

РЕШЕНИЕ

по делу № 14-03-9-02/68

22 апреля 2014г.

г. Волгоград

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

Председатель Комиссии	заместитель руководителя Управления – Никуйко Ирина Борисовна,
Члены Комиссии	заместитель начальника отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы – Алимова Елена Владимировна, государственный инспектор отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы – Демичева Ксения Александровна,

рассмотрев дело № 14-03-9-02/68 по признакам нарушения ст. 9 ФЗ РФ от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (ФЗ «О рекламе»), возбуждённое в отношении ОАО «ВымпелКом»; ЗАО «ТЕМАФОН - Национальная Библиотека Цифровых Прав»,

с участием представителя от ОАО «ВымпелКом» ..., от ЗАО «ТЕМАФОН - Национальная Библиотека Цифровых Прав» ...,

УСТАНОВИЛА:

В соответствии с ч. 2 ст. 36 ФЗ «О рекламе» антимонопольный орган по собственной инициативе, представлению прокурора, обращениям органов государственной власти или органов местного самоуправления, а также по заявлениям физических или юридических лиц возбуждает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области поступили от гр. ... материалы, касающиеся рассылки смс-сообщений рекламного характера без согласия абонента (вх. № 6947 от 16.10.13г.)

Физическое лицо (абонент, которому принадлежит номер телефона +..., договор об оказании услуг связи «Билайн» № 488181998/1) сообщило, что им были получены смс-сообщения следующего содержания:

- 30 августа 2013г. в 14 ч 47 мин от 2014: «Это Ваш счастливый номер ...! Выиграйте 10 млн рублей от БИЛАЙН! Отправьте ДА на 2014 СЕЙЧАС! 19руб/день. Подробнее 0846 (беспл.)»;

- 31 августа 2013г. в 10 ч 05 мин от 2014: «ВАЖНО: У вас есть ШАНС ВЫИГРАТЬ 10 млн рублей от БИЛАЙН! Отправьте ДА на 2014 СЕЙЧАС! 19 руб/день. Отписаться от рассылки: Стоп на номер <...> . Подробнее 0846 (беспл.)»

К обращениям были приложены: - доказательства, подтверждающие факт получения SMS-рекламы на телефонный номер (фотографии экрана мобильного телефона с указанием текста рекламы и информации об отправителе, дата и время получения смс-сообщения), - согласие на обработку персональных данных.

Территориальный антимонопольный орган Федеральной антимонопольной службы, осуществляющий контроль за соблюдением законодательства о рекламе, руководствуется в своей деятельности Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006г. № 508.

При рассмотрении заявления и приложенных к нему документов и материалов антимонопольный орган: - определяет, относится ли данное дело к его компетенции; - устанавливает наличие признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и определяет нормы, которые подлежат применению; - определяет круг лиц, подлежащих привлечению к участию в деле.

В рамках рассмотрения заявления гражданина признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», установившей запрет на рассылку смс - сообщений, содержащих рекламу, без предварительного согласия абонента, в рассматриваемом случае не подтвердились.

Однако по результатам рассмотрения заявления, с учётом полученной информации, Волгоградское УФАС России выявило признаки нарушения ст. 9 ФЗ «О рекламе» в рассматриваемых рекламных смс-сообщениях.

Правилами рассмотрения антимонопольными органами дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (утверждены постановлением Правительства РФ от 17.08.2006г. № 508) предусмотрено, что в случае если до возбуждения дела или в ходе его рассмотрения будет установлено, что реклама, содержащая признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, распространяется на территории, подведомственной двум и более территориальным органам Федеральной антимонопольной службы, выявивший такое нарушение территориальный орган Федеральной антимонопольной службы передает материалы, свидетельствующие о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе, или дело в территориальный орган Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, либо ходатайствует перед Федеральной антимонопольной службой о наделении его полномочиями по возбуждению и рассмотрению дела.

18 февраля 2014г. за вх. № 1203 из ФАС России в адрес Волгоградского УФАС России поступило письмо о наделении территориального органа Федеральной антимонопольной службы полномочиями на возбуждение и рассмотрение дела в отношении ОАО «ВымпелКом» и ЗАО «ТЕМАФОН - Национальная Библиотека

Цифровых Прав».

