

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-19-2013

Резолютивная часть решения по делу оглашена 02 сентября 2013 г.

Решение изготовлено в полном объеме 16 сентября 2013 г.

г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Тверское УФАС России, Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – Фомин В.М, руководитель управления,

члены Комиссии:

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти;

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-19-2013, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения 26.03.2013 в 09.40. на принадлежащий С. (далее также Заявитель) телефонный номер <...> -915-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «606-***. Такси Хоттабыч – мы наколдуюем Вам машину!»,

в присутствии:

- заявителя: С.,

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: индивидуального предпринимателя Ц. (далее - ИП Ц.),

в отсутствие надлежащим образом извещенных о месте, дате и времени рассмотрения дела представителей ОАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем» (далее - ОАО «СМАРТС»),

УСТАНОВИЛА:

08.08.2012 Тверским УФАС России на основании заявления С. возбуждено дело № 04-6/2-19-2013 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон) по факту распространения 26.03.2013 в 09.40. на принадлежащий Заявителю телефонный номер <...> -915-*** без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «606-***. Такси Хоттабыч – мы наколдуюем Вам машину!».

Вышеуказанное смс-сообщение, как следует из представленной Заявителем

распечатки о состоявшихся в период с 07.02.2013 по 07.05.2013 разговорах, полученной им в свою очередь от ЗАО «Русская телефонная компания», Регион «Центр», поступило 26.03.2013 в 09.40. с номера + 7902***.

Согласно размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи в информационно – телекоммуникационной сети Интернет, адрес сайта <http://www.rossvyaz.ru>, информации, оператором сети с ресурсом нумерации с кодом 902 в пределах диапазона 3700000 - 3799999 является ОАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем» (далее - ОАО «СМАРТС»).

Согласно информации, представленной ОАО «СМАРТС» письмом от 07.06.2013, вышеуказанное смс-сообщение было отправлено ИП Ц., с которым у ОАО «СМАРТС» заключен договор от 28.02.2013 (далее - договор).

ИП Ц. оказывала услуги по рассылке SMS-сообщения адресатам, которые дали письменное согласие на получение информационных SMS-сообщений.

Из пояснений ИП Ц. от 26.07.2013, а также данных при рассмотрении дела, следует, что она, заключив договор с ОАО «СМАРТС», отправляла смс-сообщения с рекламой услуг такси «Хоттабыч»; такое смс-сообщение могла отправить и Заявителю.

В соответствии со статьей 1 Закона **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 **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 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.

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.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются оказываемые ИП Ц. услуги такси «Хоттабыч».

Согласно части 1 статьи 5 Закона, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона 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 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 указано выше, при обращении в Тверское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его разрешения на получение рекламных сообщений от ИП Ц. об услугах такси «Хоттабыч».

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».

Учитывая отсутствие разрешения заявителя и его согласия на получение рекламы услуг такси, при распространении на телефон Заявителя 26.03.2013 посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «606-***. Такси Хоттабыч – мы наколдуем Вам машину!» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

Как указано выше, статьей 3 Закона определено, что рекламодатель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. При этом Закон содержит понятие рекламодателя и не ограничивает количество таких рекламодателей (постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.02.2011 № 09АП-33644/2010-АК по делу № А40-109462/10-94-618).

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что ими являются ОАО «СМАРТС» и ИП Ц., и такой вывод позволяет сделать наличие и характер договорных отношений между оператором связи – ОАО «СМАРТС», и ИП Ц., что дает основания рассматривать их отношения как взаимосвязанные действия рекламодателей.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В соответствии с пунктами 1 и 2 статьи 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи. Правила оказания услуг связи утверждаются Правительством Российской Федерации. Правилами оказания услуг связи регламентируются взаимоотношения пользователей услугами связи и операторов связи при заключении и исполнении договора об оказании услуг связи, а также порядок и основания приостановления оказания услуг связи по договору и расторжения такого договора, особенности оказания услуг связи, права и обязанности операторов связи и пользователей услугами связи, форма и порядок

расчетов за оказанные услуги связи, порядок предъявления и рассмотрения жалоб, претензий пользователей услугами связи, ответственность сторон.

