РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-18-2014

Резолютивная часть решения по делу оглашена 26 сентября 2014 г.

Решение изготовлено в полном объеме 09 октября 2014 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,

Грицай Г.В. - специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-18-2014, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 13.11.2013 в 11:16 на выделенный <…> телефонный номер <...> <…> без её предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Межгород. РФ и весь мир от 48 коп. +7(495)228-06-92 www.tel2u.msk.ru*», отправитель – tel2u,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>., а также представителей ООО «Салита» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России 07.07.2014 по заявлению <…> (далее – заявитель) по факту распространения 13.11.2013 в 11:16 на выделенный ей телефонный номер <...> <…> без её предварительного согласия рекламы следующего содержания: «*Межгород. РФ и весь мир от 48 коп. +7(495)228-06-92 www.tel2u.msk.ru*».

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.

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 являются услуги междугородней связи.

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

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

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».

Номер заявителя +7<…> относится к ресурсу нумерации ОАО «МТС». Согласно представленной заявителем детализации за период с 01.11.2013 по 14.11.2013, а также информации, полученной от оператора связи ОАО «МТС» (письма от 22.01.2014 № Ц08/0006-и и № Ц08/0007-и) смс-сообщение на выделенный заявителю телефонный номер <...> <…> поступило 13.11.2013 в 11:16 с номера SMS-центра +7<…>.

Телефонный номер <...> <…> является частью ресурса нумерации с кодом 903 в пределах диапазона 7000000-7999999, оператором которого является ОАО «ВымпелКом», регион Москва и Московская область, о чем свидетельствует выписка из реестра Российской системы и плана нумерации.

Согласно информации ОАО «ВымпелКом» (письмо от 28.01.2014 № 00105/14-ИЦР-ТВР) отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» на основании договора на оказание услуг связи от 18.01.2012 № 429838801, а также Дополнительного соглашения к нему от 18.01.2012 № 010112 (далее – Дополнительное соглашение № 010112).

Предмет Дополнительного соглашения № 010112 заключается в оказании Оператором (ОАО «ВымпелКом») Абоненту (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») Услуг, предусмотренных Дополнительным соглашением (пункт 2.1.). При этом под

услугами понимаются услуги Оператора по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений от Абонента к Пользователю (пункт 1.2. Дополнительного соглашения № 010112).

Согласно информации ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (письмо от 25.03.2014 № б/н) смс-сообщение 13.11.2013 в 11:16 на выделенный заявителю телефонный номер <...> <… > было отправлено ООО «Салита» на основании договора от 12.08.2013 № <…> (далее – договор № <…>) и Дополнительного соглашения № 1 от 12.08.2013 (далее – Дополнительное соглашение).

В рамках вышеуказанного Дополнительного соглашения ИСПОЛНИТЕЛЬ (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») представляет ЗАКАЗЧИКУ (ООО «Салита») доступ к Личному кабинету пользователя на DEVINO Platform, позволяющий ЗАКАЗЧИКУ самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды Услуг (пункт 2.1.). При этом в Дополнительном соглашении даны понятия «Личный кабинет» и «DEVINO Platform». Под Личным кабинетом понимается многофункциональный виртуальный рабочий стол ЗАКАЗЧИКА, доступ в который осуществляется после авторизации – ввода логина и пароля; «DEVINO Platform» - это программно-аппаратный комплекс, принадлежащий ИСПОЛНИТЕЛЮ, позволяющий обеспечивать реализацию Услуг, предусмотренных настоящим Дополнительным соглашением.