Определением от 25.02.2014 г. было возбуждено производство по делу № 14-03-9-02/68 по признакам нарушения ст. 9 ФЗ «О рекламе» в отношении указанных хозяйствующих субъектов.

ОАО «ВымпелКом», ЗАО «ТЕМАФОН - Национальная Библиотека Цифровых Прав» не согласились с наличием в своих действиях признаков нарушения рекламного законодательства. ЗАО «ТЕМАФОН - Национальная Библиотека Цифровых Прав» (далее также ЗАО «Темафон»), являющееся организатором викторины «Смартфон для эрудита», проводимой ОАО «ВымпелКом» среди абонентов, указало, в частности, на следующие обстоятельства.

- викторина «Смартфон для эрудита» (далее «Викторина») является услугой, которая доступна всем абонентам сети «Билайн», данная услуга - это продукт интеллектуальной деятельности, разработанный по договору №1082/13 от 01.03.2016г. между ЗАО «Темафон» и ЗАО «Мобикон».

- целью участия в викторине является проверка участниками собственной эрудиции путём ответа на вопросы в различных областях знаний и возможности получения приза. Викторина не является лотереей или азартной игрой.

- под викториной согласно Современному толковому словарю русского языка под ред. Т.Ф. Ефремовой понимается игра в ответы на вопросы (устная или письменная) из разных областей знаний,

- возможность участия в викторине является платной услугой, стоимость которой составляет 19 руб. в сутки. Однако при этом Общество также указывает на то, что возможность пользоваться данной услугой не связана с приобретением какого-либо товара. Дополнительно ЗАО «Темафон» указало: *«Смартфон для эрудита» является развлекательной услугой (стоимость услуги 19 руб. в сутки), предоставляемой ОАО «ВымпелКом»,*

- участие в викторине, по мнению представителя ЗАО «Темафон» не стимулирует приобретение дополнительных услуг либо товаров, отсутствует стимул к дальнейшей покупке услуги, а также нет причинно-следственной связи между количеством покупок и возрастанием шансов на выигрыш приза.

Побуждением к приобретению услуги служат два фактора: получение удовольствия от игры и возможность получения приза. Плата взимается за получение вопросов и возможность проверить свои интеллектуальные способности.

- с учётом изложенного Общество считает, что викторина не является стимулирующим мероприятием, к которому применимы требования ст.9 ФЗ «О рекламе».

Изучив материалы дела, выслушав доводы сторон, Комиссия Волгоградского УФАС России установила следующая.

Лица, участвующие в рассмотрении дела, указывают, что рассматриваемые Комиссией антимонопольного управления в настоящем деле смс-сообщения, полученные гр. ... 31.08.2013 и 30.08.2013, носили информационный характер,

целью данных смс-сообщений являлось информирование Абонентов о проводимой викторине «Смартфон для эрудита».

Согласно п.п.1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» реклама – это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подп. 2-3 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

В подп. 1 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции» закреплено следующее понятие товара: *«Товар - объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот».*

Рассматриваемые смс-сообщения являются рекламой, поскольку отвечают всем квалифицирующим признакам рекламы, установленным подп. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе», а именно:

- информация распространена в форме смс-сообщения по сетям электросвязи, посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона РФ от 07.07.2003 № 126-ФЗ "О связи" под электросвязью понимаются 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.

SMS (от английского Short Message Service - служба коротких сообщений) представляет собой технологию, позволяющую осуществить прием и передачу коротких текстовых сообщений на мобильные телефоны,

- информация была адресована неопределенному кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная в полученном гр. Коноваловой А.Ю. смс-сообщении, не обращена к конкретному потребителю, из текста смс-сообщений не следует, что они были адресованы каким-либо определенным лицам,

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Как указано в

письменных объяснениях ЗАО «Темафон», «Смартфон для эрудита» является развлекательной услугой, имеющей свою стоимость (19 руб./сутки). Кроме того в качестве объекта рекламирования в рассматриваемом случае выступает стимулирующее мероприятие (см. текст смс-сообщений: «... Выиграйте 10 млн рублей от БИЛАЙН! Отправьте ДА на 2014 СЕЙЧАС! 19руб/день. ...»; «...У вас есть ШАНС ВЫИГРАТЬ 10 млн рублей от БИЛАЙН! ...»).

