

РЕШЕНИЕ

по делу № 298/2013-Р

«27» февраля 2014г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Рязанской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, в составе: <...> рассмотрев дело № 298/2013-Р по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», выразившегося при распространении смс-рекламы ЗАО «КОМСТАР-Регионы» на телефонный номер <...>, в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ЗАО «КОМСТАР-Регионы» <...> (доверенность <...> от 02.07.2013г.), в отсутствие: заявителя – <...>, заинтересованного лица – ООО «Мобил МаниТелеком», уведомленных надлежащим образом о месте и времени рассмотрения,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России 14.11.2013г. вх. №3920 поступило заявление <...> о том, что 11.11.2013г. в 10:09 на ее мобильный номер <...> поступило смс-сообщение рекламного характера: «Получите ТВ-приставку в подарок! Переходите на цифровое телевидение смотрите более 180 каналов в лучшем качестве! Справки по т. 8-800-250-00-50 или dom.mts.ru», отправитель КОМСТАР.

Из заявления <...> следует, что она не давала согласия на рассылку рекламных смс-сообщений на ее номер телефона.

<...> является абонентом сотового оператора ОАО «Вымпел Коммуникации».

Поскольку телефонный номер заявителя закреплен за ОАО «Вымпел-Коммуникации», для установления рекламораспространителя Рязанским УФАС России был направлен запрос в Рязанский филиал ОАО «Вымпел-Коммуникации».

Из объяснений Рязанского филиала ОАО «Вымпел-Коммуникации» (от 29.11.2013г. вх. №4114) следует, что смс-сообщение 11.11.2013г. в 10:08 было направлено ООО «ИнфоБип» г. Москва.

Между ОАО «Вымпел-Коммуникации» (Оператор) и ООО «ИнфоБип» (Абонент) 20.06.2011г. заключен договор об оказании услуг связи <...>, а также дополнительное соглашение <...> от 20.06.2011г. (далее – Соглашение) к указанному договору.

Предметом Соглашения является оказание Абоненту услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (sms) от Абонента к Пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи Оператора либо других операторов подвижной связи).

В соответствии с пунктом 4.10 Соглашения, Абонент обязался не использовать выделенные номера доступа и подключение к оборудованию Оператора с целью организации спама.

Согласно Соглашению, услуга рассылки sms-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 4.17 Соглашения также предусмотрено, что Абонент обязуется осуществлять смс-рассылки (без предварительного смс-запроса Пользователя) только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально.

В соответствии с определением о возбуждении дела № 298/2013-Р ООО «ИнфоБип» (17.12.2013г. вх. № 4437э) представило письменные объяснения, из которых следует, что общество оказывает услуги по приему и передаче электронных сообщений – смс, являясь технологическим посредником между заказчиками – рекламодателями и рекламодателями. ООО «ИнфоБип» имеет договорные отношения с ООО «СмартТелеком», заказчиком по договору оказания услуг <...> от 20.07.2013г. (далее – Договор). Согласно правилам оказания услуг (приложение №1 к Договору) Заказчик имеет право использовать услуги только для передачи информации абонентам, от которых получено согласие на получение таких сообщений в объективной форме, которая может быть предъявлена ООО «ИнфоБип» и оператору связи. Также Заказчик по Договору вправе самостоятельно определять имя отправителя, текст сообщения и иные свойства сообщения.

В соответствии с определением об отложении рассмотрения дела №298/2013-Р ООО «СмартТелеком» представило объяснение (от 15.01.2014г. вх. № 89э), из которого следует, что между ООО «СмартТелеком» и ООО «МобилМани Телеком» заключен Договор на оказание услуг <...> от 18.02.2013 (далее – Договор). В соответствии с условиями Договора ООО «СмартТелеком» оказывает услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке sms-сообщений ООО «МобилМани Телеком». Рассылку и формирование смс-сообщений ООО «СмартТелеком» не осуществляет. Согласно пункту 3.2.3. Договора ООО «МобилМани Телеком» должно самостоятельно получить согласие абонентов сотовой связи на рассылку смс-сообщений. ООО «СмартТелеком» не является создателем (изготовителем) и распространителем смс-сообщений, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством Российской Федерации за ненадлежащее или незаконное распространение смс-сообщений и их содержание, несет ООО «МобилМани Телеком».

Учитывая вышеизложенное, Комиссия 21.01.2014г. установила необходимость замены ненадлежащего лица – ООО «СмартТелеком», надлежащим – ООО «МобилМани Телеком».

