

РЕШЕНИЕ

30.12.2014 г.

г. Липецк

Резолютивная часть решения объявлена 25.12.2014

Решение в полном объеме изготовлено 30.12.2014

Комиссия Управления Федеральной Антимонопольной службы по Липецкой области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель комиссии:

- руководитель Липецкого УФАС России А. А. Сешенов,

члены комиссии:

- начальник отдела рекламы и недобросовестной конкуренции Липецкого УФАС России Д.А. Шелестенко,

- специалист-эксперт отдела рекламы и недобросовестной конкуренции Липецкого УФАС России Е.А. Высочина,

рассмотрев дело № 27 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» Обществом с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» (далее - ООО «СМС Трафик») <...> и Обществом с ограниченной ответственностью Торговый дом «Библио-Глобус» (далее - ООО Торговый дом «Библио-Глобус») <...>

в присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе ООО Торговый дом «Библио-Глобус» - начальника Юридического отдела ООО Торговый дом «Библио-Глобус» <...>, действующего на основании доверенности от 23.12.2014 № 148;

в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе — ООО «СМС Трафик»;

в отсутствие заявителя — <...>

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области из ФАС России было направлено обращение <...> о том, что 22.12.2013 г. в 13:50 на абонентский номер <...> поступило сообщение рекламного характера от «BGlobus» (SMS-центр: <...>) следующего содержания: «23.12 и 24.12 День Книгочех в Библио-

Глобусе. Ваша скидка 25%. Ждем Вас с 9 до 23 <...>».

Данный способ распространения рекламной информации содержит признаки нарушения ФЗ «О рекламе».

Способ распространения указанных рекламных сообщений содержит признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно выписке из Российского плана нумераций, размещенной на сайте Федерального агентства связи номер <...> входит в состав ресурса нумерации, выделенного открытому акционерному обществу «Вымпел-Коммуникации» (далее - ОАО «Вымпел-Коммуникации»).

27.02.2014 г. Липецким УФАС России был направлен запрос ОАО «Вымпел-Коммуникации» исх.№ 856-04 о предоставлении информации о лице, использующем абонентский номер <...> и копию договора об оказании услуг связи с абонентом, использующем абонентский номер <...>.

В ответ на запрос ОАО «Вымпел-Коммуникации» представило запрашиваемые документы. Из представленных документов следует, что SMS-сообщение было отправлено обществом с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» (далее – ООО «СМС Трафик») <...>, с которым у ОАО «Вымпел-Коммуникации» заключен договор № 501770140 от 20.11.2013 г. В рамках указанного договора ОАО «Вымпел-Коммуникации» оказывает услуги связи Билайн, а ООО «СМС Трафик» оплачивает на условиях договора № 501770140 оказанные услуги связи. Согласно ч.4 п.4.1 договора № 501770140 ООО «СМС Трафик» обязано не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок, установки шлюзов (или устройств) для доступа в сети фиксированной связи, интернет-телефонии и других мероприятий, приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи, и ущерб Оператора или третьим лицам. В соответствии с п.7.3 указанного договора ОАО «Вымпел-Коммуникации» освобождается от ответственности, если докажет, что неисполнение или ненадлежащее исполнение им обязательств возникло вследствие нарушения ООО «СМС Трафик» установленных договором № 501770140 от 20.11.2013 г. положений по оказанию услуг связи.

Липецким УФАС России был направлен запрос ООО «СМС Трафик» исх.№ 2859-04 о предоставлении информации.

В ответ на запрос ООО «СМС Трафик» представило запрашиваемые документы 20.06.2014 г. Из представленной информации следует, что общество с ограниченной ответственностью Торговый Дом «БИБЛИО-ГЛОБУС» (далее – ООО Торговый дом «Библио-Глобус») <...> инициировало рассылку данного SMS-сообщения рекламного характера от «BGlobus» на основании договора с ООО «СМС Трафик» от 04.07.2012 г. №188/12. В рамках указанного договора ООО Торговый дом «Библио-Глобус» предоставлен канал для самостоятельной рассылки SMS-сообщений. Вся модерация и управление SMS-рассылкой осуществлялось ООО Торговый дом «Библио-Глобус». ООО «СМС Трафик», участвующее в цепочке передачи SMS-сообщений, не имело возможности анализировать текстовое содержание данного SMS-сообщения.

Согласно п.2.1 договора от 04.07.2012 г. №188/12 ООО «СМС Трафик» по заданию ООО Торговый дом «Библио-Глобус» оказывает последнему услуги доступа к Системе, обеспечивающей обработку, отправку Сообщений и организацию их взаимодействия между ООО Торговый дом «Библио-Глобус» и абонентом. При этом, в соответствии с пп.3.2.2 указанного договора ООО Торговый дом «Библио-Глобус» обязан получить от абонента, на телефон которого планируется отправка сообщений с информацией ООО Торговый дом «Библио-Глобус», письменное согласие на получение таких сообщений.

