

Определение
о прекращении производства по делу

Дата оглашения решения: 03.09.2013 г.

Дата изготовления решения: 17.09.2013 г. г. Кострома

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

Председатель Комиссии - <...>, руководитель управления,

члены Комиссии: <...> - начальник отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов и рекламы, <...> - главный государственный инспектор отдела антимонопольного контроля хозяйствующих субъектов и рекламы, рассмотрев материалы дела №ВД 07-28/1138, возбужденного в отношении Открытого акционерного общества - ОАО «МегаФон» (115035, г. Москва, Кадашевская наб., 30) (далее – Общество) о нарушении требований, установленных ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

- представителя Общества <...> (нотариальная доверенность 44 АА 0229634 от 17.07.2013 г.),

в присутствии представителя заинтересованного лица:

- генерального директора ООО «АТЛАС-К» <...> (решение единственного учредителя ООО «АТЛАС-К» от 01.01.2012 г. №1),

УСТАНОВИЛА:

В Костромское УФАС России поступило обращение <...> с указанием на признаки нарушения ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) при распространении рекламы услуг ООО «Атлас-К» по реализации туристических продуктов следующего содержания:

«Отдыхайте в Болгарии за 10000. Получите в подарок экскурсию! 47-17-70» (27.03.2013 г., 19 час. 02 мин.);

«Испания, вылет 13.05 – от 8000, Греция, 13.05 – от 8000. Тел. 47-17-70» (22.04.2013 г., 13 час. 13 мин.),

распространявшейся посредством SMS-сообщений в сети «МегаФон» (абонентский номер <...> -920-645-45-50) без предварительного согласия абонента.

В соответствии с п. 1 ст. 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.

Как следует из статьи 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 излучение, 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 Закона о рекламе, предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 Закона о рекламе, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как её 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.

Рассматриваемые SMS-сообщения являются неперсонифицированной информацией, направленной на привлечение внимания к услугам компании под коммерческим обозначением «Атлас-К», имеют целью формирование и поддержание интереса к туристическим услугам, и их продвижение.

Таким образом, данная информация является рекламой.

В силу пункта 1 статьи 5 Закона о рекламе реклама должна быть добросовестной и достоверной. Под ненадлежащей рекламой понимается реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (пункт 4 статьи 3 Закона). Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Пунктом 1 ст. 18 Закона о рекламе предусмотрено, что 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 силу ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Как следует из условий договора от 15.02.2010 №05/4 (далее - договор), ООО «КГС ГРУПП» обязалось обеспечивать ООО «АТЛАС-К» доступ к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS-сообщений в течение определенного периода.

Согласно раздела 2 договора используемый в договоре термин «система» означает комплекс программных средств, позволяющих Заказчику – ООО «АТЛАС-К» зарегистрироваться, отправлять SMS-сообщения, отслеживать их статус и контролировать свой баланс.

Пункты 2, 3 раздела 3 договора гласят, что Заказчик обязан:

в обязательном порядке получить от адресата (непосредственно или через Клиента Заказчика), на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение SMS-сообщений;

любым доступным способом довести до сведения получателя SMS-сообщения информацию о возможности и способе, с помощью которого адресат сообщения

может отказаться от дальнейшего получения рассылки SMS-сообщений, что свидетельствует о том, что ООО «КГС ГРУПП» оказывает услуги по обеспечению Заказчика – ООО «Атлас-К» технической возможностью (доступ к программному приложению Общества с ограниченной ответственностью «Национальная СМС Служба» (агентский договор №9/2010 от 18.03.2010 г.) в формировании и отправке SMS-сообщений. При этом Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя определял содержание данных SMS - сообщений и абонентов.

Дальнейшая передача полученных SMS - сообщений абонентам Операторов осуществлялась согласно:

1. договора №145-syst1 от 01.02.2011 г., заключенного между ООО «Национальная СМС Служба» (Заказчик) и ООО «А1 Системс» (Исполнитель), согласно которого:

Исполнитель обязуется по заданию Заказчика оказывать последнему следующие услуги: передавать SMS – сообщения от Заказчика посредством технических и программных средств исполнителя абонентам Операторов;

Заказчик обязуется передавать Исполнителю данные (SMS - сообщения) и номера Абонентов для выполнения исполнителем своих обязанностей по договору;

2. договора №24155453/244- syst1 от 03.10.2011 г., заключенного между ООО «А1 Системс» и ЗАО «Енисейтелеком», согласно которого:

ЗАО «Енисейтелеком» (ЗАО «ЕТК») оказывает Абоненту (ООО «А1 Системс») услуги подвижной радиотелефонной связи, услуги передачи данных, услуги телематических служб (услуги связи) в соответствии с действующим законодательством и выданными ЗАО «ЕТК» лицензиями, а Абонент обязуется своевременно оплачивать услуги связи в соответствии с выбранным Абонентом тарифным планом и действующими тарифами;

Абонент заключает настоящий договор с целью потребления услуг связи и не вправе использовать выделенный ему абонентский номер с целью перепродажи услуг третьим лицам;

Абонент обязуется не использовать выделенный абонентский номер для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок, установки шлюзов (или устройств) для доступа к сети местной, зонавой, междугородной или международной телефонной связи, интернет-телефонии и других не предусмотренных договором мероприятий, направленных на изменение направления вызовов или порядка установления телефонных соединений или приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи или причинению убытков ЗАО «ЕТК».

Согласно пояснений представителя ОАО «МегаФон» Общество оказывает абоненту <...> услуги связи на основании заключенного в соответствии с гражданским законодательством и Правилами договора об оказании услуг связи №74688-00 от 23.05.2005 г. (далее – договор). В рамках исполнения договорных обязательств Общество обеспечивает передачу по сети подвижной связи коротких текстовых сообщений, адресованных абоненту <...> Никаких технических и фактических действий по формированию содержания таких сообщений, а также выборку их адресатов ОАО «Мегафон» не осуществляет.

Осуществляя деятельность по приему и передаче коротких текстовых сообщений, ОАО «Мегафон» не представляется возможным производить ознакомление с содержанием сообщений, иное означало бы нарушение ОАО «Мегафон» запрета на разрешение тайны связи.

Таким образом, в рассматриваемом случае ООО «АТЛАС-К» определило объект рекламирования, содержание рекламы и совершило действия по доведению до

потребителя – гр. <...> рассматриваемой рекламы путем направления ему SMS - сообщения, согласия на получение которого он не давал.

В соответствии со ст. 3 Закона о рекламе рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное лицо, определившее объект рекламирования; рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

В связи с тем, что ООО «АТЛАС-К» определило объект рекламирования, содержание рекламы, и совершило действия по доведению рекламы до потребителя, следовательно, оно является и рекламодателем, и рекламопроизводителем, и рекламодателем рассматриваемой рекламы.

На основании вышеизложенного, руководствуясь материалами дела, положениями п.п. 1, 2 ст. 44, абз. 2 п. 1 ст. 46 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» Комиссией Костромского УФАС России установлено, что ОАО «МегаФон» не является рекламодателем рассматриваемой рекламы. Руководствуясь абзацем 1 пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Производство по делу №ВД 07-28/1138 прекратить.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии:

<...>

<...>

- [opredelenie o prekrashchenii dela vd 07-28-1138.doc](#)