

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-25-2013

Резолютивная часть решения по делу оглашена 30 сентября 2013 г.

Решение изготовлено в полном объеме 08 октября 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: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

- Иванова Ю.Б., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-25-2013, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения 19.04.2013 в 17.22.27 на принадлежащий Е. телефонный номер <...> -903-*** без его предварительного согласия посредством смс - сообщений рекламы следующего содержания: «Внимание: у Вас еще есть шанс выиграть 1 млн. рублей от Билайн. Отправьте ДА на 2013. Сейчас 15 руб/день. Подробнее 0846 (беспл)»,

в присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ОАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ОАО «ВымпелКом»): А. (по доверенности от 11.09.2012 № 69 АА 0970217),

в отсутствие надлежащим образом извещенного о месте, дате и времени рассмотрения дела заявителя Е. (далее - также заявитель),

УСТАНОВИЛА:

07.08.2013 возбуждено дело № 04-6/2-25-2013 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ОАО «ВымпелКом» по фактам распространения 31.05.2013 в 10.03.58; 19.04.2013 в 17.22.27 на принадлежащий Е. телефонный номер <...> -903-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Внимание: у Вас еще есть шанс выиграть 1 млн. рублей от Билайн. Отправьте ДА на 2013. Сейчас 15 руб/день. Подробнее 0846 (беспл)».

Поводом для возбуждения дела № 04-6/2-25-2013 послужило заявление Емельянова А.В. о получении 19.04.2013 в 17.22.27, 31.05.2013 в 10.03.58 на принадлежащий ему телефонный номер <...> -903-*** без предварительного его согласия рекламы следующего содержания: «Внимание: у Вас еще есть шанс

выиграть 1 млн. рублей от Билайн. Отправьте ДА на 2013. Сейчас 15 руб/день. Подробнее 0846 (беспл)».

Определением 04.09.2013 из дела № 04-6/2-25-2013 в отдельное производство выделено дело № 04-6/2-39-2013 по факту распространения посредством смс-сообщения на принадлежащий ему телефонный номер <...> -903-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Внимание: у Вас еще есть шанс выиграть 1 млн. рублей от Билайн. Отправьте ДА на 2013. Сейчас 15 руб/день. Подробнее 0846 (беспл)» 31.05.2013 в 10.03.58.

Согласно представленной ОАО «ВымпелКом» информации (письмо от 26.09.2013) Емельянов А.В. является абонентом ОАО «ВымпелКом» по договору об оказании услуг связи Билайн от 18.09.2005; викторина «Смартфон для эрудита» организовывалась и проводилась среди абонентов ОАО «ВымпелКом». В рамках информирования о Викторине и условиях ее проведения абонентам «Билайн» направлялись информационные смс-сообщения об условиях участия в Викторине.

При рассмотрении дела представитель ОАО «ВымпелКом» не отрицал факт распространения спорной рекламы на телефон Е., пояснил, что причиной смс-рассылок о викторине на телефонный номер Е. 8-903-*** явилось ошибочное включение его номера в список рассылки смс и ошибочное неподключение ему запрета на рассылку мобильной рекламы. По информации Общества, отправителем смс-сообщения является ОАО «ВымпелКом», товарным знаком ОАО «ВымпелКом» является Билайн.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) **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 № 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.

Смс-сообщение в адрес заявителя не носит персонифицированный характер, что следует из содержания смс-сообщения. Кроме того, сообщения аналогичного содержания распространялись ОАО «ВымпелКом» в массовом порядке, о чем свидетельствуют обращения других абонентов с жалобами на получение аналогичной рекламы (дела №№ 04-6/2-17-2013, 04-6/2-18-2013, заявитель Н.)

Согласно части 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.

