

РЕШЕНИЕ

по делу № 152

05 апреля 2011 года

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушении рекламного законодательства, рассмотрев в рамках «Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее – «Правил»), утв. Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006г. № 508, дело № 152 по признакам нарушения рекламного законодательства, возбужденное по заявлению гражданина (вх. № 01-12446 от 02.11.2010) о доведении до него рекламы компаний «Автобан» и «Автобан-Запад» посредством SMS-сообщений без получения его предварительного согласия на получение рекламы,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 152 по признакам нарушения рекламного законодательства было возбуждено в отношении ООО «Автобан», ООО «Автобан-Запад» определением от 17.11.2010 на основании заявления гражданина о ненадлежащей рекламе. Определением от 17.11.2010 рассмотрение дела было назначено на 16.12.2010 и неоднократно

ОТКЛАДЫВАЛОСЬ В СВЯЗИ С НЕОБХОДИМОСТЬЮ ПОЛУЧЕНИЯ ДОПОЛНИТЕЛЬНОЙ ИНФОРМАЦИИ: определением от 16.12.2010 -на 22.02.2011, определением от 22.02.2011 - на 05.04.2011.

Заявитель указывает:

При оформлении заказа на ремонтные работы в автосервисе компании «Автобан-Запад» по адресу г. Екатеринбург, ул. Metallургов, 67 заявитель указал менеджеру компании свой номер телефона (+7-912-288-77-15). При этом, прежде чем сообщить номер телефона, он уточнил у менеджера информацию о том, будет ли на указанный номер приходить рекламная информация, на что был получен ответ о том, что никакой рекламы приходить не будет, более того, менеджер указал, что номер телефона не сохраняется в компании и нужен будет только для того, чтобы сообщить заявителю о готовности автомобиля после проведения ремонтных работ его автомобиля.

Владельцем данного телефонного номера (абонентом по договору с оператором связи), указывает заявитель, является его жена.

Однако, как указывает заявитель, спустя некоторое время, на абонентский номер <...> -912-288-77-15) стали поступать рекламные SMS-сообщения с именем отправителя «АВТОБАН», письменного согласия на получение которых ни заявитель, ни его жена не давали:

В частности, 18.02.2010, 02.04.2010, а также 03.06.2010 на его абонентский номер поступили рекламные SMS-сообщения от ООО «Автобан» и ООО «Автобан-Запад»,

- сообщение, поступившее 18.02.2010 в 14 час. 19 мин.:

«Внимание! Daewoo Nexia и Matiz теперь Вы можете приобрести и в «Автобан-Запад»! г. Екатеринбург, ул. Metallургов, 67, тел (343)231-77-77»,

- сообщение, поступившее 02.04.2010 в 17 час. 41 мин.:

«Спецпредложение на шиномонтаж:

R 14-930р,

R 15- 16- 1090р,

R 17- 18- 1440р.

Автобан-Запад»:/343/231-77-77,

«Автобан»: /343/216-33-00»

- сообщение, поступившее 03.06.2010 в 13 час. 11 мин.:

«Тормозные колодки 1999 руб с установкой+ 100 спецпредложений на запчасти Chevrolet!

Автобан /343/216-33-00

Автобан-Запад /343/231-77-77».

В связи с чем заявитель обратился в автоцентр «Автобан-Запад» и потребовал исключить указанный им абонентский номер из рассылки рекламных SMS-сообщений, сославшись на то, что не давал согласия на получение рекламных SMS-сообщений. Сотрудница компании «Автобан-Запад» сообщила заявителю о том, что его номер удален из базы данных и больше на его номер рекламная информация поступать не будет, однако реклама продолжала распространяться и далее:

В частности, при рассмотрении дела заявитель сообщил, что на указанный им в заявлении абонентский номер вновь поступили SMS-сообщения с текстового номера «АВТОВАН».

- сообщение, поступившее 22.10.2010 в 17 час. 34 мин.:

«Спецпредложение на шины:

R 14-930р,

R 15- 16- 1090р,

R 17- 18- 1440р.

Автобан-Запад»:/343/231-77-77,

«Автобан»: /343/216-33-00»

- сообщение, поступившее 01.11.2010 в 12 час. 20 мин.:

«Новый дилер Volkswagen-«Автобан-Запад-Плюс»! Продажа а/м, сервис, запчасти, trade-in. г. Екатеринбург, Металлургов 67, тел (343) 2390000».

Заявитель считает, что в действиях ООО «Автобан» и ООО «Автобан-Запад» содержатся признаки ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» и просит привлечь указанных лиц к предусмотренной ответственности.

ООО «Автобан», ООО «Автобан-Запад» не признают в своих действиях нарушения рекламного законодательства: указывая:

ООО «Автобан» не осуществляет распространение рекламы посредством SMS-сообщений, в том числе, данная организация не направляла рекламные SMS-сообщения в адрес заявителя. Доступ к буквенному номер «АВТОВАН» у ООО «Автобан» отсутствует.

