

Решение по делу №08-745/2014

исх. РБ-08/2744 от 27.02.2015

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по РТ по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

<...>

рассмотрев дело № 08-745/2014, по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Телеком», ООО «Прометей» по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента, 05.06.2014г. в 13 часов 48 минут, на мобильный номер <...> <...>, с номера +79083689031, с текстом: «ЗАВЕДЕМ ТАК ... ЧТО ЖЕНА не справится. ЗАПРЕТНЫЕ СЕКРЕТЫ! 24чRELAX_2033421»,

Установила:

В соответствии со статьями 33, 34 Федерального закона от 13.03.06. № 38-ФЗ «О рекламе» Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Управление) осуществляет в пределах своих полномочий государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее - Управление) поступило обращение гражданина (вх. №8931 от 26.08.2014г) о проверке соблюдения законодательства о рекламе по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия 05.06.2014г. в 13 часов 48 минут, на мобильный номер <...> <...>, с номера +79083689031, с текстом: «ЗАВЕДЕМ ТАК ... ЧТО ЖЕНА не справится. ЗАПРЕТНЫЕ СЕКРЕТЫ! 24чRELAX_2033421».

В своем обращении заявитель указал, что согласия на получение данной рекламы он не давал.

По факту распространения вышеназванной рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента возбуждено дело №08-745/2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Из анализа представленных ОАО «СМАРТС» письменных пояснений (вх. № 8814 от 25.08.2014г.) следует, что ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, а согласно технической документации номер <...> закреплен за смс-центром ЗАО «Астрахань-GSM».

Также Управлением от ЗАО «Астрахань-GSM» получены документы и сведения, а также письменные пояснения (вх. №12875 от 28.11.2014г.), из анализа которых установлено, что указанное смс-сообщение отправлено ООО «Телеком» на основании заключенного между ООО «Телеком» и ЗАО «Астрахань-GSM» договора № 06-02-02/122 от 01.07.2014г. (далее – Договор). ЗАО «Астрахань-GSM» указывает на то, что ЗАО «Астрахань-GSM» не занимается созданием и распространением рекламы. По условиям Договора ООО «Телеком» самостоятельно обеспечивает своим клиентам беспроводной доступ к своему Шлюзу (п. 2.1.1. Договора) с целью инициализации Входящего трафика. Механизм получения согласия и

формирования базы ЗАО «Астрахань-GSM» не известен. Также, в соответствии с п. 2.1.22 Договора ООО «Телеком» гарантирует, что содержание услуги соответствует действующему законодательству, в том числе, закону о рекламе, вся ответственность согласно пункту 4.4. Договора начиная с момента подготовки текста sms-сообщения, их редактирования и последующей отправки несет ООО «Телеком».

Также в Управление поступили документы и сведения от ООО «Телеком», из анализа которых следует, что заказчиком вышеназванного смс-сообщения является ООО «Прометей», с которым ООО «Телеком» заключило договор № СМС-3102/14 от 23 июля 2014г. ООО «Телеком» указывает, что ООО «Телеком» предоставляет программное обеспечение заказчикам для рассылки смс-сообщений, ООО «Прометей» само определяет текст для рассылки и абонентов, которым посылаются смс-сообщения. Также ООО «Телеком» указывает, что по договору № СМС-3102/14 от 23 июля 2014г. всю ответственность ООО «Прометей» берет на себя.

Так же от ООО «Прометей» в Управление поступили документы и сведения (вх. №1960 от 16.02.2015г.) согласно которым ООО «Прометей» ссылается на то, что вышеуказанное смс-сообщение было отправлено ООО «СтройКомплет» на основании Договора №0109/2014 от 01 сентября 2014г., заключенного между ООО «Прометей» и ООО «СтройКомплет».

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе») целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 Закона «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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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 - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 14.06.2012 г. о порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» 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.

Смс-сообщение, поступившее на телефон заявителя, не носит персонализированный характер.

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».

Распространенная на номер заявителя информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закон «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно части 1 статьи 5 Закона «О рекламе», реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе 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 Закона «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.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «Согласно части 1 статьи 18 Закона 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом

или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

Таким образом, обязанность доказывания наличия предварительного согласия абонента на получение рекламы возложено на рекламодателей.

Исходя из анализа представленных в материалы дела документов установлено, что ЗАО «Астрахань-GSM» предоставило ООО «Телеком» подключение к своему оборудованию для отправки коротких текстовых сообщений. ЗАО «Астрахань-GSM» определило, что вышеназванное смс-сообщение направлено ООО «Телеком», которому предоставлена такая возможность согласно договору № 06-02-02/122 от 01.07.2014г.

