

Решение по делу №08-257/2014

исх. РБ-08/4195 от 23.03.2015

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

<...>

рассмотрев дело № 08-257/2014 в отношении ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, Астраханская область, г.Астрахань, ул.Лычманова,44; ИНН 3015038500), ООО «Прометей» (414040 г. Астрахань, ул. Победы, 41, Офис 47; ИНН: 3025008254), ИП <...> (<...>) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по фактам распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента,

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 поступили обращения граждан (вх. № 1277/ж от 26.05.2014г., № 1146/ж от 14.05.2014г., № 971/ж от 25.04.2014г.) о проверке соблюдения законодательства о рекламе по фактам распространения рекламы по сетям электросвязи без получения предварительного согласия абонента через смс-центр +79023700113 на мобильный номер:

<...> прошедшую:

29.04.2014г. в 16 час. 17 мин. с номера +79083689056 с текстом: «3дня Боди-массаж всего 1 300руб. Успеи насладиться!!! 253-49-79»;

<...> прошедшую:

26.05.2014г. в 10 час. 30 мин. с номера +79083689015 с текстом: «Приведи друга и получи скидку 36% на чувственный Боди массаж 253-49-79»;

24.04.2014г. в 16 час. 47 мин. с номера +79083689069 с текстом: «3 дня Express-массаж всего за 700руб. Успеи насладиться! 253-49-79».

Информация, поступившая на мобильные номера <...>, <...> 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.

Согласия на получение подобных сообщений заявители не давали.

Данный факт имеет признаки нарушений части 1 статьи 18 Федерального закона

от 13 марта 2006 г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

В целях установления рекламораспространителя Управлением направлен запрос информации в адрес пользователя ресурса нумерации, в состав которого входит номер <...> - ОАО «СМАРТС».

В ответ на запрос информации Управлению от ОАО «СМАРТС» были представлены письменные пояснения, исходя из которых ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, а согласно технической документации номер <...> закреплен за смс-центром ЗАО «Астрахань-GSM».

Управлением от ЗАО «Астрахань-GSM» получены документы и сведения, а также письменные пояснения, из анализа которых следует, что указанные смс-сообщения отправлены ООО «Прометей» на основании заключенного между ООО «Прометей» и ЗАО «Астрахань-GSM» договора № 06-02-02/184 от 26.08.2013г. (далее – Договор). ЗАО «Астрахань-GSM» указывает на то, что ЗАО «Астрахань-GSM» не занимается созданием и распространением рекламы. Глобальные заголовки, принадлежащие номерной ёмкости ЗАО «Астрахань-GSM», передаются в пользование третьим лицам на основании заключаемых договоров. Так, согласно Договору ООО «Прометей» выделены GT номера, в том числе +79023700113 (п. 1.1.4. Договора). По условиям Договора ООО «Прометей» самостоятельно обеспечивает своим клиентам беспроводной доступ к своему Шлюзу (п. 2.1.1. Договора) с целью инициализации Входящего трафика. Механизм получения согласия и формирования базы ЗАО «Астрахань-GSM» не известен. Также, в соответствии с п. 2.1.22 Договора ООО «Прометей» гарантирует, что содержание услуги соответствует действующему законодательству, в том числе, закону о рекламе, вся ответственность согласно пункту 4.4. Договора начиная с момента подготовки текста sms-сообщения, их редактирования и последующей отправки несет ООО «Прометей».

Также в Управление поступили документы и сведения от ООО «Прометей», из анализа которых следует, что заказчиком вышеназванных смс-сообщения являются индивидуальный предприниматель <...>, с которым ООО «Прометей» заключило договор № 2606/2014 от 26 июня 2014г. ООО «Прометей» указывает, что ООО «Прометей» предоставляет программное обеспечение заказчикам для рассылки смс-сообщений, ИП <...> В.М. сам определяет текст для рассылки и абонентов, которым посылаются смс-сообщения. Также ООО «Прометей» указывает, что по договору №2606/2014 от 26 июня 2014г. всю ответственность ИП <...> берет на себя.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе») 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 «О рекламе», 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; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 14.06.2012 г. о порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» 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, поступившее на телефон заявителя, не носит персонализированный характер.

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».

Распространенная на номер заявителя информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закон «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно части 1 статьи 5 Закона «О рекламе», реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе 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 «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 вышеназванных смс-сообщений является индивидуальный предприниматель <...>, с которым ООО «Прометей» заключило договор № 2606/2014 от 26 июня 2014г. 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 №2606/2014 от 26 июня 2014г. всю ответственность ИП <...> берет на себя.

Управлением у ИП <...> были запрошены документы необходимые для разрешения настоящего дела. Ответа на данный запрос ИП <...> не представил.

Из анализа полученного от Управления Федеральной антимонопольной службы по Пермскому краю сообщению (вх. № 13784 от 17.12.2014г.), следует, что Управление Федеральной антимонопольной службы по Пермскому краю по РТ неоднократно

возбуждались дела по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона «О рекламе» в отношении ИП <...>, однако на рассмотрение указанное лицо не являлось, направляемые по его юридическому адресу почтовые отправления не получало. Кроме того, сотрудники Пермского УФАС России предпринимались попытки выезда на местонахождение указанного лица и ими было установлено, что по месту регистрации указанное лицо не находится.

В ходе рассмотрения настоящего дела у ООО «Прометей» запрашивались документы, подтверждающие факт оплаты ИП <...> оказанных ему услуг по договору на распространение вышеуказанных смс-сообщений. ООО «Прометей» представило лишь копию договора №2606/2014 от 26 июня 2014г., заключенного с ИП <...>, доказательств того, что данные смс-рассылки осуществлены именно ИП <...> ООО «Прометей» не представило.

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

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 рекламодатель.

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

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.

Так как из обращения заявителей, на мобильные номера которых поступили вышеназванные смс-сообщения, следует, что рассматриваемые рекламные сообщения поступили без получения их 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 рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями 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, поступившую через смс-центр +79023700113 на мобильный номер:

<...> прошедшую:

29.04.2014г. в 16 час. 17 мин. с номера +79083689056 с текстом: «Здня Боди-массаж всего 1 300руб. Успеи насладиться!!! 253-49-79»;

<...> прошедшую:

26.05.2014г. в 10 час. 30 мин. с номера +79083689015 с текстом: «Приведи друга и получи скидку 36% на чувственный Боди массаж 253-49-79»;

24.04.2014г. в 16 час. 47 мин. с номера +79083689069 с текстом: «3 дня Express-массаж всего за 700руб. Успей насладиться! 253-49-79», 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.