Буквенный телефонный номер «АВТОВАН» закреплен за ООО «Автобан-Запад» (договор от 29.05.2009 с ООО «Моби Сервис»). Данный номер приобретен ООО «Автобан-Запад» для корпоративных нужд, доступ к нему имеют только сотрудники ООО «Автобан-Запад», соответственно, использует его только данное юридическое лицо.

ООО «Автобан-Запад» указало, что в период распространения рассматриваемых рекламных сообщений им действительно проводились указанные в рекламных SMS-сообщениях акции. При этом представитель ответчиков затруднилась указать, каким образом в рассматриваемые сообщения попала информация об акциях ООО «Автобан», сославшись на отсутствие договора между этими двумя организациями.

В ООО «Автобан-Запад» существует база данных, в которой содержатся, в том числе, абонентские номера граждан, которые когда-либо обращались к указанной организации за оказанием ремонтных услуг, а также за покупкой автомобиля. К базе имеют доступ сотрудники отдела продаж и ремонта, а также отдела информационных технологий ООО «Автобан-Запад».

Как указывает ответчик, в ООО «Автобан-Запад» действует отдел информационных технологий, который осуществляет рассылку рекламных SMS-сообщений в адрес граждан, от которых получено согласие на отправку сообщений рекламного характера. Данный отдел включает в себя 6 сотрудников, среди которых начальником данного отдела были назначены два сотрудника, занимающиеся рассылкой сообщений рекламного характера, однако в конце весны 2010 года указанные сотрудники уволились из ООО «Автобан-Запад». В период с конца весны 2010 года по день рассмотрения настоящего дела сотрудник для осуществления рассылки рекламных SMS-сообщений так и не назначен. После увольнения из ООО «Автобан-Запад» сотрудников, отвечающих за рассылку рекламных SMS-сообщений, содержание подлежащих рассылке сообщений определялось директором компании.

В результате проведенной проверки ООО «Автобан-Запад» выявлено лицо, отправившее рассматриваемые рекламные SMS-сообщения в адрес заявителя. Данным лицом является сотрудник отдела информационных технологий ООО «Автобан-Запад» Д.В. Дудников, который занимается ремонтом компьютеров и баз данных указанного юридического лица. Д.В. Дудников, сообщает ООО «Автобан-Запад», признался, в том, что в помощь своим коллегам он осуществлял распространение вышеуказанной рекламы без согласования с руководством компании, самостоятельно определял содержание рекламных сообщений. При этом ООО «Автобан-Запад» не смогло пояснить, каким образом сложилась такая ситуация, при которой сотрудник отдела осуществлял рассылку без согласия начальника отдела, директора компании.

В дальнейшем ООО «Автобан – Запад» были представлены приказы генерального директора общества о проведении информационных смс-рассылок сообщений лицам, являющимся клиентами автосалона, о подготовке текстов информационной рассылке по акциям, поручения Д.В. Дудникову осуществления рассылок.

ООО «Автобан – Запад» отмечает: в его адрес не поступали заявления П.А. Мелехова об исключении его номера из рассылки рекламных SMS-сообщений данного юридического лица.

При этом, по мнению ООО «Автобан – Запад», направленная заявителю посредством смс-сообщений информация не подпадает под определение рекламы в соответствии с действующим законодательством, так как информация, передаваемая посредством смс-сообщений, направляется конкретным лицам, которые являются клиентами автосалона (покупатели, заказчики (ремонтные работы и ТО). Таким образом, круг лиц, которым направляются смс-сообщения, при направлении информации является определенным - рассылка направлена конкретным получателям, а не неопределенному кругу лиц.

Таким образом, действия ООО «Автобан-Запад», по мнению ответчика, не подпадают под нарушение ч. 1. ст. 18 ФЗ «О рекламе», так как данная информационная рассылка не является рекламой.

Кроме этого, отмечает ответчик, в соответствии с письмом Минфина России от 24.04.2006 №03-03-04/1/390 для целей налогообложения, расходы на рекламные материалы, распространяемые путем рассылки по базе потенциальных клиентов, не учитываются при налогообложении прибыли, следовательно, данные рассылки к рекламе не относятся. Такая рассылка не отвечает понятию рекламы, поскольку направлена конкретным получателям, а не неопределенному кругу лиц.

Рассмотрев представленные материалы, заслушав доводы и возражения сторон, Комиссия приходит к следующим выводам:

Целями ФЗ «О рекламе» являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы

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. Объект рекламирования - 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 – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

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.

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 (Письмо ФАС РФ от 5 апреля 2007 г. N АЦ/4624).

В содержании распространенной ООО «Автобан-Запад» информации отсутствуют сведения, указывающие на конкретное физическое либо юридическое лицо, до которого информация доведена (распространена) и на восприятие которого непосредственно направлена. Таким образом, распространенная информация по своему содержанию, не позволяя определить круг лиц (перечень физических либо юридических лиц) - ее получателей, является неперсонифицированной.

