

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 166/14

Резолютивная часть решения оглашена «13» марта 2015 г.

Решение в полном объеме изготовлено «27» марта 2015 г.
Новосибирск

г.

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе «...»,

рассмотрев дело № 166/14, возбужденное в отношении Индивидуального предпринимателя Венгер Е.В. («...»), по факту распространения:

1) 24.04.2014 г. в 12:40 на телефонный номер заявителя «...» с использованием смс-центра 79168960390 от абонента с буквенным идентификатором «MAXSIMILIANS» смс-сообщения следующего содержания:

«Сегодня 20:00 группа Ленинград т. 2588884...»;

2) 29.04.2014 г. в 15:06 на телефонный номер заявителя «...» с использованием смс-центра +79168960390 от абонента с буквенным идентификатором «MAXSIMILIANS» смс-сообщения следующего содержания:

«10 мая 20:00 Ева Польна. Билеты от 1100 р. т. 2858884...», с признаками нарушения:

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

в отсутствии представителей:

заявителей - <...>, <...> - не явились (уведомлены надлежащим образом);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ИП Венгер Е.В.- представитель не явился (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступили заявления физического лица (вх. № 2097э от 25.04.2014 г.), физического лица (вх. № 2182э от 30.04.2014г.), по факту распространения смс-сообщения рекламного, характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на

получение такой рекламы, что указывает на признаки нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе».

По данным фактам Новосибирским УФАС России проведена проверка. В результате чего установлено следующее.

1) 24.04.2014 г. в 12:40 на телефонный номер заявителя «...» с использованием смс-центра 79168960390 от абонента с буквенным идентификатором «MAXSIMILIANS» поступило смс-сообщение следующего содержания:

«Сегодня 20:00 группа Ленинград т. 2588884...»;

2) 29.04.2014 г. в 15:06 на телефонный номер заявителя «...» с использованием смс-центра 79168960390 от абонента с буквенным идентификатором «MAXSIMILIANS» поступило смс-сообщение следующего содержания:

«10 мая 20:00 Ева Польна. Билеты от 1100 р. т. 2858884...».

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 указывают заявители, согласия на получение ими рассматриваемой рекламы не давались.

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»).

Согласно Выписке из реестра Российской системы и плана нумерации официального сайта Федерального агентства связи РФ номер + 79168960390 закреплен за ОАО «МТС».

Как следует из пояснений ОАО «МТС» (вх. № 5329 от 21.05.2014 г.), номер <...>

является номером смс-центра Общества — программного-аппаратного комплекса, предназначенного для приема, регистрации и пересылки коротких сообщений. Смс-центр, как и любое другое сетевое устройство, имеет собственный идентификатор — номер <...> Основной функцией смс-центра является маршрутизация сообщений и управление процессом доставки смс-сообщений. При этом смс-центр не может быть отправителем сообщений, либо самостоятельно инициировать отправления сообщений.

По результатам проведенной проверки установлено, что отправителем указанных sms-сообщений с короткого номера 8462, является ООО «ОСК» в рамках договора № «...» от 15.11.2013 г. об оказании смс-услуг.

Согласно условиям названного договора исполнитель (ОАО «МТС») оказывает заказчику (ООО «ОСК») комплекс услуг по передаче, приему и обработке смс-сообщений справочно-информационного характера от заказчика только к зарегистрированным в информационных системах заказчика пользователям и лишь в целях оказания таким пользователям услуг заказчика, подробное описание которых дано в преамбуле договора и Приложении №1 к договору. В указанных целях исполнителем по договору заказчику выделен короткий сервисный номер <...> . При этом, согласно положениям 3.3.10 договора, в случае, если заказчик самостоятельно производит замену выделенного цифрового номера на символьное выражение (буквенный идентификатор), он обязан согласовывать такую замену с исполнителем в письменной форме, для замены которого будет использоваться данное символьное выражение. Вместе с тем, в нарушение указанных положений договора заказчик не уведомил ОАО «МТС» о такой замене и начале использования буквенного идентификатора «ССG».