Доводы ЗАО «Темафон» о том, что возможность пользоваться услугой не связана с приобретением какого-либо товара опровергается самим Обществом в письменных объяснениях по делу, в которых указано: *«Возможность участия в Викторине является платной услугой, стоимость которой составляет 19 руб. в сутки».*

Открытое акционерное общество «Вымпел-Коммуникации» (ОАО «ВымпелКом») имеет место нахождения в г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14. Закрытое акционерное общество «ТЕМАФОН - Национальная Библиотека Цифровых Прав» (сокращенное наименование ЗАО «Темафон») находится по адресу г. Москва, ул. Краснопролетарская, д. 16, стр. 2.

В письме за исх. № 6557 от 14.11.2013г. ОАО «ВымпелКом» - оператор связи сообщил, что информирование о проводимой викторине осуществлялось ОАО «ВымпелКом» согласно Договору, заключенному между ОАО «ВымпелКом» и ЗАО «Темафон».

Так, условиями договора № ВК/ТФ-01.04.2013г. от 01 апреля 2013г. с учётом положений дополнительного соглашения № 2 от 20.09.2013г. предусмотрено:

- викторина проводится Исполнителем (ЗАО «Темафон») с использованием номера доступа «2013», номера доступа «2014» или номера доступа «2113», под названием «Смартфон для эрудита»,
- организатор викторины – ЗАО «Темафон-Национальная Библиотека Цифровых Прав»,
- производство трафика (т.е. оплаченного участниками викторины объема данных, создаваемого потоком смс-сообщений от участников на номера доступа) на стоимость смс-сообщения для участника викторины на номера доступа «2013», «2014», «2113», которая составляет 19 руб. представляют собой доход от абонента,
- по договору ЗАО «Темафон» обязалось оказать Заказчику (ОАО «ВымпелКом») услуги по организации и проведению Викторины с использованием технических средств Исполнителя и/или привлеченных им третьих лиц.
- срок оказания Услуг с «20» марта 2013 г. 31 декабря 2013г.
- правила проведения Викторин закреплены в дополнительном соглашении к договору № ВК/ТФ-01.04.2013г. от 01 апреля 2013г.

Исходя из условий договора, заключенного между ЗАО «Темафон» и ОАО «ВымпелКом», последнее обеспечивало отправку участникам викторины информации, относящейся к викторине, а осуществление смс-рассылки абонентам в силу подп. ж) п. 2.2. договора возлагалось на ЗАО «Темафон».

Как подтверждается в письме ОАО «ВымпелКом» от 14.11.2013г. № 6557,

викторина «Смартфон для эрудита» организована для проведения среди абонентов сети подвижной связи «Билайн» (ОАО «ВымпелКом») с использованием короткого номера доступа 2013, 2014 и 2113 (Номер Викторины), по условиям которой Участнику предлагается вопрос с двумя вариантами ответа, из которых он должен выбрать один правильный ответ. За каждый правильный ответ Участник получает баллы. Победителем Викторины признается Участник, набравший наибольшее количество баллов.

Викторина проводится на территории всех регионов Российской Федерации.

Участник Викторины - физическое лицо, являющееся стороной по абонентскому договору оказания услуг подвижной связи с оператором подвижной связи ОАО «ВымпелКом», заключившее абонентский договор на территории любого филиала ОАО «ВымпелКом» и изъявившее желание участвовать в Викторине путем приобретения контента на условиях подписки в результате отправки сообщения на номер доступа 2013 или 2014. Под контентом, как указано ОАО «ВымпелКом» в ответе на запрос Волгоградского УФАС России, понимается один из видов наполнения мобильных телефонов, в специальном формате, позволяющем получать, просматривать/прослушивать или воспроизводить его на мобильном телефоне, включая, но не ограничиваясь, одна картинка, одна анимационная картинка, одна тема.

Участники, не соответствующие вышеуказанным требованиям, не имеют права на участие в Викторине и права на получение призов.

