

РЕШЕНИЕ

по делу № 300/2013-Р

«16» декабря 2013г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Рязанской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, в составе: <...>,

рассмотрев дело № 300/2013-Р по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» по факту распространения смс-рекламы: «3км – 100р даже между районами, ближе еще дешевле от 80р. Такси 700100» на телефонный номер <...>, в отсутствие рекламораспространителя – ИП Лобачева Е.А., заявителя - <...>, уведомленных надлежащим образом о месте и времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В Рязанское УФАС России 30.07.2013г. поступило заявление <...> (вх.2574) о том, что на ее мобильный номер <...> поступило смс-реклама следующего содержания - «3км – 100р даже между районами, ближе еще дешевле от 80р. Такси 700100», а на номер <...> – «Теперь еще дешевле! Поездки от 80р. По дисконтной карте. Такси 700-100».

Из заявления <...> следует, что согласие на получение рекламных сообщений от такси «Везет» она не давала.

К заявлению от 30.07.2013г. <...> приложила фотографию рекламного сообщения, поступившего 19.04.2013г. на номер <...>, детализированный отчет по состоявшимся разговорам за период с 02.04.2013г. по 04.07.2013г. на номер <...>, полученный от оператора связи из которого следует, что смс-сообщение 19.04.2013г. с рекламой: «3км – 100р даже между районами, ближе еще дешевле от 80р. Такси 700100» поступило с номера <...>.

Согласно выписке из Реестра Российской системы и плана нумерации (Реестр публикуется на сайте Федерального агентства связи <http://www.rossvyaz.ru>) указанный телефонный номер принадлежит оператору сотовой связи «Билайн», организационно-правовая форма которого ОАО «Вымпел-Коммуникации».

Из объяснений, представленных Рязанским филиалом ОАО «Вымпел-Коммуникации» следует, что рассылку информации, не связанной с информированием абонентов об оказываемых услугах связи, тем более рекламы третьих лиц, общество не осуществляет. ОАО «Вымпел-Коммуникации» является оператором связи и предоставляет телекоммуникационные услуги, в том числе услугу «Корпоративные смс-сервисы». «Корпоративные смс-сервисы» - это возможность для организации самостоятельно отправлять смс со своей компьютерной сети на телефоны своих клиентов, партнеров. Согласно данным, содержащимся в биллинговой системе ОАО «Вымпел-Коммуникации» указанное смс-сообщение было направлено ООО «Девино Телеком» (г. Москва). Между ОАО «Вымпел-Коммуникации» (Оператор) и ООО «Девино Телеком» (Абонент) 18.01.2012г. заключен договор об оказании услуг связи <...>, а также дополнительное соглашение <...> от 18.01.2012г. (далее - Соглашение) к

указанному договору. Предметом соглашения является оказание Абоненту услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (смс) от Абонента к пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи Оператора либо других операторов подвижной связи).

В соответствии с п. 4.10 Соглашения, Абонент обязался не использовать выделенные номера доступа и подключение к оборудованию Оператора с целью организации спама. Согласно Соглашению, услуга рассылки смс-сообщений осуществляется на основе платформы Абонента и предоставляется только юридическим лицам, с каждым из которых Абонент заключает договор оказания услуг, в котором прописана ответственность заказчика за рассылку СПАМ-сообщений. Пунктом 4.18 Соглашения также предусмотрено, что Абонент обязуется осуществлять смс-рассылки только при наличии согласия пользователя, подтвержденного документально.

ООО «Девино Телеком» в своем объяснении от 13.09.2013г. сообщило, что не является рекламодателем рекламы по факту рассылки смс-сообщения рекламного характера на абонентский номер <...> 19.04.2013г. следующего содержания: «3км – 100р даже между районами, ближе еще дешевле от 80р. Такси 700100». ООО «Девино Телеком» предоставляет техническую возможность отправки смс-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINOPlatform» ООО «Информация» на основании договора <...> от 11 января 2012г.

В соответствии с пунктом 2.1. дополнительного соглашения <...> к договору оказания услуг <...> от 11 января 2012г. исполнитель (ООО «ДевиноТелеком») предоставляет заказчику (ООО «Информация») доступ к личному кабинету пользователя на DEVINOPlatform, позволяющий заказчику самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды услуг.

В соответствии с пунктом 3.3.1. заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении дополнительного соглашения в отношении использования услуг, в том числе ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 3.3.2. дополнительного соглашения ООО «Информация» обязано самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно получить от подписчика, на мобильный терминал/электронный почтовый ящик которого планируется отправка сообщений, письменное согласие на получение таких сообщений.

В соответствии с пунктом 3.3.4. заказчик обязался не использовать подключение к DEVINOPlatform для организации спама.

Из договора оказания услуг <...> от 11 января 2012г. и дополнительного соглашения №1 к указанному договору было установлено, что ООО «Информация» (ИНН 0274062111) имеет место нахождения на территории, подведомственной Башкортостанскому УФАС России.

В соответствии с пунктом 3.21 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного приказом ФАС России от 23.11.2012г №711/12 заявление <...> было направлено в Башкортостанское УФАС

России.