В соответствии с определением об отложении дела №298/2013-Р (03.02.2014г. вх. № 344э) от ООО «МобилМани Телеком» поступило мотивированное письменное объяснение, из которого следует, что смс-рассылку рекламного характера на мобильный номер <...> осуществило ЗАО «КОМСТАР-Регионы» (ранее – ООО «АНТЕННА-ГАРАНТ»), с которым у ООО «МобилМани Телеком» заключен договор на оказание услуг <...> от 24.06.2011 г. (далее – договор).

Согласно договору ООО «МобилМани Телеком» оказывает услуги по организации передачи смс-сообщений ЗАО «КОМСТАР-Регионы». ООО «МобилМани Телеком» рассылку смс-сообщений не осуществляет.

Рассылка смс-сообщений производится ЗАО «КОМСТАР-Регионы» самостоятельно со своего личного кабинета, который зарегистрирован на сайте ООО «МобилМани Телеком».

В соответствии с пунктом 3.2.2 Заказчик (ЗАО «КОМСТАР-Регионы») обязался не отправлять через систему спам, смс-сообщения рекламного характера, если от абонента не было получено предварительное согласие в любой законной форме, указанной в пункте 3.2.5 договора, смс-сообщения оскорбительного или клеветнического характера или смс-сообщения, разжигавшие национальную, расовую или религиозную рознь.

Пунктом 3.2.5 договора Заказчик обязался осуществлять отправку смс-сообщений только тем абонентам, которые выразили свое согласие на получение, отправляемых смс-сообщений в любой законной форме (подписка через смс, анкета с указанием контактного номера, подписанное заявление или договор, акцепт на оферту и т.д.). Ответственность за выполнение настоящего условия несет Заказчик, т.е. ЗАО «КОМСТАР-Регионы».

В связи с тем, что Исполнитель (ООО «МобилМани Телеком») не является создателем (изготовителем) смс-сообщений, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством РФ за ненадлежащее или незаконное распространение смс-сообщений и их содержание, несет Заказчик (пункт 5.5 договора).

Таким образом, из объяснений ООО «МобилМани Телеком» следует, что рекламодателем является ЗАО «КОМСТАР-Регионы».

Вместе с тем, договор на оказание услуг по организации передачи смс-сообщений, включая услуги по регистрации смс-сообщений и их доставки абонентам через операторов связи, заключен с ООО «АНТЕННА-ГАРАНТ».

На основании вышеизложенного, 04.02.2014г. Комиссия установила необходимость замены ненадлежащего лица – ООО «Мобил МаниТелеком», надлежащим – ЗАО «КОМСТАР-Регионы», а также привлечь к участию в рассмотрении дела в качестве заинтересованного лица – ООО «МобилМани Телеком».

В соответствии с определением об отложении дела № 298/2013-Р ООО «МобилМани Телеком» 27.02.2014г. представило уведомление, направленное ЗАО «КОМСТАР-Регионы» в адрес ООО «МобилМани Телеком», из которого следует, что 07.09.2012г. завершена реорганизация ЗАО «АНТЕННА-ГАРАНТ» в форме присоединения к ЗАО «КОМСТАР-Регионы». В Единый государственный реестр юридических лиц 07.09.2012г. внесена запись о реорганизации ЗАО «АНТЕННА-ГАРАНТ». Правопреемником ЗАО «АНТЕННА-ГАРАНТ» во всех правоотношениях является ЗАО «КОМСТАР-Регионы».

ЗАО «КОМСТАР-Регионы» в своем письменном объяснении от 24.02.2014г. вх. № 648 пояснило, что <...> пользуется услугами компании ЗАО «КОМСТАР-Регионы» с 2006г. Между ЗАО «КОМСТАР-Регионы» (Оператор) и Полутис М.Ю. (Абонент) 18.01.2006г. был заключен договор оказания услуг связи <...> (далее – Договор). <...> 26.04.2010г. обратилась в компанию с заявлением на переоформление договора в связи со сменой фамилии. При переоформлении договора была оформлена заявка, являющаяся согласно пункта 2.1 Договора неотъемлемой частью, в

которой определен перечень услуг, заказанных Абонентом. При заключении договора Абонентом было дано согласие на получение сведений рекламного и информационного характера о деятельности Оператора, путем заполнения поля «Абонент», т.е. согласие получено на отдельном документе с отдельной подписью Абонента. В целях повышения уровня лояльности Абонентов компания ЗАО «КОМСТАР-Регионы» предоставляет Абонентам информацию о перечне услуг компании, в том числе и способом рассылки смс-сообщений. ООО «АНТЕННА-ГАРАНТ» 01.12.2011г. преобразовано в ЗАО «АНТЕННА-ГАРАНТ» и 07.09.2012г. присоединено к ЗАО «КОМСТАР-Регионы».

