

## РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена «17» июля 2014 г

Решение в полном объеме изготовлено «31» июля 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,

рассмотрев дело № 20, возбужденное в отношении ООО «Бэнтэн» (юридический адрес: ул. Г. Звезда, 5, г. Пермь, 614000, ИНН 5902168730), по факту распространения 05.11.2013 г. в 15:11 ч. на телефонный номер заявителя («...») с использованием номера смс-центра «...» sms-сообщения следующего содержания:

«Ремонт Компьютеров. Windows, антивирусы, программы, интернет. Т. «...»», 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 явился (уведомлен надлежащим образом);

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

### УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявления гражданина «...» (вх. № 3207э, № 3208э от 06.11.2013г.) по факту распространения на номер заявителя «...» sms-сообщения рекламного характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы;

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

05.11.2013 г. в 15:11 ч. на телефонный номер заявителя («...») с номера «...»

поступило sms-сообщение следующего содержания:

«Ремонт Компьютеров. Windows, антивирусы, программы, интернет. Т. «...»».

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»).

В соответствии с пояснениями ЗАО «Ярославль - GSM» (вх. № 682э от 19.02.2014 г., № 1794 от 27.02.2014 г.), SMS-сообщение, поступившее на номер «...» в 15:11 05.11.2013 г. от отправителя через SMS-центр ЗАО «Ярославль-GSM», было отправлено ООО «Девино Телеком», в соответствии с Договором № «...» от 01.10.2012г. на предоставление услуг, заключенным между ЗАО «Ярославль-GSM» (Оператор) и ООО «Девино Телеком» (Провайдер).

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

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 Спاما (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».

Согласно ст. 3 Закона о рекламе, рекламодателем признается «изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо», а рекламораспространителем - «лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств». В случае доказанности фактов направления SMS-сообщений рекламного характера, в соответствии с Договором заключенным между ЗАО «Ярославль-GSM» и ООО «Девино Телеком» и действующим законодательством РФ, ЗАО «Ярославль-GSM» не является рекламодателем и рекламораспространителем.

В соответствии с ответом ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (вх. № 3603 от 14.04.2014 г.), Общество не является рекламораспространителем по факту отправки 05.11.2013 на номер «...» SMS-сообщения с текстом «Ремонт Компьютеров. Windows, антивирусы, программы, интернет. Т«...»».

Рекламораспространителем указанной рекламы является ООО «Телеком-СМС», зарегистрированное по адресу: 633132, Новосибирская обл, Мошковский р-н, Мошково р.п., Западная ул, дом №13, кв. 42, ОГРН 1135476058420, ИНН 5432214545.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет ООО «Телеком-СМС» техническую возможность отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора № «...» от 08 апреля 2013 г. и Дополнительного соглашения № «...» от 08 апреля 2013 г. (копию договора прилагаем).

На основании п. 3.3.1. Дополнительного соглашения ООО «Телеком-СМС» (далее - Заказчик) обязано соблюдать требования законодательства РФ, в том числе закона «О рекламе».

На основании п. 3.3.2. Дополнительного Соглашения Заказчик обязан получить от Абонента письменное согласие на получение SMS-сообщений.

На основании п. 3.3.3. и п. 3.3.4. Ответственность за содержание SMS-сообщений, за присваиваемый адрес отправителя, используемые номера Абонентов для отправки SMS-сообщений несет Заказчик.

Описание процесса отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform», принадлежащую ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»:

- Заказчику предоставляется Личный кабинет в программе для ЭВМ «DEVINO Platform». Заказчик авторизуется в Личном кабинете путем ввода логина и пароля.
- В Личном кабинете Заказчик загружает в адресную книгу список телефонов для последующей отправки SMS-сообщений.

- В Личном кабинете Заказчик формирует текст SMS-сообщения.
- В Личном кабинете Заказчик формирует отправку SMS-сообщений по заданным абонентам.

Таким образом, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» не участвует в формировании текста SMS-сообщений и списка получателей для последующей рассылки, не ведет собственную базу номеров получателей.

Согласно пояснениям ООО «Телеком-СМС» (вх. № 3321 от 07.04.2014 г.), Общество осуществляет формирование базы абонентов, получает письменные согласия абонентов, формирует текст сообщений и делает рассылку самостоятельно.

Рекламодателем и рекламораспространителем СМС-сообщения на номер мобильного телефона 79232450742, является ООО «Бэнтэн» (юридический адрес: 614000, г. Пермь, ул.Г. Звезда, 5, почтовый адрес: 61400 г. Пермь, ул. Монастырская 14, офис 416, ОГРН 1095902002371, ИНН/КПП 5902168730/590201001. E-mail benten.office@gmail.com) на основании Договора «...» от 20.05.2013 г., заключенного с ООО «Бэнтэн» об оказании услуг связи.

Данное направление по СМС-рассылкам было закрыто Обществом и с апреля 2014 г. организация больше никому не отправляет СМС;-сообщения и не предоставляет технической возможности другим организациям по отправке СМС-сообщений.

Таким образом, с учетом изложенного, рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ООО «Бэнтэн».

Комиссия Новосибирского УФАС России рассмотрев материалы дела приходит к выводу о нецелесообразности выдачи предписания ООО «Бэнтэн» в связи с добровольным устранением нарушения.

На рассмотрение дела представитель ООО «Бэнтэн» 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:

1. Признать информацию, распространенную 05.11.2013 г. в 15:11 ч. на телефонный номер заявителя («...») с использованием номера смс-центра «...» следующего содержания: «Ремонт Компьютеров. Windows, антивирусы, программы, интернет. Т. «...»», с использованием подвижной радиотелефонной связи, ненадлежащей рекламой,

а ООО «Бэнтэн» (юридический адрес: ул. Г. Звезда, 5, г. Пермь, 614000, ИНН

5902168730), 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. В связи с добровольным устранением нарушения не выдать ООО «Бэнтэн» 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