В соответствии с п.12.1 Правил оказания услуг (Приложение № 4 к договору от 04.07.2012 г. №188/12) не допускается со стороны ООО Торговый дом «Библио-Глобус» отправлять через Систему ООО «СМС Трафик» сообщения, которые будут соответствовать признакам СПАМ (SPAM), а также сообщения, нарушающие нормы действующего законодательства.

Согласно п.6 договора от 04.07.2012 г. №188/12 под СПАМ (SPAM) подразумевается сообщение, отправленное ООО Торговый дом «Библио-Глобус» и предназначенное по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту (абонентам) без его (их) предварительного согласия или не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе содержащее несуществующее или фальсифицированное имя отправителя. (Примечание: критерии наличия (определения) СПАМ соответствуют критериям недобросовестной рекламы, содержащимся в Федеральных законах «О рекламе» (статья 18) и «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (статья 10). В рамках действия договора от 04.07.2012 г. №188/12 СПАМом не признаются сообщения, доставленные абоненту (абонентам) без его (их) предварительного согласия, если причиной такой доставки стала передача оператором сотовой связи данному абоненту (абонентам) номера, ранее принадлежавшего лицу, в письменной форме согласившемуся на получение сообщений ООО Торговый дом «Библио-Глобус»).

Согласие абонента с номером <...> на получение SMS-сообщений, рекламного характера обществом с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» представлено не было.

16.09.2014 г. Липецким УФАС России был сделан запрос исх.5085-04 в ООО Торговый дом «Библио-Глобус» о предоставлении информации.

В ответ на запрос 30.09.2014 г. ООО Торговый дом «Библио-Глобус» представило копии запрашиваемых документов. В сопроводительном письме к представленным документам ООО Торговый дом «Библио-Глобус» поясняет следующее: «Выбор абонентских номеров для отправки на них смс-сообщений рекламного характера производится специалистами Торгового Дома, непосредственно определяющими на основании заполненных клиентами анкет участников дисконтной программы основные критерии, которыми должен обладать абонент, чтобы стать участником информационной рассылки, в частности, возраст, место жительства. После чего составляется список номеров абонентов, и файл с этим списком направляется по электронной почте специалисту ООО «СМС Трафик».

Согласие абонента с номером <...> на получение SMS-сообщений, рекламного характера обществом с ограниченной ответственностью Торговый Дом «БИБЛИО-ГЛОБУС» представлено не было.

Также специалистами Липецкого УФАС России по результатам осмотра официального сайта ООО «СМС Трафик» (указанного в договоре от 04.07.2012 г. №188/12), расположенного по адресу: <...> установлено распространение на сайте следующей информации о предоставляемых услугах: «SMS Traffic предлагает эффективный и экономически оправданный инструмент получения прямого таргетированного контакта с целевыми аудиториями в масштабах всей страны – мобильную рекламу... Мобильная реклама позволяет организовать интерактивный канал коммуникаций с потенциальными клиентами и обеспечивает контакт с целевой аудиторией, характеристики которой определены по заранее назначенным параметрам. Мобильную рекламу в отличие от традиционных способов продвижения характеризует высокая степень конверсии, возможность установления диалога с потребителем и оправданный уровень инвестиций на проведение кампании. SMS Traffic предлагает несколько медианосителей мобильной рекламы, эффективность которых подтверждена результатами уже осуществленных проектов – рассылку рекламных сообщений по базам операторов сотовой связи, QIWI Инфо и CyberPlat Mobile. SMS Traffic предлагает размещение текстовой рекламы объемом в 103 символа в сервисных СМС-сообщениях QIWI Инфо, которые поступают на мобильный телефон пользователя после любой операции, проведенной через терминал. Уникальность предложения заключается в масштабе платежной сети QIWI, который обеспечивает ей 4 место в рейтинге медианосителей после ТВ, наружной рекламы и транспорта. Сервис обеспечивает высокий отклик – 0,5-1,3%, а рекламную кампанию возможно запустить в течение одного дня. Кампания таргетируется по географическому и временному параметрам. SMS Traffic также выступает оператором размещения текстовой рекламы в сервисных СМС-сообщениях CyberPlat Mobile в формате «хвоста» к оповещению оплаты сервиса. На данный момент сеть пунктов приема платежей CyberPlat® («КиберПлат») составляет свыше 760 000 точек, а количество уникальных контактов в месяц превышает 40 млн.

