

РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена «24» марта 2014 г.

Решение в полном объеме изготовлено «04» апреля 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: Ю.В. Виногорова – главный специалист-эксперт отдела рекламы;

Е.А. Скоп – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы,

рассмотрев дело №17 в отношении Индивидуального предпринимателя Дорогокупля С.Ф. по факту рассылки 29.10.2013г., 14:30 ч. на номер заявителя «...» с номера «...» (буквенное обозначение «FOX LUXE») следующего содержания:

«Меховая компания FOX LUXE: Новое поступление – 214г. Шубы из норки, кожаные пуховики, дубленки, Италия, Греция, Германия Скидка до 50% на коллекцию 2013 г. ТЦ Москва, Крылова, 26, 2-й этаж, тел. «...», 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием,

в отсутствии представителей:

заявителей - <...> - не явились (уведомлены надлежащим образом);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ИП Дорогокупля С.Ф. - представитель не явился (уведомлен надлежащим образом);

заинтересованного лица - ОАО «Мобильные ТелеСистемы», представитель не явился (уведомлен надлежащим образом)

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление гражданина «...» (вх.

№ 3095э от 29.10.2013г.) по факту распространения на номер заявителя «...» смс-сообщения 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.

29.10.2013г., 14:30 ч. на номер заявителя «...» с номера «...» (буквенное обозначение «FOX LUXE») поступило смс-сообщение следующего содержания:

«Меховая компания FOX LUXE: Новое поступление – 214г. Шубы из норки, кожаные пуховики, дубленки, Италия, Греция, Германия Скидка до 50% на коллекцию 2013 г.ТЦ Москва, Крылова, 26, 2-й этаж, тел. «...».

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 информации, представленной ОАО «МТС» (вх. № 52 от 10.01.2014 г.), рассматриваемое смс-сообщение на номер заявителя с текстовым обозначением «5.0 FOX LUXE», было направлено с абонентского номера «...», выделенного пользователю по договору № «...» от 14.10.2013 г. ИП Дорогокупля С.Ф.. Указанное обозначение было предоставлено абоненту в соответствии с заявлением от 14.10.2013 г.

Таким образом, рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ИП Дорогокупля С.Ф.

21.03.2014 г. ОАО «МТС» были представлены пояснения (вх. № 2644), согласно которым ОАО «МТС» не формировало и не согласовывало ни тексты рассматриваемого смс-сообщений, ни список их рассылки и не предпринимало никаких действий, направленных на организацию распространения рекламы,

указанной в сообщениях, в т.ч., не совершало самостоятельно на вышеуказанный абонентский номер рассылку SMS-сообщений такого характера

По результатам проверки обстоятельств, установлено, что данное смс-сообщение с буквенными идентификаторами было отправлено абонентом номера «...» на номер «...».

Договор на выделение абонентского номера «...» заключен с ИП Дорогупля С.Ф.

Согласно условиям Договора оператор (ОАО «МТС») предоставляет абоненту (ИП Дорогупля С.Ф.) услуги связи и/или иные сопряженные с ними услуги, оказываемые Оператором непосредственно и/или с привлечением третьих лиц, а абонент принимает и оплачивает заказанные Услуги (пункт 1.1).

В соответствии с п.4.1. Договора при подписании договора абонент выражает безусловное согласие с условиями оказания соответствующего вида услуг, в т.ч. Условиями оказания услуг подвижной связи МТС.

В силу п.1.4. Условий оказания услуг подвижной связи МТС (далее - Условия) услуги связи МТС не могут быть использованы абонентом без дополнительного письменного согласования с Оператором для проведения Лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок сообщений, установки шлюзов для доступа к сети электросвязи и Интернет-телефонии, массовой генерации трафика и пр.

14 октября 2013 года между ОАО «МТС» и ИП Дорогокупля С.Ф. было заключено дополнительное соглашение к договору № «...». Согласно которому, ОАО «МТС» обязуется предоставить услугу «МТС Коммуникатор», а Пользователь (ИП Дорогупля С.Ф.) обязуется принимать и оплачивать услугу в объеме и на условиях, предусмотренных соглашением в соответствии с тарифами на услугу.