Приобретение контента на условиях подписки, в результате чего предоставляется участие в Викторине, составляет 19 рублей в сутки с НДС. Приобретение единиц контента посредством отправки смс сообщений на номер <...> предоставляет возможность принять участие в Викторине. За отправку смс-сообщений на номер <...> взимается плата 50 рублей с НДС за смс-сообщение.

Алгоритм проведения Викторины.

Для того, чтобы принять участие в Викторине абонент должен приобрести контент на условиях подписки, направив любое смс-сообщение на номер доступа 2013 или 2014. Также ОАО «ВымпелКом» сообщило, что для предоставления более подробной информации о процедуре выдачи приза и требуемых документов сотрудник Организатора связывается с Победителем в течение (трех) суток, следующих за календарным днем, в котором состоялся выигрыш.

К материалам дела приобщен текст, который сообщается потребителю при обращении за подробной информацией на 0846, а именно:

- Станьте участником Викторины «Смартфон для эрудита» и получите шанс выиграть один из призов в том числе суперприз 10 миллионов рублей!

В рамках Викторины каждый день, кроме воскресенья, разыгрывается двадцать тысяч рублей. Каждое воскресенье разыгрывается Samsung Galaxy S4.

- Для участия в Викторине отправьте смс-сообщение со словом ДА в кириллице или латинице на номер <...> или 2014. После отправки сообщения Вы автоматически становитесь подписчиком Викторины и Вам ежедневно будут приходить вопросы с номера 2013 или 2014. Стоимость участия в Викторине 19 рублей в день.

- Вы сможете набрать дополнительные баллы, приняв участие в Бонусных фазах Викторины: Турбо-режим, Умножь свои баллы и Золотые вопросы.

- При участии в бонусных фазах стоимость отправки смс-сообщений увеличивается до 50 руб. В течении действия бонусной фазы участник умножает все свои баллы, накопленные на момент ответа, в 2 раза, за правильные ответы на 4 вопроса в течении действия бонусной фазы - Участник умножает свои баллы в 4 раза, за 6 и более правильных ответов - в 6 раз⁽¹⁾.

Разработанные Правила участия в викторине опровергают доводы лиц, участвующих в деле, о том, что рекламируемые услуги, викторина не стимулирует приобретение услуг либо товаров.

При этом, отвечая на вопрос Комиссии антимонопольного органа, представитель ЗАО «Темафон» подтвердил, что не установлена такая сумма баллов, при которой каждый набравший ее участник викторины гарантированно получит тот или иной приз. Получение приза зависит от набранных баллов. Однако получение максимального количества баллов также не гарантирует победу, поскольку п. 14.6. Правил проведения викторины предусмотрено, что в случае, если два и более участника набрали одинаковое количество баллов, победителем признается участник, набравший баллы первым.

Принимая решение, Комиссия антимонопольного органа оценила текст полученных смс-сообщений, в которых внимание потребителя акцентировалось на возможности выигрыша (не на гарантии получения при соблюдении ядра условий) денежного приза («У вас есть ШАНС ВЫИГРАТЬ»; «Это Ваш счастливый номер! Выиграйте...»).

Т.О., рассматриваемая реклама, полученная в августе 2013г. гр. ... посредством смс-сообщений, отвечает критериям, предусмотренным ст. 9 ФЗ «О рекламе»: условием участия в мероприятии является приобретение определенного товара (приобретение контента на условиях подписки – 19 руб./сутки – см. п. 6 Правил проведения викторины «Смартфон для эрудита»⁽²⁾); определение победителя проводится на основе случайного выбора с получением выигрышей.

Следовательно, при размещении данной информации должны были быть соблюдены требования ст. 9 ФЗ «О рекламе», а именно: реклама, сообщающая о проведении стимулирующей лотереи, конкурса, игры или иного подобного мероприятия, условием участия в которых является приобретение определенного товара (далее - стимулирующее мероприятие), должна содержать указания о:

- 1) сроках проведения такого мероприятия;
- 2) источнике информации об организаторе такого мероприятия, о правилах его проведения, количестве призов или выигрышей по результатам такого мероприятия, сроках, месте и порядке их получения.

Такая информация не присутствует в рассматриваемой рекламе.

