

РЕШЕНИЕ

по делу № Р-22-02/2015

17 апреля 2015 г.

г. Владимир

Решение в полном объеме изготовлено - 22 апреля 2015 года.

Комиссия Владимирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

(-----) – председатель Комиссии (заместитель руководителя Владимирского УФАС России),

(-----) – член Комиссии (ведущий специалист-эксперт отдела контроля антимонопольного законодательства и органов власти),

(-----) - член Комиссии (специалист-эксперт отдела контроля антимонопольного законодательства и органов власти),

рассмотрев распространение на абонентский номер <...> рекламы посредством смс-сообщений следующего содержания: «Быстро продам Ваш авто без поставки в салон.Акция!...» с номера TURBODEALER, поступившего на телефонный номер абонента 08 октября 2014 в 10:12, через смс-центр +7 921 960 00 01, содержащего признаки нарушения ч.1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», поскольку распространение указанных смс-сообщений осуществлялось без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

установила:

В Управление федеральной антимонопольной службы по Владимирской области поступило обращение гражданина(-----) по факту распространения на его номер <...> 9216356575 рекламы посредством смс-сообщений с нарушением статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» следующего содержания: «Быстро продам Ваш авто без поставки в салон.Акция!...» с номера TURBODEALER. Данное смс - сообщение поступило на телефонный номер абонента 08 октября 2014 в 10:12, через смс-центр +7 921 960 00 01.

По факту получения заявителем указанного смс-сообщения Управлением в адрес ОАО «Мегафон», ООО «СМС Трафик» и ЗАО «Связной Загрузка» были направлены запросы о предоставлении информации о распространителе данного смс-сообщения и основании распространения указанного смс-сообщения.

ОАО «Мегафон» в ответ на запрос информации представило детализацию услуг связи абонента +7 9216356575 за период 08.10.2014 и сообщило следующее.

На абонентский номер <...> поступило текстовое сообщение 08.10.2014 в 10:12 от отправителя TURBODEALER через смс-центр +79219600001.

Данное смс-сообщение было направлено ООО «СМС Трафик» в рамках заключенного договора между ООО «СМС Трафик» и ЗАО «МегаЛабс». В соответствии с условиями указанного договора ООО «СМС Трафик» обязуется осуществить размещение рекламных и информационных материалов среди Абонентов Оператора, которые предоставили согласие на получение рекламных и информационных материалов.

Согласно условиям вышеуказанного договора, ООО «СМС Трафик» обязуется получать согласие у Абонентов, среди которых предполагается размещение рекламных и информационных материалов на использование их абонентских номеров (п. 1.7 Приложения № 4 к Договору от 31.10.2013 № МР-СМСТ-311013).

В ответ на запрос антимонопольного органа ООО «СМС Трафик» сообщило, что 08.10.2014 г. на абонентский номер <...> смс-сообщение с номера TURBODEALER было направлено ЗАО «Связной Загрузка» на основании договора с ООО «СМС Трафик» № 179/14 от 01.04.2014, в рамках которого ЗАО «Связной Загрузка» предоставлен канал для самостоятельной рассылки смс-сообщений.

ЗАО «Связной Загрузка» (Заказчик) инициировало рассылку данных SMS-сообщений на основании договора с ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) № 179/14 от 01.04.2014 года (Договор), в рамках которого Заказчику предоставлен канал для самостоятельной рассылки SMS-сообщений. Вся модерация и управление SMS-рассылкой осуществлялось на стороне ЗАО «Связной Загрузка». ООО «СМС Трафик», участвующее в цепочке передачи SMS-сообщений, не имеет возможности анализировать текстовое содержание данных SMS-сообщений.

Согласно п.5.3. Договора № 179/14 от 01.04.2014 года «Ответственность за содержание исходящих от ЗАО «Связной Загрузка» (ЗАКАЗЧИКА) Сообщений несет ЗАО «Связной Загрузка» (ЗАКАЗЧИК). В рамках Договора ООО «СМС Трафик» (ИСПОЛНИТЕЛЬ) обеспечивает пропуск через свою Систему Сообщений в их неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования или цензурирования.

По указанному факту распространения рекламы возбуждено производство по делу № Р-22-02/2015 по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе в отношении ЗАО «Связной Загрузки».

10 февраля 2015 г. представители ЗАО «Связной Загрузки» на рассмотрение дела № Р-22-02/2015 не явились, в дело представлены письменные пояснения по факту указанного нарушения.

Исходя из представленных ЗАО «Связной Загрузка» пояснений следует, что рассылка смс-сообщения осуществлялась с помощью технических услуг ЗАО «Связной Загрузка» по заказу ООО «А1 Групп». В соответствии с условиями договора №А-30/14р от «12» мая 2014г. заключенного между ЗАО «Связной Загрузка» и ООО «А1 Групп», ООО «А1 Групп» обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ.

Инициатором рассылки смс-сообщения, а также лицом, определившим

содержание смс-сообщения, время рассылки, круг лиц - получателей рассылки и иные параметры распространения смс-сообщений, является ООО «А1 Групп» или лицо, с которым ООО «А1 Групп» вступило в договорные отношения.

Кроме того, ЗАО «Связной Загрузка» представило во Владимирское УФАС России анкету участника (-----), выражающее согласие на получение информации о специальных предложениях и акциях на номер <...> 921 635 65 75. Однако, исходя из имеющихся в материалах дела документов следует, что абонентом номера +7 921 635 65 75 является Ивонин П.Ю.

В связи с неявкой лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, Управлением вынесено определение об отложении и продлении срока рассмотрения дела № Р-22-02/2015 и назначена дата рассмотрения дела на 10 марта 2015 г., ООО «А1 Групп» привлечено в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

10 марта 2015 года представители ООО «А1 Групп» на рассмотрение дела № Р-22-02/2015 не явились.