Определением о возбуждении дела № Р-171-13 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе 03.10.2013г. Башкортостанским УФАС России рассмотрение дела было назначено к рассмотрению на 24.10.2013г. ООО «Информация» привлечено к рассмотрению в качестве рекламораспространителя.

В соответствии с определением о возбуждении дела № Р-171-13 в Башкортостанское УФАС России от ООО «Информация» 24.10.2013г. поступило объяснение, из которого следует, что рекламное сообщение <...> направил ИП Лобачев Е.А., а также ходатайство об отложении рассмотрения дела № Р-171-13 в связи с необходимостью предоставления документов.

Определением об отложении рассмотрение дела № Р-171-13 было назначено на 20.11.2013г. ИП Лобачев Е.А. привлечен к участию в рассмотрении дела в качестве заинтересованного лица.

Из материалов дела №Р-171-13 следует, что 07.11.2013г. в Башкортостанское УФАС России от ООО «Информация» поступили документы (вх.№ 15923 от 07.11.2013г.), а именно: письменные объяснения (исх.№93 от 05.11.2013г.) о том, что смс-сообщение: «3 км- 100р даже между районами, ближе еще дешевле от 80р. Такси 700100» абоненту номер телефона <...> в 15:29 19.04.2013г. направил ИП Лобачев Евгений Александрович, предприниматель из г.Рязани, контрагент ООО «Информация», место регистрации: <...>; копии страниц устава ООО «Информация»; свидетельство о государственной регистрации юридического лица от 11.02.2011г.; свидетельство о постановке на учет Российской организации в налоговом органе по месту нахождения на территории Российской Федерации от 11.02.2011г.; решение №2 Единственного участника ООО «Информация» от 22.02.2012г.; свидетельство о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя от 20.08.2007г.; копия паспорта Лобачева Е.А.; страховое свидетельство <...>; договор №17 от 21.02.2013г.

В соответствии с пунктом 2.1. Договора <...> от 21.02.2013г. ООО «Информация» (Исполнитель) обязуется оказать ИП Лобачеву Е.А (Заказчик) услуги, обеспечивающие техническую возможность Заказчика создавать и отправлять третьим лицам sms-сообщения, а Заказчик обязуется услуги Исполнителя принять и оплатить.

В соответствии с пунктом 3.1.3 указанного Договора Заказчик обязан самостоятельно определять третьих лиц, получать письменное согласие третьих лиц на получение sms-сообщений, не допускать автоматической рассылки (применение средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

Пунктом 5.1 Договора определено, что Заказчик является создателем (изготовителем) и распространителем sms-сообщений, начиная с момента подготовки текста sms-сообщения, его редактирования, ввода в программу и заканчивая отправкой sms-сообщений третьим лицам, внесенным Заказчиком самостоятельно в созданную базу данных, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение sms-сообщений и их содержание несет Заказчик.

Комиссией Башкортостанского УФАС России 20.11.2013г. установлено, что рекламодателем является ИП Лобачев Е.А. <...> и принято решение о замене ненадлежащего лица - ООО «Информация» (450077, РБ, г.Уфа, ул. Цюрупы, д.75), надлежащим - ИП Лобачевым Е.А. <...>.

Также, Комиссией Башкортостанского УФАС России установлено, что рекламодатель ИП Лобачев Е.А. <...> находится на территории, подведомственной Рязанскому УФАС России.

В соответствии с пунктом 3.37 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного приказом ФАС России от 23.11.2012г №711/12 Башкортостанским УФАС России материалы дела № Р-171-13 (от 22.11.2013г. исх. № 6/13348) направлены по подведомственности в Рязанское УФАС России.

Определением о принятии дела к производству № 300/2013-Р от 04.12.2013г. рассмотрение дела назначено на 16.12.2013г.

В Рязанское УФАС России 16.12.2013г. от ИП Лобачева Е.А. поступили письменные пояснения, из которых следует, что 19.04.2013г. на абонентский номер <...> смс-сообщение он направил ошибочно. При получении определения УФАС по Рязанской области, указанный номер абонента включен в список лиц, обратившихся с заявлением о прекращении рассылки (стоп-лист). В дальнейшем смс-сообщения на номер <...> направляться не будут.

Рассмотрев все имеющиеся в материалах дела № 300/2013-Р документы и сведения, Комиссия пришла к следующим выводам.

Направленная путем смс-сообщения информация является рекламой, так как, соответствует критериям рекламы, указанным в статье 3 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Реклама имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования (услуги такси) и способствовала его продвижению.

В силу части 1 статьи 18 ФЗ «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.

Заявитель предварительного согласия на получение рекламных сообщений ИП Лобачеву Е.А. не выражал.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно статье 2 Федерального закона «О связи», абонент – это пользователь

услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

В соответствии со статьей 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Согласно пункту 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии со статьей 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определено, что рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, ИП Лобачев Е.А. <...> является рекламораспространителем, поскольку им определен способ, распространения рекламы через программное обеспечение ООО «Информация» по Договору <...> от 21.02.2013г.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «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 ненадлежащей рекламу: «3км – 100р даже между районами, ближе еще дешевле от 80р. Такси 700100, распространяемую ИП Лобачевым Е.А. посредством сотовой связи на телефонный номер <...> - <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Рязанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 18 декабря 2013г.

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