Одной из целей ФЗ «О рекламе» является реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы (ст. 1 ФЗ «О рекламе»). Закон направлен на предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В Постановлении Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе" указано, что рекламодатель вправе выбрать форму, способ и средства рекламирования своего товара. Однако при этом он должен соблюдать обязательные требования, предъявляемые [Законом](#) о рекламе к рекламе, в частности о включении в рекламу предупреждающих надписей, обязательных сведений или условий оказания услуг.

Потребитель не должен догадываться о наличии той или иной информации в рекламе, он в соответствии с Законом должен получить полноценную информацию.

В соответствии с подп. 5, подп. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламодателем - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Представитель ЗАО «Темафон» подтвердил Комиссии антимонопольного органа, что организатор викторины выступал в рассматриваемом случае и в качестве рекламодателя и в качестве рекламодателя, ОАО «ВымпелКом», являясь стороной по договору с абонентом – гр., выполняло лишь функции оператора связи по доставке абоненту смс-сообщений. На последнем настоял также представитель ОАО «ВымпелКом».

Ходатайств, заявлений, в том числе о необходимости привлечения к участию в деле третьих лиц, от сторон на заседании Комиссии Волгоградского УФАС России не поступило.

В соответствии с п. 6-7 ст. 38 ФЗ РФ «О рекламе» рекламодатель и рекламодатель несут ответственность за нарушение требований, установленных статьей 9 ФЗ «О рекламе». Рекламопроизводитель несет ответственность в случае установления его вины.

В связи с изложенным признаки нарушения законодательства о рекламе в действиях ОАО «ВымпелКом» в рамках рассмотрения дела № 14-03-9-02/68 не подтвердились.

В соответствии с п. 4 ст. 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Нарушение рекламодателями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе в силу ч. 4 ст. 38 закона «О рекламе» № 38-ФЗ от 13.03.2006 г. влечёт за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

С учётом отсутствия в материалах дела доказательств прекращения распространения ненадлежащей рекламы на момент рассмотрения дела, Комиссия Волгоградского УФАС России считает необходимым выдать ЗАО «Темафон» предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства.

Рассматриваемая реклама от 2014 «Это Ваш счастливый номер ...! Выиграйте 10 млн рублей от БИЛАЙН! Отправьте ДА на 2014 СЕЙЧАС! 19руб/день. Подробнее

0846 (беспл.)»; «ВАЖНО: У вас есть ШАНС ВЫИГРАТЬ 10 млн рублей от БИЛАЙН! Отправьте ДА на 2014 СЕЙЧАС! 19 руб/день. Отписаться от рассылки: Стоп на номер <...> . Подробнее 0846 (беспл.)», распространявшаяся в августе 2013г. посредством смс-сообщений, в том числе на абонентский номер ... (г. Волгоград), является ненадлежащей, поскольку в ней не соблюдены требования ст. 9 ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь п. 1 ч. 2 ст.33, ч.1 ст. 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу от 2014 «Это Ваш счастливый номер! Выиграйте 10 млн рублей от БИЛАЙН! Отправьте ДА на 2014 СЕЙЧАС! 19руб/день. Подробнее 0846 (беспл.)»; «ВАЖНО: У вас есть ШАНС ВЫИГРАТЬ 10 млн рублей от БИЛАЙН! Отправьте ДА на 2014 СЕЙЧАС! 19 руб/день. Отписаться от рассылки: Стоп на номер <...> . Подробнее 0846 (беспл.)», распространявшуюся в августе 2013г. посредством смс-сообщения, в частности на абонентский номер +....., ненадлежащей, нарушающей ст. 9 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ЗАО «ТЕМАФОН - Национальная Библиотека Цифровых Прав» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Волгоградского УФАС России для возбуждения дел об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ЗАО «ТЕМАФОН - Национальная Библиотека Цифровых Прав».

Резолютивная часть решения оглашена 09 апреля 2014г. Решение изготовлено в полном объеме 22 апреля 2013г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

[\(1\)](#) Для каждой бонусной фазы предусмотрены свои правила начисления баллов.

[\(2\)](#) Приложение № 1 к дополнительному соглашению № 2 к договору № ВК/ТФ-01.04.2013 от 01.04.2013г.