

РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена «12» ноября 2014 г

Решение в полном объеме изготовлено «25» ноября 2014 г.
Новосибирск

г.

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

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

рассмотрев дело N 120/14 возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д.33), по факту распространения:

25.02.2014 г. в 15.31 ч. на телефонный номер заявителя «<...>» с номера смс-центра «<...>» sms-сообщение следующего содержания:

«Коттеджные поселки: газ, свет, вода. От 32тр/сотка. На сайте...»;

25.02.2014 г. в 15.46 ч. на телефонный номер заявителя «<...>» с номера смс-центра «<...>» поступило sms-сообщение следующего содержания:

«Сауна «Релиз» с роскошными бассейнами...», с признаками нарушения:

- ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – 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,

в отсутствии представителей:

заявитель – гражданин <...> - не явились (уведомлены надлежащим образом);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Инкор Девелопмент» - не явился (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление гражданина «...» (вх. № 796э от 26.02.2014 г.) по факту распространения на номер заявителя «<...>» sms-сообщений рекламного характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на признаки нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе».

По данному факту Новосибирским УФАС России проведена проверка. В результате чего установлено следующее.

25.02.2014 г. в 15.31 ч. на телефонный номер заявителя «<...>» с номера «<...>» поступило sms-сообщение следующего содержания:

«Коттеджные поселки: газ, свет, вода. От 32тр/сотка. На сайте...»;

25.02.2014 г. в 15.46 ч. на телефонный номер заявителя «<...>» с номера «<...>» поступило sms-сообщение следующего содержания:

«Сауна «Релиз» с роскошными бассейнами...».

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 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.

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 ответу ЗАО «Ярославль GSM», отправлялась с телефонных номеров, закрепленных за ООО «Девино Телеком» (вх. № 1536э от 02.04.2014 г., № 3602 от 14.04.2014 г.), на основании Договора № «<...>» от 01.10.2012 г..

Согласно договору Оператор предоставляет Провайдеру Услуги по приёму от Провайдера SMS для доставки их на мобильные терминалы Абонентов других сетей транзитом через Сеть Оператора.

Содержание, адрес отправителя, как буквенный, так и числовой, и адресаты SMS-

сообщений определяются Провайдером самостоятельно и направляются программным обеспечением Провайдера посредством обращения через сеть Интернет по SMPP протоколу версии 3.4. к оборудованию Оператора для рассылки. По этой причине, осуществляя роль технического посредника доставки информации абонентам, ЗАО «Ярославль-GSM» не может являться ответственным за выбор адресата, адрес отправителя, программного обеспечения, с помощью которого осуществляется SMS рассылка, и направление SMS-сообщений того или иного содержания Провайдером, так же как и в случае отправки SMS-сообщения любым мобильным абонентом со своего абонентского оборудования. Из вышеперечисленного так же следует, что база данных абонентских номеров формируется непосредственно Провайдером.

Действующее законодательство не предусматривает обязанности для Операторов сотовой подвижной радиотелефонной связи при оказании соответствующих услуг контролировать содержание SMS-сообщений, направляемых посредством их сетей. Данное положение также закреплено п. 4.2. вышеуказанного Договора, в соответствии с которым Оператор не несет ответственности за содержание SMS отправленных Провайдером.

При заключении Договора Оператор и Провайдер, следуя нормам действующего законодательства, в частности, ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», закрепили соответствующую обязанность Провайдера в п. 2.1.5. Договора: «2.1.5. Не использовать выделенные каналы и подключение к оборудованию Оператора для организации Спам (Спам - это рассылка SMS-сообщений рекламного характера, которая осуществлена на Мобильные Терминалы Абонентов без предварительного согласия Абонентов или заведомо вводящая Абонентов в заблуждение относительно характера этих SMS сообщений или их отправителя)», таким образом, Провайдер обязан для отправки SMS-сообщения рекламного характера получить согласие Абонента на ее получение. Абонент также имеет право отказаться от рассылки, сообщив об этом Провайдеру, и последний в указанной ситуации обязан прекратить рассылку в соответствии с Приложением №2 к Договору, заключенному между Оператором и Провайдером. В связи с этим, документы, подтверждающие предварительное согласие Абонентов на получение SMS-сообщений, подлежат представлению ООО «Девино Телеком».

ООО «Девино Телеком» в адрес Новосибирского УФАС России были представлены документы, указывающие на то, что рекламодателем рассматриваемой рекламной информации является ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д.33) на основании Договора оказания услуг № «<...>» от 02.07.2013 г., заключенного между ООО «Инкор Девелопмент» и ООО «Девино Телеком».

Таким образом, рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Инкор Девелопмент».

На рассмотрение дела представитель ООО «Инкор Девелопмент» не явился, отзыв не представил.

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:

Признать информацию:

- распространенную 25.02.2014 г. в 15.31 ч. на телефонный номер заявителя «<...>» с номера смс-центра «<...>» следующего содержания:

«Коттеджные поселки: газ, свет, вода. От 32тр/сотка. На сайте...»;

- распространенную, 25.02.2014 г. в 15.46 ч. на телефонный номер заявителя «<...>» с номера смс-центра + «<...>» поступило следующего содержания:

«Сауна «Релиз» с роскошными бассейнами...», с использованием подвижной радиотелефонной связи, ненадлежащей рекламой,

а ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д.33) 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 «Инкор Девелопмент» 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 может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

25 ноября 2014 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: Е.А. Скоп – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы;

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

на основании своего решения от 25 ноября 2014 г. по делу № 120/14 о признании ненадлежащей рекламы:

- распространенной 25.02.2014 г. в 15.31 ч. на телефонный номер заявителя «<...>» с номера смс-центра «<...>» следующего содержания:

«Коттеджные поселки: газ, свет, вода. От 32тр/сотка. На сайте...»;

- распространенной, 25.02.2014 г. в 15.46 ч. на телефонный номер заявителя «<...>» с номера смс-центра + «<...>» поступило следующего содержания:

«Сауна «Релиз» с роскошными бассейнами...», с использованием подвижной радиотелефонной связи, а ООО «Инкор Девелопмент» 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 «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д.33) 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, указанной выше.

2. ООО «Инкор Девелопмент» представить в Новосибирское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 17 декабря 2014 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.