

РЕШЕНИЕ

18 ноября 2014 г.

г.

Новосибирск

Решение изготовлено в полном объеме «02» декабря 2014 г.

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: Т.В. Лопаткина – заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы;

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

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

рассмотрев дело №99 в отношении «...» (...) по факту рассылки 24.01.2014 г. в 16.12 ч. на телефонный номер заявителя «...» с номера с буквенным обозначением «DOLLS» - «...» смс-сообщения следующего содержания:

«Производство сувенирных кукол. Самые низкие цены среди производителей. Скидки до 20%...», с признаками нарушения:

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

заявителя – гражданин <...> - не явился (уведомлен надлежащим образом);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – «...»

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление гражданина «...» (вх. № 550 от 24.01.2014 г., № 326э, № 327э от 28.01.2014 г.) по факту распространения на номер заявителя «...» смс-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».

Заявителем были представлены изображение и согласия на обработку персональных данных.

В ходе рассмотрения данных обращений Новосибирским УФАС России установлено следующее.

24.01.2014 г. в 16.12 ч. на телефонный номер заявителя от абонента с буквенным обозначением «DOLLS» - «...» поступило sms-сообщение следующего содержания:

«Производство сувенирных кукол. Самые низкие цены среди производителей. Скидки до 20%...».

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 ОАО «ВымпелКом» (вх. № 1075 от 06.02.2014 г.), отправителем (распространителем) смс-сообщения, направленного 24.01.2014 г. в 16.12 ч. на телефонный номер заявителя с номера с буквенным обозначением «DOLLS» - «...» следующего содержания: «Производство сувенирных кукол. Самые низкие цены среди производителей. Скидки до 20%...», является ООО «Лоджик Телеком» (адрес: 124498, г. Москва, г. Зеленоград, проезд 4806, д. 6, ИНН 7735564052) на основании Договора об оказании услуг «Билайн» № «...»г., а также Дополнительного соглашения № «...»г. на оказание услуг «Корпоративные смс сервисы», согласно которому оператор связи принял на себя обязанность по приему, обработке, передаче коротких текстовых сообщений от абонента.

ООО «Лоджик Телеком» получило доступ к Интерфейсу (платформе смс-центра, явл. Техническим средством связи), посредством которого получили возможность отправки смс-сообщений через Интернет, посредством веб-интерфейса по телематическим каналам. При этом в качестве отправителя смс у абонента-получателя может отображаться смс-центр Билайн, имеющий номер «...». Данный номер является технологическим шлюзом, выполняющим функции приема/отправки входящих/исходящих сообщений между абонентами оператора и абонентами иных операторов мобильной связи. Основной функцией смс-центра в этом случае является маршрутизация сообщений и управление процессом доставки от

отправителя сообщения до получателя по сети подвижной радиотелефонной связи ОАО «ВымпелКом». По условиям договора абоненту разрешалось использовать смс-центр для рассылки смс-сообщений в целях оказания информационно-справочных услуг, предоставляемых пользователям.

П.5.2 указанного Дополнительного соглашения предусмотрено, что абонент гарантирует, что под видом предоставляемых в рамках настоящего соглашения сервисом не оказываются сервисы, не относящиеся к информационно-справочным и развлекательным (медицинские услуги, страховые, услуги операторов связи).

В соответствии с условиями дополнительного соглашения абонент обязуется не использовать предоставляемую услугу в целях распространения смс-сообщений, предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, в адрес пользователей, не давших свое согласие на получение таких сообщений.

В свою очередь, ООО «Лоджик Телеком» представлены пояснения (вх. № 3654 от 14.04.2014 г.), согласно которым Общество на основании договоров (контрактов) со своими контрагентами отнюдь не «осуществляет распространение» (как формулируется в пункте 7 статьи 3 ФЗ о рекламе) рекламных сообщений по сетям электросвязи, а всего лишь «пассивно» предоставляет своим контрагентам доступ к своему программно-аппаратному комплексу для автоматической трансляции сообщений оператору связи, без оценки ООО «Лоджик Телеком» их смыслового содержания.

В результате сообщения, формируемые контрагентами, направляются ими через программно-аппаратный комплекс ООО «Лоджик Телеком» в сети других операторов, где они, в свою очередь, доставляют сообщения своим абонентам (адресатам).

Программный комплекс ООО «Лоджик Телеком» предназначен для обработки трафика смс-сообщений, которые различные физические и юридические лица, заключающие с ООО «Лоджик Телеком» контракт/договор о сотрудничестве, направляют абонентам. Данные абоненты являются клиентами, сотрудниками, партнерами или иным способом связанные с клиентами ООО «Лоджик Телеком» лицами.

Программный комплекс ООО «Лоджик Телеком» позволяет:

- загружать в систему базы данных абонентов;
- сортировать и дополнять такие базы;
- создавать тексты SMS сообщений;
- рассылать такие тексты по загруженным базам в он-лайн режиме или с использованием планировщика рассылок (который позволяет делать отложенные рассылки) с использованием SMS шлюзов операторов.

Схема взаимодействия операторов связи, ООО «Лоджик Телеком», клиентов ООО «Лоджик Телеком» и абонентов приведена в Приложении.

Как следует из технической схемы взаимодействия «оператора связи» (в данном случае

- ОАО «Вымпел Коммуникации»), «агрегатора» (в данном случае - ООО 'Лоджик

Телеком") и

“рекламопроизводителя” - непосредственного формирователя-отправителя рекламного

сообщения, - при реализации такого рекламораспространения функции ООО "Лоджик Телеком" ограничиваются и исчерпываются обеспечением технической “проницаемости” для смс- сообщений на своём ограниченном участке из полного маршрута прохождения смс от его отправителя до получателя.

