

исх. РБ-08/4898 от 02.04.2015

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

<...>

рассмотрев дело № 08-178/2014 в отношении ООО «Прометей» (414040 г. Астрахань, ул. Победы, 41, Офис 47; ИНН: 3025008254), ИП <...> (<...>) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Прометей» по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента 13.02.2014 г. в 11 часов 41 минуту, на мобильный номер <...> с номера +79083689011, с текстом: «Куплю Квартиру на ваших условиях 2269075 Узнайте подробнее»,

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. № 2953 от 25.03.2014г.) о проверке соблюдения законодательства о рекламе по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента 13.02.2014 г. в 11 часов 41 минуту, на мобильный номер <...> с номера +79083689011, с текстом: «Куплю Квартиру на ваших условиях 2269075 Узнайте подробнее».

Согласно выписке из Российского плана нумерации по состоянию на 01.05.2014., 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	4000000	4499999	500000	МегаФон	Республика Татарстан (Татарстан)

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 рекламодателя Управлением направлен запрос информации в адрес пользователя ресурса нумерации, в состав которого входит номер <...> - ОАО «Мегафон» (исх. № РБ-08/6703 от 16.05.2014г.)

Управлением получены письменные пояснения ОАО «Мегафон» (вх. № 5660 от 03.06.2014г.; 8284 от 12.08.2014г.), из анализа которых установлено, что названная смс-рассылка осуществлена с смс-центра +79023708085, который принадлежит ОАО «СМАРТС».

Из представленных ОАО «СМАРТС» документов и сведений следует, что названное смс-сообщение отправлено ООО «Прометей» на основании на основании заключенного с ОАО «СМАРТС» договора № 01-02-04-826 от 01.10.2013г (далее – Договор).

ОАО «СМАРТС» указывает, что в рамках предоставления услуг по Договору ОАО «СМАРТС» организует доступ ООО «Прометей» к оборудованию смс-центра по smpp-протоколу, далее информационную смс-рассылку осуществляет ООО «Прометей» с помощью своего программного комплекса по собственной абонентской базе, все адресаты которой по условиям Договора должны дать согласие на получение информационных смс-сообщений. Механизм получения согласия и формирования абонентской базы ООО «Прометей» ОАО «СМАРТС» не известен. Также ООО «СМАРТС» отмечает, что согласно условиям Договора ОАО «СМАРТС» не является создателем (изготовителем) и распространителем смс-сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой абонентам.

Также в Управление поступили документы и сведения от ООО «Прометей», из анализа которых следует, что заказчиком вышеуказанного смс-сообщения является индивидуальный предприниматель <...>, с которым ООО «Прометей» заключило договор № 2407/2013 от 01 сентября 2013г. ООО «Прометей» указывает, что ООО «Прометей» предоставляет программное обеспечение заказчикам для рассылки смс-сообщений, ИП <...> сам определяет текст для рассылки и абонентов, которым посылаются смс-сообщения. Также ООО «Прометей» указывает, что по договору № 2407/2013 от 01 сентября 2013г. всю ответственность

ИП <...> берет на себя.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 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».

Таким образом, обязанность доказывания наличия предварительного согласия абонента на получение рекламы возложено на рекламораспространителей.

Исходя из анализа представленных в материалы дела документов установлено, что ЗАО «Астрахань-GSM» предоставило ООО «Прометей» подключение к своему оборудованию для отправки коротких текстовых сообщений. ЗАО «Астрахань-GSM» определило, что вышеназванное смс-сообщение отправлено ООО «Прометей», которому предоставлена такая возможность согласно Договору.

Согласно представленным ООО «Прометей» письменным пояснениям, заказчиком вышеназванного смс-сообщения является индивидуальный предприниматель <...>, с которым ООО «Прометей» заключило договор № 2407/2013 от 01 сентября 2013г. ООО «Прометей» указывает, что ООО «Прометей» предоставляет программное обеспечение заказчикам для рассылки смс-сообщений, ИП <...> сам определяет текст для рассылки и абонентов, которым посылаются смс-сообщения. Также ООО «Прометей» указывает, что по договору № 2407/2013 от 01 сентября 2013г. всю ответственность ИП <...> берет на себя.

Управлением получены письменные пояснения от ИП <...> (вх. № 13570 от 12.12.2014г.). ИП <...> указывает, что договор возмездного оказания услуг с ООО «Прометей» никогда не заключал; печать и подпись на данном договоре являются

поддельными.

Данный факт находит свое подтверждение в следующем. Договор № 2407/2013 заключен 1 сентября 2013 года между ООО «Прометей», в лице <...>, и индивидуальным предпринимателем <...>, однако, согласно протоколу внеочередного общего собрания участников ООО «Прометей», <...> назначен на должность генерального директора лишь 9 сентября 2014 года. На дату заключения договора от 1 сентября 2013 года генеральным директором общества являлся <...>. Также в ходе рассмотрения настоящего дела у ООО «Прометей» запрашивались документы, подтверждающие факт оплаты ИП <...> оказанных ему услуг по договору на распространение вышеуказанного смс-сообщения. ООО «Прометей» представило лишь договор № 2407/2013 от 01 сентября 2013г., заключенный с ИП <...>, доказательств того, что данную смс-рассылку осуществил именно ИП <...> ООО «Прометей» не представило. Данные обстоятельства ставят под сомнение факт заключения между ООО «Прометей» и ИП <...> договора № 2407/2013 от 01 сентября 2013г., но подтверждают доводы ИП <...>

Статьей 3 Закона «О рекламе» определено, что рекламораспространитель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, проведя анализ имеющихся в деле документов и сведений, комиссия приходит к выводу, что рекламораспространителем вышеуказанной рекламы является ООО «Прометей».

Согласно пункту 2.1.5. договора № 06-02-02/184 от 26.08.2013г., заключенного между ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Прометей», предусмотрена обязанность ООО «Прометей» не использовать выделенные каналы оборудования, установленные у ЗАО «Астрахань-GSM», для организации спама, которая осуществлена для намеренной передачи сообщений, могущих 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 «Прометей» обязуется использовать услугу в соответствии нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим свое письменное согласие на ее получение; ООО «Прометей» 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.

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 рекламораспространитель.

Так как из обращения заявителя, на мобильный номер которого поступило вышеуказанное смс-сообщение, следует, что рассматриваемое рекламное сообщение с текстом: «Куплю Квартиру на ваших условиях 2269075 Узнайте подробнее», поступило без получения его предварительного согласия, а ООО «Прометей» не представило доказательств наличия такого согласия заявителя на получение данной рекламы по сетям электросвязи, ООО «Прометей» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

Нарушение рекламоделами, рекламопроизводителями, рекламораспространителями 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 01.07.2014г., согласно которому договор № 06-02-02/184 от 26.08.2013г., заключенный между ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Прометей», 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: «Куплю Квартиру на ваших условиях 2269075 Узнайте подробнее» распространенную 13.02.2014 г. в 11 часов 41 минуту, 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.