ЗАО «КОМСТАР-Регионы» в своем объяснении ссылается на пункт 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», из которого следует, что закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи и считает, что Оператором получено согласие от <...> на направление на ее мобильный номер сведений рекламного и информационного характера.

На заседании Комиссии 27.02.2014г. <...> поддержала доводы, изложенные в письменном объяснении, а также заявила, что в статье 18 ФЗ «О рекламе» не указано конкретно по какому номеру абоненту может направляться реклама. Поскольку <...> является абонентом ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и обществом получено от нее согласие на рекламу, то направление на ее мобильный номер смс-рекламы правомерно.

Рассмотрев все имеющиеся в материалах дела № 298/2013-Р документы и сведения, Комиссия 27.02.2014г. 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 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Из заявления <...> следует, что предварительного согласия на получение рекламных сообщений на свой мобильный номер телефона она не выражала.

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.

Из представленного в материалы дела договора оказания услуг связи <...> от 18.01.2006г., а также заявки на услуги ЗАО «КОМСТАР-Регионы» к данному договору следует, что <...> предоставляются услуги местной телефонной связи, т.е. <...> является абонентом городского номера <...> При оформлении Заявки к договору в поле «Абонент» <...> указала следующие данные: фамилию, имя, отчество, адрес обслуживания, паспортные данные, дату и место рождения, адрес регистрации. В поле «Абонент» есть сноска под «*»: «заполнение данного поля означает согласие абонента получать сведения рекламного и информационного характера о деятельности оператора».

Таким образом, <...> выразила согласие получать сведения рекламного и информационного характера о деятельности ЗАО «КОМСТАР-Регионы» только по тем контактными данным, которые ею были указаны. Свой мобильный номер <...> в заявке на услуги ЗАО «КОМСТАР-Регионы» к договору оказания услуг связи <...> от 18.01.2006г. она не указывала, а значит, не давала согласие на направление сведений рекламного и информационного характера на мобильный номер.

Кроме того, представитель ЗАО «КОМСТАР-Регионы» <...> не смогла обосновано пояснить, откуда обществу стало известно о номере сотового телефона <...>

На момент рассмотрения дела 27.02.2014г. Комиссия не получила никаких доказательств от ЗАО «КОМСТАР-Регионы», подтверждающих согласие <...>, на получение смс-рекламы на ее мобильный номер <...>.

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

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

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, ЗАО «КОМСТАР-Регионы» (ИНН 7704730503, 119121, г. Москва, пл. Смоленская-Сенная, д. 27, стр. 2) является рекламодателем, поскольку обществом определен способ распространения рекламы через программное приложение ООО «МобилМани Телеком», обеспечивающее отправку смс-сообщений.

ЗАО «КОМСТАР-Регионы» не предпринято никаких действий по соблюдению обязанностей возложенных пунктами 3.2.2, 3.2.5 договора на оказание услуг <...> от 24.06.2011 г., заключенного с ООО «МобилМани Телеком», в результате чего <...> было получено рекламное смс-сообщение с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

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: *«Получите ТВ-приставку в подарок! Переходите на цифровое телевидение смотрите более 180 каналов в лучшем качестве! Справки по т. 8-800-250-00-50 или dom.mts.ru»*, распространяемую ЗАО «КОМСТАР-Регионы» посредством сотовой связи через программное приложение ООО «МобилМани Телеком» на телефонный номер <...> <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ЗАО «КОМСТАР-Регионы» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
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 11 марта 2014г.

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

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«11» марта 2014 года

Комиссия Рязанского УФАС России по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе: <...>, на основании своего

решения от 11 марта 2014 года по делу № 298/2013-Р о признании ненадлежащей рекламы «Получите ТВ-приставку в подарок! Переходите на цифровое телевидение смотрите более 180 каналов в лучшем качестве! Справки по т. 8-800-250-00-50 или *dom.mts.ru*», распространяемой ЗАО «КОМСТАР-Регионы» посредством сотовой связи на телефонный номер <...>, и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ЗАО «КОМСТАР-Регионы» в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства РФ о рекламе, а именно, распространение ненадлежащей рекламы на телефонный номер <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ЗАО «КОМСТАР-Регионы» представить в Рязанское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 15 марта 2014 года.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Рязанское УФАС России вправе в соответствии с п. 2.4 ст. 19.5 КоАП РФ наложить административный штраф на должностных лиц в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

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