РЕШЕНИЕ

24 сентября 2012 г.

г. Новосибирск

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

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

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

Е.А. Скоп – специалист-эксперт отдела рекламы,

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

рассмотрев дело № 67, 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: 10.04.2012г. в 12-49 на телефонный номер заявителя «...» и 10.04.2012г. в 12-22 на телефонный номер заявителя «...» с номера 355-10-10 поступили sms-сообщения следующего содержания: «Уважаемые клиенты! Мы значительно снизили цены! Подробности - 3551010», а также 11.04.2012г. в 16-36 на телефонный номер заявителя «...» и 11.04.2012г. в 17-57 на телефонный номер заявителя «...» с номера 201-11-11 поступили sms-сообщения следующего содержания: «Новое такси за полцены! Рассчитайте экономию. Телефон 201-11-11», 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 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 присутствии представителей:

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

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – директор ООО «Гранд Авто», «...»

заинтересованного лица – ООО «Дексофт» - не явился (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

21 мая 2012г. в Новосибирское УФАС России поступило заявление <...> по факту распространения в апреле 2012г. рекламы услуг такси посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

По данному факту Новосибирским УФАС России установлено следующее.

10.04.2012г. в 12-49 (согласно детализации) на телефонный номер заявителя «...» и 10.04.2012г. в 12-22 (согласно детализации) на телефонный номер заявителя «...» с номера 355-10-10 поступили sms-сообщения следующего содержания: «Уважаемые клиенты! Мы значительно снизили цены! Подробности - 3551010».

11.04.2012г. в 16-36 (согласно детализации) на телефонный номер заявителя «...» и 11.04.2012г. в 17-57 (согласно детализации) на телефонный номер заявителя «...» с номера 201-11-11 поступили sms-сообщения следующего содержания: «Новое такси за полцены! Рассчитайте экономию. Телефон 201-11-11».

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 излучение, 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 Закона 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 № 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.

Поскольку информация, содержащаяся в рассматриваемых SMS-сообщениях направлена 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 Законом о рекламе, она 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, им не давалось согласие на получение рассматриваемой рекламы. Следовательно, данная реклама указывает на нарушение ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе».

Ответственность за несоблюдение требований ч.1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель (ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе»), т.е. 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, sms-сообщение: «Уважаемые клиенты! Мы значительно снизили цены! Подробности - 3551010» отправлено с номера 355-10-10, sms-сообщение: «Новое такси за полцены! Рассчитайте экономию. Телефон 201-11-11», - с номера 201-11-11.

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).

Абонентский номер <...> -11-11 также предоставлен ООО «Гранд Авто» (адрес: 630033, г.Новосибирск, ул.Обогатительная, 6; ИНН 5409110971) на основании Договора № 46603 об оказании услуг электросвязи юридическому лицу от 16.11.2010г., приложения от 27.03.2012г. к Договору № 46603 от 16.11.2010г.

Согласно детализации предоставленных заявителю услуг связи, рассматриваемые sms-сообщения отправлены с использованием GT-кода, выделенного Федеральным агентством связи ОАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем» (ОАО «СМАРТС»).

При этом, как следует из представленных ОАО «СМАРТС» документов (вх.№ 5725 от 16.07.12), сообщение было отправлено ООО «СМС-Центр» на основании договора № 01-02-04-01-341 от 15.03.2012г.

В рамках предоставления услуг по договору № 01-02-04-01-341 от 15.03.2012г., ОАО «СМАРТС» организывает доступ партнеру к оборудованию СМС-центра по smpp-протоколу, далее информационную смс-рассылку осуществляет Заказчик (ООО «СМС-центр») с помощью своего программного комплекса по собственной абонентской базе. Акт № 1351 от 30.04.2012г. за услуги по договору № 01-02-04-01-341 (техническое обеспечение передачи sms-сообщений) за апрель 2012г. сторонами – ОАО «СМАРТС» и ООО «СМС-центр» - подписан.

Из представленных ООО «СМС-центр» пояснений и документов (вх.№ 7485 от 11.09.2012г.) следует, что инициатором указанной смс-рассылки является ООО «Гранд Авто» на основании договора, заключенного с ООО «Дексофт», чью техническую платформу использует ООО «СМС-центр».

Согласно п. 2.1 Договора оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г., заключенного между ООО «Дексофт» (Исполнитель) и ООО «Гранд Авто» (Заказчик), Исполнитель оказывает Заказчику следующие услуги: отправку и доставку смс-сообщений на мобильные терминалы абонентов, прием смс-сообщений с мобильных терминалов абонентов через сервис SMSC.RU в соответствии с Правилами предоставления услуг (Приложение № 1 к Договору), действующими тарифами исполнителя и на основании лицензии.

В соответствии с п. 3.1 Договора оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г., Исполнитель обязан:

- п. 3.1.1. Оказать Заказчику услуги в соответствии с Правилами предоставления услуг (Приложение № 1 к Договору) и действующими тарифами;
- п. 3.1.3. Обеспечить круглосуточную ежедневную работоспособность Сервиса smsc.ru в течение срока действия договора;
- п.3.1.4. Обеспечить Заказчику доступ к его Личному кабинету посредством предоставления логина и пароля;
- п. 3.1.5. Отображать в Личном кабинете Заказчика информацию о зачисленных платежах, состоянии Электронного счета, статусе каждого переданного смс-

сообщения, и другие данные в рамках оказания услуг по Договору.

