

Решение по делу №08-184/2014

исх. РБ-08/4806 от 31.03.2015

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

<...>

рассмотрев дело<...>№ 08-184/2014, по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «КамаТелеком» (юр. адрес: 614010, г. Пермь, ул. Героев Хасана, 9, А; ИНН: 5904292726), ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, Астраханская область, г. Астрахань, ул. Лычманова,44; ИНН 3015038500) по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента 31.03.2014 г. в 10 часов 42 минуты, на мобильный номер <...> с номера +79086278042, смс-центр +79272909093, с текстом: «СТРОИТЕЛЬСТВО КОТТЕДЖЕЙ,БАНЬ,БЕСЕДОК ПОД КЛЮЧ (БРЕВНО,БРУС)Тел:2032280»,

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 поступило обращение гражданина (вх. № 691/ж от 31.03.2014г.) о проверке соблюдения законодательства о рекламе по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента 31.03.2014 г. в 10 часов 42 минуты, на мобильный номер <...> с номера +79086278042, смс-центр +79272909093, с текстом: «СТРОИТЕЛЬСТВО КОТТЕДЖЕЙ,БАНЬ,БЕСЕДОК ПОД КЛЮЧ (БРЕВНО,БРУС)Тел:2032280».

Согласно выписке из Российского плана нумерации по состоянию на 01.04.2014., размещенной на сайте Федерального агентства (Россвязь) по адресу <http://www.rossvyaz.ru/docs/articles/DEF-9x.html>, номер <...> входит в состав ресурса нумерации, выделенного ОАО «Мегафон».

ABC/ DEF	От	До	Емкость	Оператор	Регион
927	2900000	2999999	100000	Мегафон	Самарская область

Согласия на получение подобных сообщений заявитель не давал. Так же заявитель представил письменное разрешение на обработку своих персональных данных.

Данный факт имеет признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

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 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 пункте 1 статьи 3 Закона «О рекламе» дано понятие рекламы - 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.

Информация, поступившая на мобильный номер <...> содержит все необходимые юридические признаки рекламы, позволяющие определить ее именно в этом качестве и отличить от информации нерекламного характера: предназначена для неопределенного круга лиц; преследует строго заданные цели информирования: продвижение на рынке, призвана формировать и поддерживать интерес к услугам, предоставляемым соответствующим рекламодателем.

В целях установления рекламораспространителя Управлением был направлен запрос информации в адрес пользователя ресурса нумерации, в состав которого входит номер смс-центра +79272909093 - ОАО «Мегафон» (исх. № РБ-08/5908 от 28.04.2014г.).

В ответ на запрос информации ОАО «Мегафон» представило письменные пояснения (вх. № 5073 от 19.05.2014г.), из анализа которых следует, что данная смс-рассылка осуществлена с смс-центра +79023700113, который принадлежит ОАО «СМАРТС».

Управлением получены письменные пояснения ОАО «СМАРТС» (вх. № 7753 от 29.07.2014г.), исходя из которых установлено, что ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, а согласно технической документации номер <...> закреплен за смс-центром ЗАО «Астрахань-GSM».

Из представленных ЗАО «Астрахань-GSM» документов (вх. №8624 от 19.08.2014г.) следует, что указанное смс-сообщение отправлено ООО «КамаТелеком» на основании заключенного между ООО «КамаТелеком» и ЗАО «Астрахань-GSM» договора № 06-02-02/15 от 01.02.2014г (далее – Договор) и дополнительного соглашения № 1 от 01.02.2014 г. к названному договору. ЗАО «Астрахань-GSM» указывает на то, что ЗАО «Астрахань-GSM» не занимается созданием и распространением рекламы. ЗАО «Астрахань-GSM» заключает договоры с юридическими лицами по пропуску смс-трафика. Так, согласно Договору с ООО «КамаТелеком», ЗАО «Астрахань-GSM» организывает ООО «КамаТелеком» доступ к оборудованию смс-центра по smpp протоколу, далее смс-рассылку осуществляет ООО «КамаТелеком» с помощью своего программного комплекса.

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-сообщения, поступившие на телефоны заявителей, не носят 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».

Распространенные на номера заявителей информации 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 «КамаТелеком» подключение к своему оборудованию для отправки коротких текстовых сообщений, а также предоставило доступ к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений. Установлено, что названная смс-рассылка произведена с номера, принадлежащего номерной емкости ЗАО «Астрахань-GSM», которое согласно дополнительному соглашению к Договору выделен ЗАО «Астрахань-GSM» в пользование ООО «КамаТелеком».

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.

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, рекламодателем указанных рекламных сообщений является ООО «Кама Телеком».

Согласно пункту 2.1.4. договора № 06-02-02/15 от 01.02.2014г., заключенного между ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Кама Телеком», предусмотрена обязанность ООО «Кама Телеком» не использовать выделенные каналы оборудования, установленные у ЗАО «Астрахань-GSM», для организации спама, которая осуществлена для намеренной передачи сообщений, способных 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 «Кама Телеком» обязуется использовать услугу в соответствии нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим свое письменное согласие на ее получение; ООО «Кама 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.

Так как из обращения заявителя, на мобильный номер которого поступило вышеназванное смс-сообщение, следует, что рассматриваемое рекламное сообщение с текстом: «СТРОИТЕЛЬСТВО КОТТЕДЖЕЙ, БАНЬ, БЕСЕДОК ПОД КЛЮЧ (БРЕВНО, БРУС) Тел: 2032280» не представило доказательств наличия такого согласия заявителя на получение данной рекламы по сетям электросвязи, ООО «Кама 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 23.10.2014г., согласно которому договор № 06-02-02/15 от 01.02.2014г., заключенный между ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «КамаТелеком», 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: «СТРОИТЕЛЬСТВО КОТТЕДЖЕЙ,БАНЬ,БЕСЕДОК ПОД КЛЮЧ (БРЕВНО,БРУС)Тел:2032280», распространенную 31.03.2014 г. в 10 часов 42 минуты, 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.