Процедура оказания услуг подробно указана в Приложении А к Договору, в соответствии с которым именно комплекс заказчика формирует одно или несколько коротких сообщений и обращается к оборудованию исполнителя с указанием пользователя, к которому необходимо доставить смс-сообщение.

При этом оборудование исполнителя лишь передает уже сформированное смс-сообщение на мобильный терминал пользователя.

Согласно приложению № 1, исполнитель выделяет заказчику сервисный номер <...> посредством которого через канал исполнителя заказчик отправляет смс-сообщения своим зарегистрированным пользователям, и который заказчик использует в качестве номера отправителя.

Таким образом, суть услуг, оказываемых ОАО «МТС» по договору, заключается в обеспечении заказчику технической возможности в формировании и отправке смс-сообщений. При этом заказчик самостоятельно, без участия исполнителя, определяет и формирует содержание данных смс-сообщений и определяет круг абонентов, которым направляются данные сообщения. ОАО «МТС» лишь обеспечивает подключение заказчика к сети электросвязи.

В целях предотвращения массовой несанкционированной смс-рассылки ОАО «МТС» включило в договор прямой запрет заказчику распространять рекламу с использованием выделенного сервисного номера без согласия Общества (п.3.3.6 Договора). В случае получения такого согласия от исполнителя заказчику вменяется в обязанность направлять рекламные сообщения только тем

пользователям, которые дали непосредственно заказчику предварительное и надлежащее согласие на получение от него рекламы по сетям электросвязи. В случае нарушения данных положений договора для заказчика предусмотрены серьезные меры ответственности (раздел 8 договора).

В свою очередь, согласно пояснениям ООО «ОСК» (вх. № 10374 от 23.09.2014 г.), ООО «ОСК» осуществляет свою деятельность строго в соответствии с законодательством РФ.

ООО «ОСК» оказывает посреднические технические услуги передачи текстов сообщений и требований к аудитории сообщений на технические мощности операторов мобильной связи или их партнеров, но не формирует сами сообщения, не определяет их содержание и адресатов.

Согласно содержащейся в определении информации, sms-сообщение, послужившее причиной рассматриваемого дела, было получено на телефонный номер «...», «...».

ООО «ОСК» проверило факт направления каких-либо сообщений операторам связи для их дальнейшей отправки на указанный телефонный номер и выяснило, что на указанный номер направлялось сообщение со стороны ООО «Девино Телеком».

Сообщение на указанный номер было перенаправлено техническими мощностями ООО «ОСК» на основании договора № «...» от 01.12.2013г., заключенного нашей компанией с ООО «Девино Телеком» (далее - Клиент), в соответствии с которым Клиенту предоставлена услуга использования программного обеспечения ООО «ОСК» для отправки sms-сообщений своим клиентам.

ООО «ОСК» оказывает своим клиентам услугу по предоставлению доступа к программному обеспечению ООО «ОСК», обеспечивающему доставку sms-сообщений адресатам клиентов, и право использования программного обеспечения по его функциональному назначению. В соответствии с договором, формирование и отправка sms-сообщений осуществляется клиентами самостоятельно, без согласования с нашим обществом текстов и адресатов направляемых сообщений. При этом ООО «ОСК» не имеет технической возможности каким-либо образом формировать, дополнять, обрабатывать поступающие от клиента sms-сообщения. Программное обеспечение ООО «ОСК» лишь осуществляет передачу текста sms-сообщения и номера адресата сообщения на оборудование оператора связи; указанная передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны ООО «ОСК».

При этом в соответствии с условиями Договора клиент обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой получатель предварительно отказался. В случае если текст рассылаемых с помощью программного обеспечения ООО «ОСК» сообщений, может быть признан рекламой, рекламораспространителем в этом случае будет являться клиент как лицо, осуществляющее распространение рекламы.

ООО «ОСК» не обладает достоверными сведениями о факте получения ООО «Девино Телеком» согласия абонентов операторов сотовой связи, которым ООО

«Девино Телеком» направляет информацию посредством sms- сообщений.