Согласно пункту 2.1.5. договора № 06-02-02/122 от 01.07.2014г., заключенного между ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Телеком», предусмотрена обязанность ООО «Телеком» не использовать выделенные каналы оборудования, установленные у ЗАО «Астрахань-GSM», для организации спама, которая осуществлена для намеренной передачи сообщений, могущих привести к нарушению работоспособности мобильных терминалов, для массовой передачи сообщений оскорбительного или клеветнического характера или сообщений, разжигающих национальную, расовую или религиозную роль, передача смс порнографического содержания, передача трафика из системы типа «SMS-Чат», использующих схему биллинга типа «MT», равно как и не способствовать возможным попыткам подобного использования выделенных каналов третьими лицами, осуществлять рассылку смс-сообщений в соответствии с законодательством РФ. Также согласно пунктам 2.1.21. и 2.1.22. ООО «Телеком» обязуется использовать услугу в соответствии нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим свое письменное согласие на ее получение; ООО «Телеком» гарантирует, что содержание услуги соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе нормам законов об охране авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, о рекламе, действующих на территории Российской Федерации, законодательству об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также норм международного права. В соответствии с пунктом 4.4. ЗАО «Астрахань-GSM» не является создателем (изготовителем) и распространителем смс-сообщений, начиная с момента подготовки текста смс-сообщений, его редактирования и заканчивая отправкой смс-сообщений пользователям, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение смс-сообщений и их содержание ЗАО «Астрахань-GSM» не несет.

Установлено, что ООО «Телеком» в свою очередь предоставило ООО «Прометей» возможность отправки смс-сообщений на основании договора № СМС-3102/14 от

23 июля 2014г., согласно которому ООО «Прометей» получило доступ к программному приложению, обеспечивающему возможность формирования, доставку, подтверждение о доставке смс-сообщений в течение определенного периода. Пунктом 3.2.3 названного договора предусмотрена обязанность ООО «Прометей» в обязательном порядке получить от адресата (абонента) согласие на получение смс-сообщений.

Так же от ООО «Прометей» в Управление поступили документы и сведения (вх. №1960 от 16.02.2015г.) согласно которым ООО «Прометей» ссылается на то, что вышеуказанное смс-сообщение было отправлено ООО «СтройКомплет» на основании Договора №0109/2014 от 01 сентября 2014г., заключенного между ООО «Прометей» и ООО «СтройКомплет». Однако ООО «Прометей» не были представлены следующие запрашиваемые документы Управлением: приложение счетов, платежных поручений, актов выполненных работ для ООО «СтройКомплет». Согласно П. 3.1.2. Договора №0109/2014 от 01 сентября 2014г., ООО «Прометей» не позднее 5 (Пяти) календарных дней с момента оказания услуги предоставлять ООО «СтройКомплет» счет на оплату, счет-фактуру и Акт об оказании Услуг, следовательно, у ООО «Прометей» должны были сохраниться вышеперечисленные документы. Таким образом Управление приходит к выводу, что рекламодателем является ООО «Прометей», т.к. доказательств обратного ООО «Прометей» не было представлено.

Статьей 3 Закона «О рекламе» определено, что рекламодатель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, проведя анализ имеющихся в деле документов и сведений, комиссия приходит к выводу, что рекламодателями вышеуказанной рекламы являются ООО «Прометей» и ООО «Телеком».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей.

Из положений части 7 статьи 38 Федерального Закона «О рекламе» следует, что за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона «О рекламе», ответственность несет рекламодатель.

Так как из обращения заявителя, на мобильный номер которого поступило вышеуказанное смс-сообщение, следует, что рассматриваемое рекламное сообщение с текстом: «ЗАВЕДЕМ ТАК ... ЧТО ЖЕНА не справится. ЗАПРЕТНЫЕ СЕКРЕТЫ! 24чRELAX_2033421», поступило без получения его предварительного согласия, а ни ООО «Прометей», ни ООО «Телеком» не представили доказательств наличия такого согласия заявителя на получение данной рекламы по сетям электросвязи, ООО «Прометей» и ООО «Телеком» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

Нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях (ч. 4 ст. 38 Федерального закона «О рекламе»).

Административная ответственность за нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с ч. 1 ст. 36 Закона «О рекламе» по результатам рассмотрения дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган принимает решения и выдает предписания. Согласно ч. 3 ст. 36 Федерального закона «О рекламе» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдаются на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей.

ЗАО «Астрахань-GSM» представило соглашение о расторжении договора от 5 ноября 2014 года, согласно которому договор № 06-02-02/122 от 01.07.2014г., заключенный между ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Телеком», расторгнут.

На основании вышеуказанного и руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1 и 2 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, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

Решила:

1. Признать рекламу следующего содержания: ««ЗАВЕДЕМ ТАК ... ЧТО ЖЕНА не справится. ЗАПРЕТНЫЕ СЕКРЕТЫ! 24чRELAX_2033421» распространенную 05.06.2014г. в 13 часов 48 минут, на мобильный номер <...> <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей.

2. В связи с добровольным устранением правонарушения, предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 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.