Тот факт, что информация о проводимых обществом акциях, предлагаемых им товарах, (работах услугах) была распространена среди лиц, внесенных в клиентскую базу ООО «Автобан-Запад» (в том числе была доведена до Мелехова П.А.), не делает информацию адресованной определенному кругу лиц, поскольку предназначенность информации некому лицу (лицам) определяется ее содержанием, а распространение рекламы посредством сетей электросвязи объективно предполагает получение ее абонентом – пользователем услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Доведенная ООО «Автобан-Запад» 18.02.2010, 02.04.2010, 03.06.2010, 22.10.2010, 01.11.2010 до заявителя и иных своих клиентах информация сообщала о предложении данным юридическим лицом товаров (работ, услуг, в том числе о спецпредложениях), была направлена на привлечение внимания к предлагаемым обществом товарам (работам услугам): Daewoo Nexia, Matiz, Volkswagen, шиномонтаж, шины, а/м, сервис, запчасти, trade-in, тормозные колодки, запчасти Chevrolet, на формирование и поддержание интереса к обществу и его товарам (работам, услугам) и на их продвижение на рынке.

При этом все потребители, до сведения которых была доведена данная информация о предлагаемой банком услуге, могли по своему усмотрению воспользоваться либо не воспользоваться предлагаемой услугой, приобрести либо не приобрести товар.

Поскольку распространенная информация сообщает неопределенному кругу клиентов ООО «Автобан-Запад» о новых предложениях данного хоз. субъекта, постольку указанная информация имеет все признаки рекламы: распространена по сетям электросвязи посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме sms-сообщения, адресована неопределенному кругу лиц - клиентов ООО «Автобан-Запад», которые поименно в самих текстах сообщений не указаны, направлена на привлечение внимания к ООО «Автобан-Запад» и предлагаемым им товарам (работам, услугам), на формирование или поддержание интереса к ним и их продвижение на рынке.

При этом рассматриваемая реклама была распространена посредством sms-сообщений среди клиентов, сведения о которых были включены в базу данных, без согласия абонентов на получение рекламы.

Таким образом, распространенная 18.02.2010, 02.04.2010, 03.06.2010, 22.10.2010, 01.11.2010 реклама, направленная на абонентские номера, включенные в клиентскую базу данных ООО «Автобан – Запад» (в том числе на номер <...> -912-288-77-15, абонентом которого является жена заявителя), была распространена без предварительного согласия абонентов на получение рекламы- с нарушением ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе».

Ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Ответственность за нарушение требований ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», согласно ст.38 данного закона, возлагается на рекламораспространителя.

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

Согласно договору от 29.05.2009 № 222 между ООО «Моби-сервис» (исполнитель) и ООО «Автобан-Запад» (заказчик) последнему оказываются услуги по подключению к технической базе ООО «Моби-сервис» (к аппаратно – программному комплексу, используемому для технического обеспечения предоставления контент-услуг абонентам), по обеспечению непрерывного круглосуточного доступа к указанной технической базе. При этом ООО «Автобан-Запад» выделяется сервисный номер <...> предназначенный для предоставления абонентам доступа к контент-услуге заказчика (услуге по доставке абоненту информации на его мобильный терминал).

Во исполнение указанного договора и согласно приложениям к нему ООО «Автобан-Запад» выделен буквенный номер «Avtoban».

Осуществление рассылки смс-сообщений осуществляется структурным подразделением ООО «Автобан-Запад».

Рекламораспространителем рекламы является ООО «Автобан-Запад».

Вместе с тем, причастность ООО «Автобан» к рассылке вышеуказанной рекламы посредством SMS-сообщений материалами дела не подтверждается.

В соответствии с п.7 ч.2 ст.33 ФЗ «О рекламе» Антимонопольный орган вправе применять меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях;

Согласно п.1 ч.1 ст.28.1.КоАП РФ поводом к возбуждению дела об административном правонарушении является, в том числе, непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения;

Частью 1 ст.14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность за

нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, а именно: наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

На основании изложенного, руководствуясь ст. ст. 33 – 36 ФЗ «О рекламе», в соответствии с п. 37 – 42 «Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по нарушениям законодательства Российской Федерации о рекламе», утв. Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006г. № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать распространенную ООО «Автобан-Запад» 18.02.2010, 02.04.2010, 03.06.2010, 22.10.2010, 01.11.2010 рекламу ненадлежащей - нарушающей требования ч.1 ст.18 ФЗ от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», поскольку реклама распространена по сетям электросвязи без предварительного согласия абонентов на ее получение.

2. Выдать ООО «Автобан-Запад» предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства.

3. Производство по делу в отношении ООО «Автобан» прекратить в связи с непричастностью данного лица к распространению ненадлежащей рекламы.