ООО «Девино Телеком» в своих пояснениях (вх. № 13127 от 03.12.2014 г.) указывает, Рекламораспространителем указанных SMS-сообщений является ООО «Комтерра», зарегистрированное по адресу 460050, Оренбургская обл, Оренбург г, Новая ул, дом № 23, кв.117, ОГРН 1135658010245, ИНН 5611067833.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет ООО «Комтерра» техническую возможность отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора № «...» от 24 июля 2013 г. и Дополнительного соглашения №

от 24 июля 2013 г. (копию договора прилагаем).

На основании п. 3.3.1. указанного Дополнительного соглашения ООО «Комтерра» (далее - Заказчик) обязан соблюдать требования законодательства РФ, в том числе закона «О рекламе».

На основании п. 3.3.2. Дополнительного Соглашения Заказчик обязан получить от Абонента письменное согласие на получение SMS-сообщений.

На основании п. 3.3.3. и п. 3.3.4. Ответственность за содержание SMS-сообщений, за присваиваемый адрес отправителя, используемые номера Абонентов для отправки SMS- сообщений несет Заказчик.

Описание процесса отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform», принадлежащую ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»:

- Заказчику предоставляется Личный кабинет в программе для ЭВМ «DEVINO Platform». Заказчик авторизуется в Личном кабинете путем ввода логина и пароля;
- в Личном кабинете Заказчик загружает в адресную книгу список телефонов для последующей отправки SMS-сообщений;
- в Личном кабинете Заказчик формирует текст SMS-сообщения;
- в Личном кабинете Заказчик формирует отправку SMS-сообщений по заданным абонентам.

Таким образом, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» не участвует в формировании текста SMS-сообщений и списка получателей для последующей рассылки, не ведет собственную базу номеров получателей.

ООО «Комтерра» осуществляет формирование базы абонентов, получает письменные согласия абонентов, формирует тексты сообщений и делает рассылку самостоятельно.

В свою очередь, ООО «Комтерра» представило документы и сведения (вх. № 645 э от 09.02.2015 г.) в соответствии с которыми отправителем рассматриваемой рекламы является индивидуальный предприниматель Венгер Е.В. («...»).

Между ИП Венгер Е.В. и ООО «Комтерра» заключен договор на оказание услуг по предоставлению ИП Венгер Е.В. технической возможности создавать и отправлять третьим лицам sms-сообщения. В рамках указанного договора ООО «Комтерра»

только технически маршрутизирует смс - сообщения по заданным данным. ООО «Комтерра» не видит текст пересылаемых смс - сообщений. По условиям договора (п. 3.1.3.) ИП Венгер Е.В. обязана самостоятельно определять третьих лиц, получить письменное согласие третьих лиц на получение SMS-сообщений, не допускать автоматической рассылки (применение средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека), а так же в соответствии с п. 5.1. несет ответственность за незаконное распространение смс-сообщений.

Номера абонентов «...», «...» включены стоп-лист, как номера абонентов, отказавшихся от получения смс-сообщений, что не позволит в дальнейшем транслировать SMS-сообщения данным абонентам через платформу ООО «Комтерра».

Таким образом, с учетом изложенного рекламодателем рассматриваемых смс-сообщений заявителем, является ИП Венгер Е.В.

На рассмотрение дела Комиссией Новосибирского УФАС России представитель ИП Венгер Е.В. не явился. Отзыв не представил.

С учетом изложенного, Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к выводу о нецелесообразности выдачи предписания об устранении нарушения законодательства РФ о рекламе в связи с его добровольным устранением нарушением.

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:

1) 24.04.2014 г. в 12:40 на телефонный номер заявителя «...» с использованием смс-центра 79168960390 от абонента с буквенным идентификатором «MAXSIMILIANS» следующего содержания:

«Сегодня 20:00 группа Ленинград т. 2588884...»;

2) 29.04.2014 г. в 15:06 на телефонный номер заявителя «...» с использованием смс-центра +79168960390 от абонента с буквенным идентификатором «MAXSIMILIANS» следующего содержания:

«10 мая 20:00 Ева Польна. Билеты от 1100 р. т. 2858884...», ненадлежащей рекламой,

а Индивидуального предпринимателя Венгер Е.В. («...») нарушившей 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 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.

2. Не выдавать ИП Венгер Е.В. 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.