В соответствии с абзацем 2 пункта 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услугами связи услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи.

Согласно пояснениям ОАО «СМАРТС» (письмо от 15.08.2013) данное Общество в рамках договора с ИП Ц. организовало партнеру доступа к оборудованию SMS-центра по smpp-протоколу, далее информационную sms-рассылку осуществлял ИП Ц. с помощью своего программного комплекса. По мнению ОАО «СМАРТС», из содержания пункта 5.4 договора № 35-13 следует, что оно не является создателем и распространителем вышеуказанного sms-сообщения.

Как следует из представленных в материалы дела документов, ОАО «СМАРТС» (Исполнитель) заключило с ИП Ц. (Заказчик) договор от 28.02.2013 г. В данном договоре используются понятия: sms-сообщение – короткое текстовое сообщение, которое могут принимать абоненты операторов сотовых сетей; комплекс – совокупность аппаратно-программных средств, установленных в действующих на территории каждой из сторон и используемых для выполнения условий договора; спам – незапрошенное получателем сообщение рекламного характера. Согласно пункту 2.1 договора его предметом является предоставление Исполнителем (ОАО «СМАРТС») Заказчику (ИП Ц.) услуг по техническому обеспечению передачи sms-сообщений абонентам посредством WEB-интерфейса с использованием комплекса Исполнителя. Согласно пунктам раздела 3 договора Исполнитель обязуется вести учет предоставленных учетных данных; Исполнитель не гарантирует прохождение sms трафика без sms-сообщений по причинам недоступности абонента, невозможности им принять sms-сообщений по другим независимым от Исполнителя причинам. Согласно положениям этого же раздела договора Заказчик обязан не использовать комплекс Исполнителя для передачи sms-спама, не рассылать sms-сообщения на адреса, полученные методом перебора абонентских телефонных номеров. В разделе 5 договора указано об ответственности Заказчика за ненадлежащее или незаконное распространение sms-сообщений и их содержание; а также об обязанности Заказчика возместить Исполнителю ущерб в случае вынесения судебного или иного решения против Исполнителя в результате неправомерных действий Заказчика, связанных с исполнением договора № 35-13.

ОАО «СМАРТС» свою деятельность по оказанию услуг по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, осуществляет на основании лицензии № 91446, выданной Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Согласно выписке из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей от 02.04.2012 основным видом деятельности ИП Ц. является деятельность такси – код по ОКВЭД - 60.22. ИП Цветкова Е.С. внесена в реестр выданных разрешений на осуществление деятельности по перевозке пассажиров и багажа легковым такси, размещенных на сайте Министерства транспорта Тверской области в сети Интернет www.mintrans.tver.ru, номера выданных

разрешений: 000***, 000***, 000***, 002***, 002***.

ИП Ц. представила письменные пояснения, в которых фактически признала факт распространения смс-сообщений с рекламой услуг такси «Хоттабыч»; распространение смс-сообщений осуществлялось на основании заключенного с ОАО «СМАРТС» договора; смс-сообщения направляла клиентам такси «Хоттабыч». Также ИП Ц. указала о том, что заключение договора и приобретение «пакета смс» было ей фактически навязано со стороны ОАО «СМАРТС».

Анализ договорных отношений между ИП Ц. и ОАО «СМАРТС» свидетельствует о следующем.

ИП Ц., используя предоставленный ей в рамках вышеуказанного договора с ОАО «СМАРТС» доступ к оборудованию SMS-центра (или комплексу – совокупности аппаратно-программных средств, установленных в действующих на территории каждой из сторон и используемых для выполнения условий договора), непосредственно формировала текст исходящего сообщения, определяла его содержание, формируя базу данных, осуществляла отправку смс-сообщений клиентам такси «Хоттабыч», в том числе, и С.