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 в данном случае является Викторина Билайн - «Смартфон для эрудита» с использованием коротких номеров доступа «2013» и «2113», проводимая в сети абонентов ОАО «ВымпелКом», что подтверждается как пояснениями ОАО «ВымпелКом», так и размещенной на сайте www.beeline.ru информацией.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

Как следует из содержания заявления Е., согласия на получение какой-либо рекламы, в том числе рекламы от ОАО «ВымпелКом» он не давал.

ОАО «ВымпелКом», как уже указано выше, пояснило, что между Обществом и Заявителем договор об оказании услуг связи Билайн от 18.09.2005 заключен от 18.09.2005 01.09.2005 г. В ноябре 2009 года договор об оказании услуг связи «Билайн» стал действовать в новой редакции (был введен пункт 9 договора, которым были предусмотрены следующие условия: «Соглашаясь с условиями Договора в настоящей редакции, Абонент выражает свое согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе»); информация об изменении условий договора об оказании услуг была размещена на сайте в соответствии с действующим законодательством; согласно подпункту 1 пункта 3.2 договора на оказание услуг связи Оператор связи уведомляет своих абонентов об изменении условий договора через средства массовой информации и при отсутствии возражений со стороны абонента такие изменения считаются принятыми абонентом. Абонент может получить всю интересующую его информацию на сайте www.beeline.ru, который является зарегистрированным средством массовой информации. Учитывая данное обстоятельство, Е. продолжал пользоваться услугами сотовой связи «Билайн» и каких-либо заявлений от Е. с просьбой отключить его от смс-рассылок в ОАО «ВымпелКом» не поступало.

В соответствии с пунктом части 2 статьи 2 Закона данный закон не распространяется на информацию, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом.

Информация о проводимой ОАО «ВымпелКом» викторине «Смартфон для эрудита» не может рассматриваться в качестве информации, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в силу закона, и полностью подпадает под определение рекламы, данное в статье 3 Закона.

Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в пункте 15

постановления 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 рекламораспространителя.

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».

ОАО «ВымпелКом» не представило Комиссии доказательства наличия у него предварительного согласия Е. на получение рекламы; само по себе изменение в одностороннем порядке условий договора об оказании услуг связи «Билайн» не может свидетельствовать о наличии у ОАО «ВымпелКом» согласия на получение Е. рекламы, включая рекламы самого ОАО «ВымпелКом», в том числе рекламы проводимой им викторины.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу о том, что при распространении 19.04.2013 в 17.22.27 на телефонный номер Заявителя 8-903-*** без его предварительного согласия посредством смс - сообщений рекламы следующего содержания: *«Внимание: у Вас еще есть шанс выиграть 1 млн. рублей от Билайн. Отправьте ДА на 2013. Сейчас 15 руб/день. Подробнее 0846 (беспл)»*, ОАО «ВымпелКом» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

Представитель по доверенности ОАО «ВымпелКом» на заседании Комиссии 30.09.2013 отметил, что срок проведения Викторины установлен с 20 марта 2013г. (00:00:00 МСК) по 20 августа 2013 г. (23:29:59 МСК), срок не пересматривался и не продлевался.

На основании вышеуказанного и 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, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу викторины «Смартфон для эрудита» следующего содержания: *«Внимание: у Вас еще есть шанс выиграть 1 млн. рублей от Билайн. Отправьте ДА на 2013. Сейчас 15 руб/день. Подробнее 0846 (беспл)»*, распространенную 19.04.2013 в 17.22.27 посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ОАО «Вымпел - Коммуникации» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Учитывая, что в соответствии с пунктом 4 Правил проведения викторины «Смартфон для эрудита» срок проведения викторины установлен с 20 марта 2013 года (00:00:00 МСК) по 20 августа 2013 года (23:29:59 МСК), предписание ОАО «Вымпел - Коммуникации» о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении рекламораспространителя указанной рекламы ОАО «ВымпелКом».

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

Председатель Комиссии Л.В. Посохова

Члены Комиссии Е.И. Манюгина, Ю.Б. Иванова