.

Таким образом, в соответствии с данным договором ООО «Информатор» самостоятельно не организывает смс-рассылки, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе. В рамках предоставления услуг по данному договору ООО «Информатор» принял на себя обязанности по приему и

передаче коротких текстовых сообщений (смс-сообщений) через Систему от клиента к операторам связи.

Основной функцией ООО «Информатор» в этом случае является маршрутизация сообщений.

Согласно условиям договора ООО МФО «Саммит» получило доступ к Системе (платформе, являющейся техническим средством связи), посредством которого получило возможность отправки смс-сообщений через Интернет, посредством WEB-интерфейса по телематическим каналам.

Изложенное выше позволяет Комиссии сделать вывод о том, что заключенный между ООО «Информатор» и ООО МФО «Саммит» договор, свидетельствует о том, что его предметом, в первую очередь, явилось обеспечение возможности рассылки смс-сообщений. ООО «Информатор» обеспечило техническими и программными средствами (посредством платформы) ООО МФО «Саммит» для передаче смс-сообщения.

Из представленных ООО МФО «Саммит» (вх. от 14.04.2014 № 585-э) в материалы дела документов следует, что обществом согласие на обработку персональных данных получено не от заявителя К<...>, а от Ж<...>, в заявке-анкете указан номер телефона +7926<...>, вписанный ручкой в графу «Дополнительный номер <...> », наравне с тремя другими номерами, также вписанными ручкой, и одним номером, вписанным посредством технического ввода.

Таким образом, рассматриваемое рекламное сообщение поступило на номер мобильного телефона +7926<...> согласно анкете, заполненной клиентом ООО МФО «Саммит» Ж<...>. Однако, доказательства наличия предварительного согласия именно абонента указанного телефона К<...> на получение смс-рекламы ООО МФО «Саммит» не представлено.

В части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Материалами дела № 3-01/14-2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе подтверждается тот факт, что рассматриваемая реклама была отправлена Заявителю на его абонентский номер <...> <...> без предварительного согласия абонента или адресата (Заявителя) на получение рекламы.

ООО «Информатор» и ООО МФО «Саммит» не представлены доказательства того, что ими в процессе смс-рассылки с рассматриваемой рекламой было получено

согласие Абонента К<...> мобильного телефона +7926<...> на получение смс-сообщений.

Таким образом, реклама «Даем деньги в долг! До 40 т.р. centrzaimov.ru 84996535290. Звоните!» распространялась посредством использования подвижной радиотелефонной связи с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии со статьей 38 названного закона несет рекламодатель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

Собранные по делу доказательства и установленные обстоятельства свидетельствуют о том, что нарушение законодательства о рекламе в данном случае содержится в действиях лиц, распространивших рассматриваемую рекламу, т.е. ее рекламодателей – ООО «Информатор» и ООО МФО «Саммит».

Каждый из указанных рекламодателей обязан соблюдать требования статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

ООО «Информатор» заключив указанный выше договор тем самым предоставил ООО МФО «Саммит» право беспрепятственно пользоваться возможностью для массовой рассылки смс-сообщений, при этом ООО «Информатор» обеспечило техническую возможность рассылки смс-сообщений посредством собственных технических и программных средств.

Доводы ООО «Информатор» о том, что общество не имеет возможности отслеживать содержание передаваемых смс-сообщений и не может нести ответственность за их содержание, поскольку не имеет права на ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, так как это является нарушением тайны связи, Комиссией Пензенского УФАС отклоняется, поскольку установленная Конституцией Российской Федерации норма о тайне связи не исключает обязанности оператора обеспечить получение абонентом только согласованной им рекламы.

Кроме того, у ООО «Информатор» имелась возможность блокировать спам сообщения (пункт п.3.3.3. договор №17988/2012-к).

Принимая во внимание совокупность действий всех лиц, участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя, Комиссия считает действия ООО «Информатор» и ООО МФО «Саммит» по распространению на телефонный номер

Заявителя по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без его предварительного согласия, нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

В соответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На момент рассмотрения дела Комиссии Пензенского УФАС России доказательств устранения нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ООО «Информатор» и ООО МФО «Саммит» представлено не было.

В связи с чем, Комиссия Пензенского УФАС России считает целесообразным выдачу предписания о прекращении нарушения требований рекламного законодательства.

В силу части 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе» нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь частью 2 пункта 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 от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Даем деньги в долг! До 40 т.р. centrzaimov.ru 84996535290. Звоните!», распространяемую 23.12.2013 в 15:06 ООО МФО «Саммит» по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента Крючковой Е.Ю. на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Информатор» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского 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 28 апреля 2014 года.

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