ОАО «СМАРТС», являясь владельцем оборудованию SMS-центра, обрабатывало смс-сообщения, поступающие от ИП Ц., оказывало последнему услуги по доставке смс-сообщений (смс-трафик) от ИП Ц. до клиентов такси «Хоттабыч», что подтверждается также пунктами 1.2 и 2.1 договора № 35-13.

Таким образом, в рамках заключенного договора ОАО «СМАРТС» осуществляло фактическое доведение информации, передаваемой ИП Ц., до сведения абонентов, т.е. осуществляло действия по ретрансляции (распространению) смс-сообщений, а ИП Ц. являлась первым звеном в осуществлении смс-рассылки, т.е. вышеназванные лица являются рекламораспространителями рекламного смс-сообщения, направленного на привлечения внимания к услугам такси «Хоттабыч».

При этом содержание договора свидетельствует о том, что стороны осознают возможность нарушения рекламного законодательства – в части распространения рекламы посредством смс-сообщений без согласия абонента, оговаривают ответственность другой стороны за такое нарушение, «перекладывая» на такую сторону ответственность за данное нарушение.

Доводы ОАО «СМАРТС» о том, что оно не является рекламораспространителем, Комиссия считает несостоятельными, поскольку его действия отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Закона в отношении рекламораспространителя – распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае - смс-сообщений.

С учетом изложенного, действия ОАО «СМАРТС» и ИП Ц., участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя по распространению смс-сообщения на его телефонный номер по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без его предварительного согласия, совершены с нарушением часть 1 статьи 18 Закона.

Руководствуясь статьей 9, частью 1 статьи 18, 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, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия Индивидуального предпринимателя Ц. и ОАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем» по распространению 26.03.2013 г. смс-сообщения, содержащего рекламу услуг такси «Хоттабыч», без получения предварительного согласия абонента, нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать Индивидуальному предпринимателю Ц. и ОАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении рекламодателей указанной рекламы: Индивидуального предпринимателя Ц. и ОАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем».

Резолютивная часть решения оглашена 02 сентября 2013 г.

Решение изготовлено в полном объеме 16 сентября 2013 г.

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

Председатель Комиссии В.М. Фомин

Члены Комиссии Е.И. Манюгина М.Ю. Шуклина

ПРЕДПИСАНИЕ 04-6/2-19-2013

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации

о рекламе

Резолютивная часть предписания оглашена 02 сентября 2013 г.

Предписание изготовлено в полном объеме 16 сентября 2013 г.

г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Тверское УФАС России, Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – Фомин В.М, руководитель управления,

члены Комиссии:

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти;

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

на основании своего решения от 02.09.2013 по делу № 04-6/2-19-2013 о признании ненадлежащей рекламы такси «Хоттабыч» и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1 и 3 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 44 и 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

- 1. В срок до 20.10.2013:**
- Индивидуальному предпринимателю Ц., ОАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем» (далее - ОАО «СМАРТС») при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> -915-*** обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», **а именно, прекратить распространение рекламных СМС-сообщений услуг такси «Хоттабыч» без предварительного согласия абонента.**
- 3. В срок до 25.10.2013** ОАО «СМАРТС» и Индивидуальному предпринимателю Цв. представить в Тверское УФАС России информацию об исполнении предписания.

Примечание: Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена ответственность за неисполнение предписания органа исполнительной власти, уполномоченного на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд. В случае неисполнения предписания Тверское УФАС России вправе обратиться в суд, арбитражный суд с требованием о понуждении совершения действий, соответствующих законодательству Российской Федерации, с заявлением в защиту прав и законных интересов участников размещения заказа.

Обжалование в судебном порядке настоящего предписания не приостанавливает его исполнение.

Председатель Комиссии В.М. Фомин

Члены Комиссии Е.И. Манюгина М.Ю. Шуклина

