

РЕШЕНИЕ

29 апреля 2014 года

г. Пенза, ул. Урицкого, 127

Резолютивная часть решения объявлена 25 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 № 3-01/15-2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения Обществом с ограниченной ответственностью «НКС» (392000 г. Тамбов, ул. Мичуринская, 215; ИНН ; далее – ООО «НКС») рекламных смс-сообщений следующего содержания:

- «Лучшая цена! ЕвроВагонка от 351 руб/упак., т.:21229, www.строймания.com». Дата и время поступления сообщения: 01.11.2013 в 12:02.

- «Распродажа «кирпич и блоки» от 12 р/шт., 8(49636)21229, www.строймания.com». Дата и время поступления сообщения: 27.11.2013 в 10:36.

- «Спешите!!! Краска со скидкой 10% тел.:8(, www.строймания.com». Дата и время поступления сообщения: 10.12.2013 в 12:07,

содержащих признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

- в отсутствие представителя ООО «НКС» (в материалах дела имеются доказательства надлежащего извещения ООО «Информатор» о месте и времени рассмотрения дела № 3-01/15-2014),

УСТАНОВИЛА:

В Пензенское УФАС поступило обращение абонента ОАО «Мегафон» (г.Москва) К<...>, перенаправленное 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:

- «Лучшая цена! ЕвроВагонка от 351 руб/упак., т.:21229, www.строймания.com». Дата и время поступления сообщения: 01.11.2013 в 12:02.

- «Распродажа «кирпич и блоки» от 12 р/шт., 8(49636)21229, www.строймания.com».

Дата и время поступления сообщения: 27.11.2013 в 10:36.

- «Спешите!!! Краска со скидкой 10% тел.:8 www.строймания.com». Дата и время поступления сообщения: 10.12.2013 в 12:07.

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 14.03.2014 по факту распространения смс-сообщений возбуждено дело № 3-01/15-2014 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе». Рассмотрение дела назначено на 25.04.2014. К участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечено ООО «НКС».

На рассмотрение дела 25.04.2014 представитель ООО «НКС» не явился, в письменных пояснениях по делу (вх. от 26.03.2014 № 1035) общество сообщило, что является компанией, которая предоставляет организациям, индивидуальным предпринимателям и физическим лицам доступ к сервису по отправке различного рода смс-сообщений. Согласно условиям Договора-оферты рассылка смс производится через специальный программный комплекс. У компании «НКС» создан свой сайт, на котором регистрируются все клиенты. В момент регистрации Пользователь подтверждает согласие с условиями договора- оферты и подтверждает свой номер мобильного телефона кодом активации, высланным на его номер <...> После регистрации каждый клиент получает доступ в «Личный кабинет», зайдя в который, он может формировать тексты смс-сообщений и осуществлять рассылку по своей клиентской базе. Вход в «Личный кабинет» возможен только по индивидуальным паролю и логину, которые известны только самому клиенту. Каждый клиент осуществляет рассылку по собственной клиентской базе, наполнением которой ООО «НКС» не занимается.

Изучив представленные документы, Комиссия пришла к следующему выводу:

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

01.11.2013 в 12:02, 27.11.2013 в 10:36, 10.12.2013 в 12:07 на абонентский номер заявителя +7926<...> в сети оператора услуг связи ОАО «Мегафон», поступили смс-сообщения следующего содержания: «Лучшая цена! ЕвроВагонка от 351 руб/упак., т.:21229, www.строймания.com»; «Распродажа «кирпич и блоки» от 12 р/шт., 8(49636)21229, www.строймания.com»; «Спешите!!! Краска со скидкой 10% тел.:8(49636)21229, www.строймания.com».

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 неопределенным 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: «Лучшая цена! ЕвроВагонка от 351 руб/упак., т.:21229, www.строймания.com»; «Распродажа «кирпич и блоки» от 12 р/шт., 8(49636)21229, www.строймания.com»; «Спешите!!! Краска со скидкой 10% тел.:8(49, www.строймания.com», 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 рекламораспространителя.

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 через СМС-центр +79029900003 ЗАО «Енисейтелеком».

Пензенским УФАС России в адрес ЗАО «Енисейтелеком» направлен запрос (исх. от 13.12.2013 № 3321-3; от 14.01.2014 №46-3) о предоставлении сведений относительно абонента телефонного номера, с которого отправлено вышеупомянутое рекламное сообщение. Согласно ответу ЗАО «Енисейтелеком» (вх. от 16.01.2014 №120; от 03.02.2014 №347) следует, что отправителем рассматриваемых смс-сообщений, является ООО «Мобилфон», на основании договора от 30.12.2010 №1546/49 об оказании услуг связи.

Пензенским УФАС России в адрес ООО «Мобилфон» направлен запрос (исх. от 15.01.2014 № 63-3; от 27.01.2014 №242-3) о предоставлении сведений относительно отправления вышеупомянутых рекламных сообщений. Согласно ответу ООО «Мобилфон» (вх. от 10.02.2014 №439; от 24.02.2014 №592) следует, что отправителем рассматриваемых смс-сообщений, является ООО «СМС-Оценка», на основании договора от 17.02.2011 №106/11 на оказании услуг.

Пензенским УФАС России в адрес ООО «СМС-Оценка» направлен запрос (исх. от 31.01.2014 №421-3; от 10.02.2014 №466-3) о предоставлении сведений относительно отправления вышеупомянутых рекламных сообщений. Согласно ответу ООО «СМС-Оценка» (вх. от 21.02.2014 №267; от 28.02.2014 №657) следует, что отправителем рассматриваемых смс-сообщений, является ООО «НКС», на основании договора от 18.01.2010 №80008859902 предоставления услуг.

