ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ВОЗБУЖДЕНИИ ДЕЛА № 124/16 ПО ПРИЗНАКАМ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«14» ноября 2016г. г. Новосибирск

Председатель Комиссии Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе И.В. Волохина – заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы, рассмотрев материалы дела по факту распространения смс-сообщения, без получения предварительного согласия абонента сотовой связи на его получение, с признаками нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закона «О рекламе»),

УСТАНОВИЛ:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление физического лица (вх. № 4246 э от 12.09.2016г.), по факту распространения смс-сообщения рекламного характера на телефонный номер заявителя ... 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:

LEtoile

Sms-центр: +79043490004

Дата и время: 01.09.2016 14:36

Текст: «Удвой радость! Купи один, второй бесплатно!1-30.09.letu.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 являются 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, согласие на получение им рассматриваемой рекламы не давалось.

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, SMS-центр + 79043490004 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 01.09.2016 в 14:36ч. (UTC +3 Московское время) поступило входящее смс-сообщение абоненту ...от отправителя «LEtoile» через смс-центр +79043490004.

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.

01.09.16г. в 14:36 рассылку смс-сообщений абоненту +7<...>7513 от отправителя «LEtoile» через смс-центр нашей компании осуществляла компания ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», с которой заключен Договор № 221/SMS-BULK от 01.06.2015 г.

Согласно пункту 3.2.8 указанного Договора ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» обязуется инициировать смс-рассылки с соответствующим сервисом только в отношении тех абонентов Исполнителей, которые выразили ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» 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 «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» обязуется предоставить подтверждение наличие согласия абонента на получение SMS-MT-сообщений с соответствующим сервисом.

В соответствии с пунктом 1.19 данного Договора «сервисы» - информация, в том числе рекламного характера, о товарах, работах или услугах ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» 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 указанных Договора всю ответственность за содержание, достоверность и происхождение сервисов (информации) в SMS-MT-

сообщениях несет ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», включая установление лица, в интересах которого осуществляется смс-рассылка. ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» 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».

Согласно пояснениям, ООО «Т2 Мобайл» предоставляет ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» лишь техническое обеспечение, и не занимается ни рассылкой, ни производством рекламных смс-сообщений.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162) зарегистрировано по адресу: 109316, г. Москва, Остаповский проезд, д.22, стр.1).

Кроме того, ООО «Т2 Мобайл» представило копию договора об оказании услуг связи с абонентом +7<...>7513. В связи с тем, что абонентский номер +<...>513 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 ....

Также представлена детализация услуг связи абонента +<...>7513 за периоды поступления смс-сообщеня и распечатка из системы оборудования связи, фиксирующая отправителя смс-сообщения.

Таким образом, рекламораспространителем указанной рекламы является ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162) зарегистрировано по адресу: 109316, г. Москва, Остаповский проезд, д.22, стр.1).

На основании п.2 ч.1 ст.33, ч.1,ч.2 ст.36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.20, п.21 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения Федерального закона «О рекламе»,

ОПРЕДЕЛИЛ:

1.Возбудить производство по делу № 124/16 по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе.

2.Признать лицом, участвующим в деле:

заявитель: физическое лицо – абонент номера +7<...>513 <…>;

лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162) зарегистрировано по адресу: 109316, г. Москва, Остаповский проезд, д.22, стр.1).

3. Назначить дело №124/16 к рассмотрению на «13» декабря 2016г. в 11:30часов по адресу г. Новосибирск, ул. Кирова, 3, к. 1007.

4. ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» до «12» декабря 2016 г. представить в адрес Новосибирского УФАС России:

- документы об отправителе указанного смс-сообщения (договоры, акты, платежные документы за оказанные услуги за сентябрь 2016 г., согласованный текст (макет) отправленного сообщения);

- предварительное согласие абонента +7<...>7513 на получение смс-сообщения;

- сведения о прекращении нарушения (в случае, если распространение ненадлежащей рекламы на номер <...> прекращено);

- отзыв на данное Определение.

В соответствии с ч.6 ст.19.8 КоАП РФ, непредставление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган сведений (информации), предусмотренных законодательством о рекламе, а равно представление таких сведений (информации) в неполном объеме или в искаженном виде либо представление недостоверных сведений (информации) -влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двух тысяч до десяти тысяч рублей; на юридических лиц - от двадцати тысяч до двухсот тысяч рублей.

Явка представителя ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, с надлежащим образом оформленной доверенностью на участие в рассмотрении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, обязательна.

В доверенности представителя должна содержаться ссылка на представление интересов в антимонопольном органе (Новосибирском УФАС России) с указанием номера дела, включая право на получение приглашения на составление протокола об административном правонарушении представителя ответчика.