Из п. 1.1 Договора оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г. следует, что сервис SMSC.RU представляет собой совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих исполнителю и позволяющих обрабатывать смс-сообщения: хранить их до момента отправки, доставлять на мобильные терминалы абонентов, получать с мобильных терминалов абонентов, вести учет и статистику по исходящим и входящим смс-сообщениям.

«Личный кабинет» - многофункциональный вэб-интерфейс Заказчика в Сервисе SMSC.RU, находящийся по адресу <http://smsc.ru>, доступ в который осуществляется после авторизации – ввода логина и пароля. В личном кабинете Заказчик выполняет отправку или получение смс-сообщений, просматривает статистику, отслеживает состояние Электронного счета и пр. (п. 1.2 Договора оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г.).

Обязанность в получении от абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщения, согласия на получение таких смс-сообщений, возложена на Заказчика (п. 3.2.3 Договора оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г.). Адрес отправителя, т.е. цифробуквенную подпись, при отправке смс-сообщения на мобильный терминал абонента присваивает Заказчик (п. 1.8 Договора оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г.).

Таким образом, ответственность за содержание смс-сообщений и присваиваемый адрес отправителя несет сам Заказчик. В рамках Договора Исполнитель обеспечивает отправку смс-сообщений через сервис SMSC.RU в их неизменном содержании и объеме, в связи с этим ответственность за включения в смс-сообщения сведений и данных, противоречащих законодательству РФ, возлагается на Заказчика (п.6.4 Договора оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г.).

Заказчик инициирует оказание услуг путем передачи команды на отправку СМС-сообщений через WEB-интерфейс Личного кабинета либо через протоколы передачи данных: SMTP (электронная почта), HTTP, HTTPS (SSL), SMPP (п. 5 Правил предоставления услуг Приложения № 1 Договора оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г.).

Таким образом, из содержания Договора следует, что рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Гранд Авто».

При рассмотрении дела, директор ООО «Гранд Авто» не согласился с тем, что данное общество является рекламодателем рассматриваемой рекламы, ссылаясь на предмет Договора оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г., одновременно пояснив, что рассылка смс-сообщений осуществляется только клиентам ООО «Гранд Авто», воспользовавшимся услугами такси данного юридического лица и заключившим договор публичной оферты. Так, согласно Договору оферты о предоставлении услуг пассажирских перевозок легковым транспортом от 22.07.2011г., размещенному на официальном сайте, компания «Гранд Авто» имеет право информировать клиента о новостях, акциях, изменениях условий оказания услуг и прочих существенных условий, любым доступным способом, включая направление клиенту смс-сообщения. Заявитель по настоящему делу является постоянным клиентом ООО «Гранд Авто» и

неоднократно пользовался услугами компании, что подтверждается выдержкой из архива заказов.

Доводы ООО «Гранд Авто» Комиссией не приняты, поскольку противоречат обстоятельствам, установленным материалами дела, и содержанию прав и обязанностей, определяемых сторонами в Договоре оказания услуг № 301714 от 06.04.2012г.

Заключение договора публичной оферты о предоставлении услуг пассажирских перевозок легковым транспортом не может быть признано надлежащим доказательством согласия абонента на получение рекламных смс-сообщений, поскольку закрепляет право ООО «Гранд Авто» на информирование клиентов о существенных условиях предоставления услуг пассажирских перевозок легковым транспортом, а не согласие абонентов (клиентов) на получение рекламных смс-сообщений.

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: «Уважаемые клиенты! Мы значительно снизили цены! Подробности - 3551010», распространявшуюся 10.04.2012г. в 12-49 и в 12-22, а также информацию: «Новое такси за полцены! Рассчитайте экономию. Телефон 201-11-11», распространявшуюся 11.04.2012г. в 16-36 и в 17-57 в г.Новосибирске, с использованием подвижной радиотелефонной связи, ненадлежащей рекламой,

а ООО «Гранд Авто» (ОГРН 1025403870711; 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 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 «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 «05» октября 2012 г.

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

Председатель Комиссии
Лопаткина

_____ Т.В.

Члены Комиссии

_____ И.Р. Носкова

_____ Е.А. Скоп

_____ Д.А. Былина

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

05 октября 2012 г.

г. Новосибирск

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

председатель Комиссии: заместитель руководителя управления - начальника отдела рекламы Т.В. Лопаткина,

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

Е.А.Скоп – специалист-эксперт отдела рекламы;

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

на основании своего решения от 05 октября 2012 г. по делу № 67 о признании

ненадлежащей рекламы: «Уважаемые клиенты! Мы значительно снизили цены! Подробности - 3551010», распространявшейся 10.04.2012г., а также рекламы: «Новое такси за полцены! Рассчитайте экономию. Телефон 201-11-11», распространявшейся 11.04.2012г. 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. 6) 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: «Уважаемые клиенты! Мы значительно снизили цены! Подробности - 3551010», «Новое такси за полцены! Рассчитайте экономию. Телефон 201-11-11».

2. ООО «Гранд Авто» представить в Новосибирское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 19 октября 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
Лопаткина

_____ Т.В.

Члены Комиссии

_____ И.Р. Носкова

_____ Е.А. Скоп

_____ Д.А. Былина