При этом под услугой стороны понимают сервис «МТС Коммуникатор», заключающейся в отправке SMS сообщений с короткого номера сервиса и получения ответных сообщений на короткий номер сервиса.

Пунктом 3.2.6. Дополнительного соглашения предусмотрено, что Пользователь обязуется не осуществлять с помощью услуги несогласованную принудительную рассылку коммерческой или иной информации (спам) на электронные почтовые ящики либо абонентские номера пользователей сетей связи (включая, но не ограничиваясь, мобильные сети связи и сеть Интернет).

Таким образом, как указывает Общество, ИП Дорогупля С.Ф. самостоятельно, без участия ОАО «МТС», определяет и формирует содержание смс-сообщений и определяет круг абонентов, которым направляются данные сообщения. ОАО «МТС» лишь обеспечивает подключение Заказчика к сети электросвязи.

ОАО «МТС» не обладало информацией о распространении ИП Дорогокупля С.Ф. в рассматриваемый период на абонентский номер смс-сообщения рекламного характера, в том числе, по причине того, что ни ИП Дорогокупля С.Ф. не обращался (в нарушение условий Договора) в ОАО «МТС» в целях получения согласия на распространение конкретной рекламы, ни сам абонент не обращался с претензией в ОАО «МТС» о поступлении на его номер рекламы без его согласия.

Как оператор связи, строго соблюдая требования отраслевого законодательства, в том числе, Правил оказания услуг подвижной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ № 328 от 25.05.2005, ОАО «МТС» обязано обеспечивать всем своим абонентам возможность передавать и (или) принимать голосовую и (или) неголосовую информацию, предоставлять им (абонентам) доступ к услугам связи, оказываемым другим оператором связи, иными словами, обязано передавать по своей сети подвижной связи любые звонки и SMS-сообщения безотносительно того, кто их совершает и каким содержанием они наполнены. При этом учитывая положения ст.63 ФЗ «О связи» о тайне связи, оператор связи не вправе контролировать содержание СМС-рассылок, поступающих на абонентские номера, в том числе, инициированных третьими лицами на предмет того, содержат ли данные СМС-сообщения информацию, не соответствующую требованиям закона или информацию, которую законодатель квалифицирует как незаконную. Для Оператора связи существует обязанность по доставке своим абонентам любого сообщения электросвязи безотносительно к его содержанию.

Данные доводы учитываются Комиссией при принятии решения.

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, 29.10.2013г. в 14:30 ч. на номер заявителя «...» с номера «...» (буквенное обозначение «FOX LUXE») следующего содержания:

«Меховая компания FOX LUXE: Новое поступление – 214г. Шубы из норки, кожаные пуховики, дубленки, Италия, Греция, Германия Скидка до 50% на коллекцию 2013 г. ТЦ Москва, Крылова, 26, 2-й этаж, тел. «...», ненадлежащей рекламой,

а Индивидуального предпринимателя Дорогокупля С.Ф. 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 ИП Дорогокуплю С.Ф. 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

04 апреля 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: Ю.В. Виногорова – главный специалист-эксперт отдела рекламы;

Е.А. Скоп – ведущий специалист-эксперт отдела рекламы,

на основании своего решения от 04 апреля 2014 г. по делу № 17 о признании ненадлежащей рекламы, распространенной на телефонный номер заявителя по вх. № 3095э от 29.10.2013г., с использованием подвижной радиотелефонной связи, а Индивидуального предпринимателя Дорогокупля С.Ф. 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. Индивидуального предпринимателя Дорогокупля С.Ф. 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием,

в том числе следующей рекламой распространенной 29.10.2013г. в 14:30 ч. на номер заявителя «...» с номера «...» (буквенное обозначение «FOX LUXE») следующего содержания:

«Меховая компания FOX LUXE: Новое поступление – 214г. Шубы из норки, кожаные пуховики, дубленки, Италия, Греция, Германия Скидка до 50% на коллекцию 2013 г. ТЦ Москва, Крылова, 26, 2-й этаж, тел. «...».

2. ИП Дорогокуплю С.Ф. представить в Новосибирское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 30 июня 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 статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.