Дополнительным соглашением предусмотрен порядок отправки смс-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform», согласно которому заказчик (ООО «Салита»):

- обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении настоящего Дополнительного соглашения в отношении использования Услуг, в том числе Федеральный Закон «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ РФ, положения законодательства, регулирующего вопросы охраны авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности (пункт 3.3.1); 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 (пункт 3.3.2); не использовать подключение к DEVINO Platform для организации СПАМА (пункт 3.3.4);

- инициирует оказание Услуг путем передачи команды на отправку или прием Сообщений через WEB-интерфейс Личного кабинета пользователя, либо по протоколам передачи данных: SMTP, HTTP/XML, SMPP 3.4. (пункт 6.2); при этом списание средств с электронного виртуального счета происходит при отправке заказчиком каждого смс – сообщения через DEVINO Platform (пункт 6.3); моментом отправки сообщения и соответствующего списания денежных средств с электронного виртуального счета заказчика считается момент его постановки в очередь на отправку на DEVINO Platform (пункт 6.4);

- несет ответственность за хранение пароля и недоступность пароля к Личному кабинету третьим лицам (пункт 5.2).

Кроме того, к документам, представленным ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», был также приложен документ, подтверждающий оплату услуг от 01.11.2013 № 121739 по договору с ООО «Салита» за период с 01.11.2013 по 25.11.2013.

ООО «Салита», будучи надлежаще уведомленным о дате, времени и месте

рассмотрения дела, затребованные от него пояснения и документы не предоставило, позицию о факте распространения рекламы не выразило.

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 13.11.2013 в 11:16 на выделенный заявителю телефонный номер <…> рекламы следующего содержания: *«Межгород. РФ и весь мир от 48 коп. +7(495)228-06-92 www.tel2u.msk.ru»*, были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

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

Как указано выше, статьей 3 Закона определено, что рекламораспространитель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ООО «Салита», основанием для такого вывода являются сведения ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», согласно которым ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет ООО «Салита» техническую возможность для отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора от 12.08.2013 <…>, положения которого свидетельствуют о том, что именно ООО «Салита» прямо и непосредственно причастно к распространению смс-сообщения на телефонный номер заявителя +7<…>, а его действия позволяет квалифицировать как действия рекламораспространителя.

Действия ООО «Салита» по распространению 13.11.2013 в 11:16 на телефонный номер <...> <…>, выделенный <…>, без ее предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «*Межгород. РФ и весь мир от 48 коп. +7(495)228-06-92 www.tel2u.msk.ru*», нарушают требования части 1 статьи 18 Закона.

При этом Комиссия приходит к выводу о необходимости прекращения дела в отношении ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» в связи с отсутствием документальных доказательств о наличии в его действиях нарушения законодательства о рекламе.

На основании вышеуказанного и руководствуясь 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 следующего содержания: «*Межгород. РФ и весь мир от 48 коп. +7(495)228-06-92 www.tel2u.msk.ru*», распространенную 13.11.2013 в 11:16 на выделенный <…> телефонный номер <...> <…> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ООО «Салита» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Дело в отношении ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» прекратить в связи с отсутствием доказательств о наличии в действиях ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» нарушения законодательства о рекламе.

3. Выдать ООО «Салита» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе, предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении вышеуказанной рекламы услуг междугородней связи посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонентов.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 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.

Председатель Комиссии Л.В. Посохова

Члены Комиссии Е.И. Манюгина

Г.В. Грицай

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-18-2014

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

09 октября 2014 г. г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

Грицай Г.В. - специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

на основании решения от 09.10.2014 по делу № 04-6/2-18-2014 и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частей 1 и 3 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Салита» (125445, <…>) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (127018, <…>) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Межгород. РФ и весь мир от 48 коп. +7(495)228-06-92 www.tel2u.msk.ru*» на телефонный номер <...> <…> **без предварительного согласия абонента –** <…>**,** и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер

+7 <…> обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»**.**

2. ООО «Салита» (125445, <…>) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (127018, <…>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 20.11.2014 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.**

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ФАС России вправе в соответствии с пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф 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. Обжалование в судебном порядке настоящего предписания не приостанавливает его исполнение.

Председатель Комиссии Л.В. Посохова

Члены Комиссии Е.И. Манюгина

Г.В. Грицай