Услуга дает возможность рекламодателю представлять потенциальным клиентам новые товары и услуги, информировать о специальных предложениях, об открытии точек продаж, отправлять приглашения на мероприятия и многое другое».

Из представленной информации рекламодателем и рекламораспространителем указанной выше рекламы является ООО Торговый дом «Библио-Глобус», рекламораспространителем – ООО «СМС Трафик».

Согласно информации, представленной заявителем, обладатель номера <...> согласия на получение рекламных SMS-сообщений не давал.

В соответствии с п.1 ст.3 ФЗ «О рекламе» реклама — 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.

п.2 ст.3 ФЗ «О рекламе» говорит, что объект рекламирования - 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.

п.3 ст.3 ФЗ «О рекламе» говорит, что товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно п.1 ст.18 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 признаётся распространённой 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 соответствии со ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи» под электросвязью понимаются любые излучения, передача или приём знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Абонент, согласно ст. 2 ФЗ «О связи» - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в ст. 2 Федерального закона от 17.07.1999 г. № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат — это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

Рекламодатель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило своё согласие на получение рекламы.

Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определённые действия по доведению рекламы до потребителя. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи, не осуществляет непосредственно распространение рекламы и рекламодателем не является.

В ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» субъект, которому абонент или адресат должен дать согласие на получение рекламы, не определён. Соответственно это может быть как рекламодатель, так и рекламодавец. Однако поскольку обязанность

доказывать наличие согласия абонента или адресата возложены на рекламодателя, то в случае получения такого согласия рекламодателем, он вправе передать подтверждающие получение согласия документы рекламодателю в рамках договорных отношений по распространению рекламы.

Также в ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» закреплена обязанность рекламодателя прекратить распространение рекламы в адрес лица незамедлительно после обращения к рекламодателю данного лица с таким требованием. Данной обязанности рекламодателя корреспондирует право лица, получившего рекламу по сетям электросвязи, требовать от рекламодателя прекратить направлять ему рекламу, даже если ранее согласие на такую отpravку абонент, адресат давал.

Таким образом, рекламодатель в любом случае обязан прекратить распространять данному лицу рекламу, если к нему поступило указанное требование.

В соответствии с п. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных ст. 18 несет рекламодатель, которым в силу п. 7 ст. 3 Закона является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с указанными выше фактами, реклама следующего содержания: «23.12 и 24.12 День Книгочей в Библио-Глобусе. Ваша скидка 25%. Ждем Вас с 9 до 23 <...>», распространённая ООО Торговый дом «Библио-Глобус» и ООО «СМС Трафик» посредством направления SMS-сообщения на номер <...> содержит признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», т.к. отсутствует предварительное согласие абонента на получение рекламы.

Определением об отложении рассмотрения дела № 27 рассмотрение дела было назначено на 25.12.2014 на 12 часов 00 минут в Управлении Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области.

На рассмотрении дела 25.12.2014 ООО «СМС Трафик», <...> не явились, представителей с надлежащим образом оформленными полномочиями не направили, о дате и месте рассмотрения дела № 27 уведомлены надлежащим образом. В связи с тем, что заявлений, ходатайств от ООО «СМС Трафик» и <...> не поступало, Комиссия принимает решение о возможности рассмотрения дела № 27, возбужденного по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», в отсутствие представителей указанных лиц.

Представитель ООО Торговый дом «Библио-Глобус» Ромашов. В.Н. не отрицал факта отправки ООО Торговый дом «Библио-Глобус» сообщения следующего содержания: «23.12 и 24.12 День Книгочей в Библио-Глобусе. Ваша скидка 25%. Ждем Вас с 9 до 23 <...>» на номер <...>. Согласие абонента с номером <...> на получение SMS-сообщений, рекламного характера представитель ООО Торговый дом «Библио-Глобус» <...> не представил.

Проанализировав имеющиеся в материалах дела доказательства, заслушав мнение стороны по делу, руководствуясь п.1 ч.2 ст.33, ч.1 ст.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, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащими рекламу следующего содержания: «23.12 и 24.12 День Книгочей в Библио-Глобусе. Ваша скидка 25%. Ждем Вас с 9 до 23 <...>», распространённую Обществом с ограниченной ответственностью Торговый дом «Библио-Глобус» и Обществом с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» посредством направления SMS-сообщения на номер <...>, поскольку нарушены требования ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

2. Не выдавать ООО Торговый дом «Библио-Глобус» и ООО «СМС Трафик» предписание об устранении нарушений законодательства о рекламе.

3. Не передавать материалы дела должностному лицу Липецкого УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в связи с истечением срока давности привлечения к административной ответственности.

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