В связи с неявкой лиц на рассмотрение дела Управлением вынесено определение об отложении рассмотрения дела № Р-22-02/2015 и назначена дата рассмотрения дела на 07 апреля 2015 г.

По указанному факту распространения рекламы ООО «А1 Групп» представило письменные пояснения по факту указанного нарушения.

Из представленных письменных пояснений ООО «А1 Групп» по факту направления рекламного SMS-сообщения на номер <...> , согласие на получения которого отсутствует, следует, что данное смс-сообщение было отправлено ООО «КамаТелеком».

Согласно п. 3.3., 3.4., 4.2.4., 4.2.5., 4.2.6. договора № 37 от 01.04.2014г., заключенного между ООО «А1 Групп» и ООО «КамаТелеком» ответственность за текст смс-сообщения несет заказчик, он не должен рассылать смс-сообщения рекламного характера и по первому требованию исполнителя обязан предоставить согласие абонента на смс-информирование.

В связи с неявкой лиц на рассмотрение дела Управлением вынесено определение об отложении рассмотрения дела № Р-22-02/2015 и назначена дата рассмотрения дела на 17 апреля 2015 г., ООО «КамаТелеком» привлечено в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

Исследовав материалы дела № Р-22-02/2015, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» реклама это 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.

Федеральной антимонопольной службой России 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.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна, в связи с этим, отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация: «Быстро продам Ваш авто без поставки в салон. Акция!...» с номера TURBODEALER полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются услуги по продаже автомобиля.

Согласно части 1 статьи 5 Закона, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона, недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

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.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия Абонента (получателя) на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

В своем заявлении гражданин (-----) указал, что он не подписывался ни на какие рекламные рассылки и никогда ни в каком виде не давал своего согласия на получение вышеуказанной рекламы.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия Абонента (получателя) на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

ООО «А1 Групп» в материалы дела представило анкету участника, выражающую

согласие (-----) на получение на номер <...> от 03.01.2014 г. информации о специальных предложениях и акциях.

Однако абонент телефонного номера + (-----), у которого с ОАО «Мегафон» заключен договор на оказание услуг связи от 14.01.2004г. в своем заявлении указал, что никаким способом не выражал согласие на получение смс-сообщений с номера TURBODEALER.

В данном случае под абонентом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Комиссия считает неверной ссылку Общества на согласие абонента на получение смс-рассылок в соответствии с анкетой от 03.01.2014, подписанной гр.(-----), поскольку абонентом номера, на который была осуществлена рассылка, являлся гражданин (-----) При этом договор на предоставление оператором ОАО «МегаФон» услуг связи заключен (-----) 14.01.2004 г. и до указанной даты номер <...> не выделялся ни одному из абонентов ОАО «Мегафон».

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение рекламы при распространении на телефон Заявителя +7(-----) 08.10.2014 г. рекламы следующего содержания: «Быстро продам Ваш авто без поставки в салон. Акция!...» с номера TURBODEALER, были нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Исходя из имеющихся у Управления документов, следует, что в данном случае по факту распространения рекламы на номер <...> .10.2014 г. следующего содержания «Быстро продам Ваш авто без поставки в салон. Акция!...» с номера TURBODEALER рекламораспространителем является ООО «КамаТелеком».

Такой вывод возможно сделать исходя из наличия цепи договорных отношений между ООО «СМС Трафик» и ЗАО «Связной Загрузка», ЗАО «Связной загрузка» и ООО «А1 Групп», ООО «А1 Групп» и ООО «КамаТелеком».

В соответствии с договором возмездного оказания услуг № 37 от 01.04.2014 г., заключенного между ООО «А1 Групп» (Исполнитель) и ООО «КамаТелеком» (Заказчик), Заказчик самостоятельно формирует поручение посредством электронного интерфейса на отправку смс-сообщений.

В соответствии с п. 3.3. договора Заказчик обязуется формировать поручения на отправку смс-сообщений при наличии согласия на получение таких сообщений от получателя сообщений.

В силу п. 3.4. договора Заказчик обязуется не формировать поручения для Оператора связи о направлении смс-сообщений, которые не соответствуют действующему законодательству, в том числе - спам.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламораспространитель.

Согласно ст. 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В рассматриваемом случае ООО «КамаТелеком» в рамках заключенного

соглашения осуществила действия по доведению сведений об услугах по продаже автомобилей до потребителей.

Учитывая, что ООО «КамаТелеком», совершая действия по передаче SMS-сообщения, определяло его получателей и содержание можно констатировать, что ООО «КамаТелеком» является рекламодателем.

Исходя из имеющихся у Управления документов, следует, что в данном случае по факту распространения рекламы следующего содержания «Быстро продам Ваш авто без поставки в салон. Акция!...» с номера TURBODEALER рекламодателем выступило ООО «КамаТелеком» (ИНН 5904292726 ОГРН 1135904013409 дата регистрации 15.08.2013).

Вместе с тем, Комиссия считает нецелесообразным выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе, поскольку как указало в письме ООО «А1 Групп» мобильный номер <...> поставлен в стоп-лист.

Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона № 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:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную на абонентский номер <...> посредством смс-сообщений следующего содержания: «Быстро продам Ваш авто без поставки в салон.Акция!...» с номера TURBODEALER, поступившего на телефонный номер абонента 08 октября 2014 в 10:12, через смс-центр)(----- --) , поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с добровольным устранением нарушения.

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

Председатель Комиссии

(-----)

Члены Комиссии

(-----)

(-----)