

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА №125/16

«09» февраля 2017г.

г. Новосибирск

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

председатель Комиссии: И.В. Волохина – заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы,

члены Комиссии: Е.А. Скоп – главный специалист-эксперт отдела рекламы,

М.О. Хрипченко - специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело № 125/16, по факту распространения смс-сообщения рекламного характера на телефонный номер заявителя +7<...>7513 следующего содержания: «Еще больше скидок в ЕССО: финальная распродажа! Подробно ecco-shoes.ru», через sms-центр: +7<..>03-90, 30.12.2015г. в 14:22 часов (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «STOHunter»), без получения предварительного согласия, с признаками нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»), согласно которой распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использованной телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получения рекламы,

в отсутствии представителей:

- заявителя – абонент номера +7<...>7513 (не явился, уведомлен надлежащим образом);

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «ЭККО-РОС» (не явился, сведения о надлежащем уведомлении лица имеются в материалах дела);

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление физического лица (вх. № 4247 э от 12.09.2016г.), по факту распространения смс-сообщения рекламного характера на телефонный номер заявителя +7<...>7513 посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, с признаками нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Новосибирским УФАС России в ходе рассмотрения указанного обращения установлено следующее.

На телефонный номер заявителя поступило смс-сообщение следующего содержания:

ЕССО

Sms-центр: +7<..>004

Дата и время: 04.08.2016 20:17

Текст: «Еще больше скидок в ЕССО: финальная распродажа! Подробно esso-shoes.ru».

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.

Поскольку рассматриваемая информация обладает всеми указанными выше признаками, она является рекламной.

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 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 Выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, SMS-центр + 7<...>004 закреплен за оператором связи – ООО «Т2Мобайл».

На запрос антимонопольного органа (исх. № 06-10148 от 11.10.2016 г.) ООО «Т2Мобайл» представило пояснения (вх. № 9752 от 27.10.2016 г.), согласно которым по результатам проверки Обществом установлено, что 04.08.2016 г. в 11:48 ч. (UTC +3 Московское время) на номер абонента+.... смс-сообщение от отправителя «ЕССО» через смс-центр ...

номер <...> входящий в ресурс нумерации ООО «Т2 Мобайл», принадлежит технологическому смс-центру Tele2. В технической детализации звонков абонентов-получателей смс-сообщений может отображаться указанный номер <...> Данный номер используется исключительно для установления взаимодействия оборудования по сигнализации.

04.08.2016г. в 11:48ч. рассылку смс-сообщения абоненту +7<...>7513 через смс-

центр нашей компании осуществляла компания ООО «СМС Трафик», с которой заключен Договор № 225/SMS-BULK от 01.06.2015 г.

Согласно пункту 3.2.8 указанного Договора, ООО «СМС Трафик» обязуется инициировать смс-рассылки с соответствующим сервисом только в отношении тех абонентов Исполнителей, которые выразили ООО «СМС Трафик» или его клиентам свое согласие на получение такого сервиса, путем совершения действий, однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление. При получении соответствующего требования от любого исполнителя ООО «СМС Трафик» обязуется предоставить подтверждение наличие согласия абонента на получение SMS-MT-сообщений с соответствующим сервисом.

В связи с указанными обстоятельствами ООО «Т2 Мобайл» не может предоставить согласие абонента на получение рекламного смс-сообщения, так как такое согласие должно быть выражено абонентом в адрес ООО «СМС Трафик» или его клиентам.

В соответствии с пунктом 1.19 данного Договора, «сервисы» - информация, в том числе рекламного характера, о товарах, работах или услугах ООО «СМС Трафик» или его клиентов, рассылаемая Исполнителем посредством SMS-MT-сообщений абонентам, выразившим свое предварительное согласие на получение такой информации.

Согласно пунктам 6.1, 6.2, 6.4 указанного Договора, всю ответственность за содержание, достоверность и происхождение сервисов (информации) в SMS-MT-сообщениях несет ООО «СМС Трафик», включая установление лица, в интересах которого осуществляется смс-рассылка. ООО «СМС Трафик» несет ответственность за несоответствие содержания сервисов требованиям законодательства Российской Федерации, в том числе (но, не ограничиваясь перечисленным): Федеральному закону от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Таким образом, ООО «Т2 Мобайл» предоставляет ООО «СМС Трафик» лишь техническое обеспечение, Общество не занимается ни рассылкой, ни производством рекламных смс-сообщений.