В соответствии с запросом предоставляем записи (выкопировки), свидетельствующие о прохождении указанного смс-сообщения через систему, принадлежащую ООО «Лоджик Телеком».

```
CNR_ID ID CREATEDJDATE SYS TARGET SENDER TEXT SMS_COUNT STATUS MCC MNC «...»  
24.01.2014 13:12:20 SMPP «...» DOLLS лей.Скидки до 20%.Сайт: ww.dolls-souvenirs.com 1  
DELIVERED «...» 24.01.2014 13:12:20 SMPP «...» DOLLS Производство сувенирных кукол.  
Самые низкие цены среди производите 1 DELIVERED «...».
```

На основе предоставленных данных следует, что отправителем (рекламопроизводителем) смс- сообщения является контрагент под учетным номером «...» — ООО Северо-Западная компания «Инфосвязь», действующий в рамках контракта и профильного договора.

Контактные данные ООО Северо-Западная компания «Инфосвязь» Адрес: пр. Обуховской обороны, дом 271, лит А, офис 1001, Санкт-Петербург, 192012 Контактное лицо: «...».

По мнению Общества, на основании вышеизложенного, исходя из буквального толкования положений ст. 3 ФЗ «О рекламе» и фактических обстоятельств настоящего дела, рекламораспространителем, т.е. лицом, заинтересованным в привлечении внимания к объекту рекламирования, его продвижении на рынке, а также в формировании или поддержании интереса к объекту рекламирования является - клиент ООО Северо-Западная компания «Инфосвязь».

В соответствии с пунктом 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Осуществляя предпринимательскую деятельность, клиент ООО «Северо-Западная компания «Инфосвязь» должен был предполагать возможность наступления негативных последствий, вызванных отсутствием должного контроля за своей деятельностью, в том числе в части получения необходимых для распространения рекламы разрешений.

Доказательства того, что рекламораспространителем является иное лицо, в материалах дела отсутствуют. В связи с изложенным, рекламораспространителем, то есть лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, является клиент ООО «Северо-Западная компания «Инфосвязь».

В своем письме ООО «Северо-Западная компания «Инфосвязь» сообщило, что

данную рассылку осуществлял их клиент - физическое лицо, чей личный кабинет в настоящее время заблокирован. Копия письма в приложении.

Дополнительно Общество сообщило, что рассылок смс с рекламой услуг каких-либо третьих лиц ООО «Лоджик Телеком» самостоятельно (по собственной инициативе) никогда не формировало, не осуществляло и не осуществляет в настоящее время.

Согласно пояснениям ООО «СЗК «Инфосвязь» (вх. № 7917 от 253.07.2014 г.) Общество является Исполнителем и предоставляет возможность Заказчику - «...» (...) формировать и отправлять СМС-сообщений по средствам «Платформы Stream Telecom» на основании Договора публичной оферты о предоставлении услуг сервиса Stream Telecom, размещенного на сайте <http://www.stream-telecom.ru>.

В рамках заключенного Договора публичной оферты Исполнитель предоставляет Заказчику доступ к личному кабинету пользователя, позволяющий Заказчику самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды Услуг, которыми он пользуется по Договору. Услуги оказываются в соответствии с Правилами предоставления Услуг Исполнителя (права и обязанности сторон), доведенными до сведения Заказчика по Договору.

ООО «СЗК «Инфосвязь» не предоставляет услуг распространения рекламы, а выступает в роли провайдера телематической услуги связи по лицензию «...». При этом Заказчик предупрежден, что в процессе использования услуг ООО «СЗК «Инфосвязь» при формировании пакетов SMS по номерам своих собственных абонентов, Заказчик обязан получить согласие от получателей SMS. Никакие базы номеров и пр. ООО «СЗК «Инфосвязь» Заказчику не предоставляет, а лишь позволяет технически сформировать сообщения по абонентам Заказчика для последующей отправки в сети операторов связи.

Выдержка из договора публичной оферты о предоставлении услуг сервиса Stream Telecom: п.2.3.9. В обязательном порядке получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS/MMS/Голосовых/E-таП-сообщений, согласие на получение таких SMS/MMS/RuiocoBbix/E-mail- сообщений, по форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности получения SMS/MMS/r\`хriocoBbix/E-mail- сообщений Абонентом.

Таким образом, рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является «...».

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:

1. Признать информацию, распространенную 24.01.2014 г. в 16.12 ч. на телефонный номер заявителя «...» с использованием номера с буквенным обозначением «DOLLS» - «...» следующего содержания:

«Производство сувенирных кукол. Самые низкие цены среди производителей. Скидки до 20%...», ненадлежащей рекламой,

а «...» (...) 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

2. Выдать «...» 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.

Председатель Комиссии _____ Т.В. Лопаткина

Члены Комиссии _____ Е.А. Скоп

_____ Д.А. Былина

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

02 декабря 2014 г.

г.

Новосибирск

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: Т.В. Лопаткина – заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы;

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

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

на основании своего решения от 02 декабря 2014 г. по делу № 99 о признании ненадлежащей рекламы, распространенной 24.01.2014 г. в 16.12 ч. на телефонный номер заявителя «...», с использованием подвижной радиотелефонной связи, а «...», 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. «...» (...) 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. «...» представить в Новосибирское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 30 января 2015 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.

Председатель Комиссии

_____ Т.В. Лопаткина

Члены Комиссии

_____ Е.А. Скоп

_____ Д.А. Былина