Согласно пояснениям ООО «НКС» (вх. от 21.03.2014 № 959; от 26.03.2014 №1035), данное общество предоставляет организациям, индивидуальным предпринимателям и физическим лицам доступ к сервису по отправке различного рода смс-сообщений. Согласно условиям Договора-оферты рассылка смс производится через специальный программный комплекс. У компании «НКС» создан свой сайт, на котором регистрируются все клиенты. В момент регистрации Пользователь подтверждает согласие с условиями договора- оферты и подтверждает свой номер мобильного телефона кодом активации, высланным на его номер <...> После регистрации каждый клиент получает доступ в «Личный кабинет», зайдя в который, он может формировать тексты смс-сообщений и осуществлять рассылку по своей клиентской базе. Вход в «Личный кабинет» возможен только по индивидуальным паролю и логину, которые известны только самому клиенту. Каждый клиент осуществляет рассылку по собственной клиентской базе, наполнением которой ООО «НКС» не занимается. ООО «НКС» считает, что оно не является отправителем и изготовителем сообщений, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе. Также ООО «НКС» сообщает, что отправителем смс-сообщений на номер Заявителя является ООО «Строймания» (договор от 06.09.2013 №80008655450/1 предоставления услуг).

Как следует из представленных в материалы дела документов, ООО «НКС» (Исполнитель) 06.09.2013 заключило с ООО «Строймания» (Заказчик) договор №80008655450/1 предоставления услуг и дополнительное соглашение №1 к Договору №80008655450/1.

Предметом указанного договора и соглашения (пункт 2) является предоставление услуг по передаче различного рода информации путем рассылки смс-сообщений

(далее – Услуги). Согласно п. 4.2.2. Исполнитель присваивает Заказчику индивидуальный Login и пароль для предоставления доступа к серверу Исполнителя, далее Заказчик самостоятельно производит отправку смс-сообщений через https-протокол. Согласно п.3.1. Заказчик обязан в обязательном порядке получить от адресата (непосредственно или через Клиента Заказчика), на телефон которого планируется отправка смс-сообщений с информацией Заказчика, письменное согласие на получение таких сообщений, а также согласие адресата на обработку, хранение, передачу его персональных данных. Согласно п. 3.3 Заказчик обязуется использовать Услуги в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим согласие на ее получение. Согласно п.3.5. Исполнитель не несет ответственности за содержание смс-сообщений, рассылаемых Заказчиком с использованием Системы. Согласно п.3.9. Исполнитель вправе проводить периодические выборочные проверки адресов отправителя, и запрашивать у Заказчика документы на право их использования. Согласно п. 3.10. В случае непредставления документов (п.3.9.) Исполнитель вправе запретить использование адреса отправителя Заказчика. Согласно п. 5.5. При поступлении Исполнителю информации о нарушении Заказчиком действующего законодательства, Исполнитель немедленно приостанавливает предоставление Услуг, затем в течение 24 часов уведомляет Заказчика о приостановке Услуг и проводит внутреннее расследование с привлечением Заказчика.

Таким образом, в соответствии с данным договором ООО «НКС» самостоятельно не организывает смс-рассылки, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе. В рамках предоставления услуг по данному договору ООО «НКС» принял на себя обязанности по приему и передаче коротких текстовых сообщений (смс-сообщений) через Систему от клиента к операторам связи.

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

Согласно условиям договора ООО «Строймания» получило доступ к Системе (платформе, являющейся техническим средством связи), посредством которого получило возможность отправки смс-сообщений через Интернет.

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

В части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя 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 рекламодатель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного

согласия абонента.

Материалами дела № 3-01/15-2014 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 «НКС» и ООО «Строймания» 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: - «Лучшая цена! ЕвроВагонка от 351 руб/упак., т.:21229, www.строймания.com»; - «Распродажа «кирпич и блоки» от 12 р/шт., 8(49636)21229, www.строймания.com»; - «Спешите!!! Краска со скидкой 10% тел.:8(49636)21229, www.строймания.com», 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 рекламораспространитель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

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

Таким образом, рекламораспространителем 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 рекламораспространителей – ООО «НКС» и ООО «Строймания».

Каждый из указанных рекламораспространителей 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 «НКС» заключив указанный выше договор тем самым предоставил ООО «Строймания» право беспрепятственно пользоваться возможностью для массовой рассылки смс-сообщений, при этом ООО «НКС» обеспечило техническую возможность рассылки смс-сообщений посредством собственных технических и программных средств.

Кроме того, ООО «НКС» вправе проводить проверки адресов отправителя, и запрашивать у Заказчика документы на право их использования (п.3.9 соглашения) и при выявлении нарушений имеет возможность приостанавливать предоставление Услуг (п. 5.5. договора).

Принимая во внимание совокупность действий всех лиц, участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя, Комиссия считает действия ООО «НКС» и ООО «Строймания» 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 «НКС» и ООО «Строймания» 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: «Лучшая цена! ЕвроВагонка от 351 руб/упак., т.:21229, www.строймания.com»; «Распродажа «кирпич и блоки» от 12 р/шт., 8(49636)21229, www.строймания.com»; «Спешите!!! Краска со скидкой 10% тел.:8(49636)21229, www.строймания.com», распространяемую 01.11.2013 в 12:02, 27.11.2013 в 10:36, 10.12.2013 в 12:07 ООО «Строймания» 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 «НКС» 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 29 апреля 2014 года.

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