Кроме того, ООО «Т2 Мобайл» представило копию договора об оказании услуг связи с абонентом +7<...>7513. В связи с тем, что абонентский номер <...> <...>7513 был переведен по MNP в сеть ООО «Т2 Мобайл», в копии договора об оказании услуг связи с абонентом <...> указан временный номер <...> <...>4853, выделенный абоненту при переходе по MNP. Фактически за абонентом закреплен номер <...> <...>7513.

Также ООО «Т2 Мобайл» представлена детализация услуг связи абонента +7<...>513 за периоды поступления смс-сообщения и распечатка из системы оборудования связи, фиксирующая отправителя смс-сообщения.

Определением о возбуждении дела от 14.11.16г. ООО «СМС Трафик» привлечено в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «СМС Трафик» предоставило в адрес Новосибирского УФАС России

документы (вх.№ 5610э от 05.12.16г., вх.№ 10828 от 06.12.16г., вх.№ 10854 от 07.12.16г.), согласно которым Общество не является рекламодателем по факту отправки 04.08.2016г. в 20:17 на номер <...> <...>75 13 SMS-сообщения следующего содержания: «Еще больше скидок в ЕССО: финальная распродажа! Подробно ecco-shoes.ru». Рекламодателем указанной рекламы является ООО «ЭККО-РОС».

Рассылка совершалась по заказу ООО «ЭККО-РОС» в рамках заключенного с ООО «ЭККО-РОС» договора № 240/11 от 17.06.2011г.

В соответствии с договором № 240/11 от 17.06.2011 года (далее - Договор), заключенным между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ООО «ЭККО-РОС» (Заказчик), Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к Системе, обеспечивающей обработку, отправку Сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и Абонентом. У ООО «СМС Трафик» не было технической и юридической возможности проверять и редактировать сообщения, обрабатываемые Системой, ООО «СМС Трафик» не является рекламодателем

Под Системой в силу Договора понимается принадлежащий Исполнителю комплекс оборудования и программного обеспечения, который позволяет получать, обрабатывать и пропускать в форме различных типов сообщений данные, поступающие от абонента и адресуемые Заказчику, а также в обратном порядке - от Заказчика адресуемые абоненту.

В силу п.3.2.2 указанного Договора, ООО «ЭККО-РОС» обязуется получать письменное или устное согласие абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщений.

Также, ООО «СМС Трафик» представило согласие абонента +7 <...>75 13 от 01.04.2013г. на получение информации о проводимых рекламных акциях ООО «ЭККО-РОС», имя и отчество в котором, не соответствуют персональным данным заявителя.

Определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела от 12.12.16г. ООО «ЭККО-РОС» привлечено к делу в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства.

ООО «ЭККО-РОС» представило в адрес Новосибирского УФАС России сведения (вх. № 165 от 11.01.16г.), согласно которым, 04.08.2016г. ООО «ЭККО-РОС» направило смс-сообщение с текстом: «Еще больше скидок в ЕССО: финальная распродажа! Подробно ecco-shoes.ru» на абонентский номер клиента +7<...>513, предоставившего письменное согласие. Данное SMS-сообщение являлось информированием клиента-держателя «старой» накопительной дисконтной карты о проводимой маркетинговой акции.

Указанное согласие, на получение корреспонденции и информации о проводимых ООО «ЭККО-РОС» и его партнерами рекламными акциями, было получено путем заполнения Анкеты владельца дисконтной карты ЕССО 01.04.2013г. в г. Зеленоград.

Так же Общество сообщило, что 17.11.2016г. после получения запроса от ООО «СМС Трафик» по электронной почте на предоставление согласия абонента

данный абонентский номер был добавлен в стоп-лист, SMS-сообщения на него не отправляются.

Определением об отложении рассмотрения дела от 12.01.2017г. у заявителя были запрошены сведения о том, передавалась ли в пользование сим-карта с абонентским номером +7 <...> 75 13 какому-либо лицу, в период с января 2013г. по декабрь 2016г.

Заявителем были представлены сведения (вх.№338 от 25.01.17., вх№35 от 26.01.17г.) о том, что сим-карта с абонентским номером +7 <...>75 13 была на некоторое время передана в пользование матери заявителя (персональные данные, сообщенные заявителем, совпадают с персональными данными в заполненной анкете ООО «ЭККО-РОС»), в связи с чем, заявитель ходатайствовал о прекращении данного дела.

Таким образом, Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к выводу о том, что нарушение законодательства о рекламе при распространении смс-сообщения с текстом: «Еще больше скидок в ЕССО: финальная распродажа! Подробно ecco-shoes.ru» на абонентский номер <...> <..>7513, отсутствует.

Руководствуясь абз. А пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 125/16 прекратить.