

Решение по делу №08-538/2014

исх. РБ-08/4330 от 24.03.2015

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

<...>

рассмотрев дело № 08-538/2014 в отношении ОАО «МТТ» (109147, г. Москва, ул. Марксистская, 22; ИНН: 7705017253), ООО «Прометей» (414040 г. Астрахань, ул. Победы, 41, Офис 47; ИНН: 3025008254), ИП <...> ЗАО «СМАРТС-Иваново» (153037, Ивановская область, г. Иваново, ул. 8 Марта, 32, ИНН: 3702680786) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту 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. №1457/ж от 16.06.2014г., №1490/ж от 19.06.2014г., №1422/ж от 10.06.2014г.) о проверке соблюдения законодательства о рекламе по фактам распространения рекламы по сетям электросвязи без получения предварительного согласия абонента через:

смс-центр +79023708395 на мобильный номер:

<...> прошедших:

11.06.2014г. в 14 час. 22 мин. с номера +79023170064 с текстом: «Строительный Допуск СРО за 1день! Рассрочка 0%. Лицензии. 88007751781»;

смс-центр +79023708395 на мобильный номер:

<...> прошедшую:

09.06.2014г. в 22 час. 47 мин. с номера +79083689070 с текстом: «Строительный Допуск СРО за 1день! Рассрочка 0%. Лицензии. 88007751781»;

смс-центр +79585559997 на мобильный номер:

<...> прошедшую:

10.06.2014г. в 10 час. 32 мин. с номера +79083689087 с текстом: «Строительный Допуск СРО за 1день! Рассрочка 0%. Лицензии. 88007751781»;

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.

В целях установления рекламораспространителя Управлением направлен запрос информации в адрес пользователей ресурса нумерации, в состав которого входят номера +79023708395, +79023708395, +79585559997. Согласно представленным ОАО «МТТ», ЗАО «Смартс-Иваново» документам и сведениям следует, что указанные смс-сообщения направлены ООО «Прометей» на основании договора № 045-00-SMS-14/7200 от 30.05.2014г., заключенного ООО «Прометей» с ОАО «МТТ», и договора № 05-03-01-55/14 от 18.04.2014г., заключенного между ООО «Прометей» и ЗАО «СМАРТС - Иваново».

Также в Управление поступили документы и сведения от ООО «Прометей», из анализа которых следует, что заказчиком вышеназванных смс-сообщений 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 <...> 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; рекламораспространитель - 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-сообщения, поступившие на телефоны заявителей, не носят 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».

Распространенные на номера заявителей 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 рекламодателя. 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 рекламодателей.

Исходя из анализа представленных в материалы дела документов установлено, что ОАО «МТТ» и ЗАО «СМАРТС - Иваново» предоставили ООО «Прометей» подключение к своему оборудованию для отправки коротких текстовых сообщений. ОАО «МТТ» и ЗАО «СМАРТС - Иваново» определили, что вышеназванные смс-сообщения отправлены ООО «Прометей», которому предоставлена такая возможность согласно договорам № 045-00-SMS-14/7200 от 30.05.2014г., заключенного ООО «Прометей» с ОАО «МТТ», и договора № 05-03-01-55/14 от 18.04.2014г., заключенного между ООО «Прометей» и ЗАО «СМАРТС - Иваново».

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.

В соответствии с пунктом 3.1.2. договора № 045-00-SMS-14/7200 от 30.05.2014г., заключенного между ООО «Прометей» и ОАО «МТТ», ООО «Прометей» обязалось не использовать смс-центр для передачи спама (не запрошенное получателем сообщение рекламного характера), а рассылать смс-сообщения только желаемые к получению адресатом. Также ОАО «МТТ» отмечает, что в соответствии с пунктом 7.2. Договора ОАО «МТТ» не является создателем (изготовителем) и распространителем смс-сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования заканчивая отправкой абонентам, а является лишь техническим каналом для передачи смс-сообщений ООО «Прометей», всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение смс-сообщений и их содержание в полном объеме несет ООО «Прометей».

Согласно пунктам 3.2.2., 3.2.3., 3.2.4. Договора № 05-03-01-55/14 от 18.04.2014г., заключенного между ООО «Прометей» и ЗАО «СМАРТС – Иваново», ООО «Прометей» обязуется не использовать свой комплекс и комплекс исполнителя для передачи смс-спама, ООО «Прометей» рассылает смс-сообщения адресатам, которые дали согласие на получение информационных смс-сообщений; ООО «Прометей» обязуется осуществлять рассылку смс-сообщений в соответствии с законодательством РФ, исключительно в пределах РФ.

Так как из обращения заявителей, на мобильные номера которых поступили вышеуказанные смс-сообщения, следует, что рассматриваемые рекламные сообщения поступили без получения их предварительного согласия, а ООО «Прометей» не представило доказательств наличия такого согласия заявителей на получение данных рекламных сообщений по сетям электросвязи, ООО «Прометей» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

Нарушение рекламодателями, 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 «СМАРТС – Иваново» представило письменные пояснения, в которых сообщает, что ЗАО «СМАРТС – Иваново» не оказывает никаких услуг ООО «Прометей»; в связи с изменениями законодательства пропуск трафика через смс-центр прекращен.

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 +79023708395 на мобильный номер:

<...> прошедших:

11.06.2014г. в 14 час. 22 мин. с номера +79023170064 с текстом: «Строительный Допуск СРО за 1 день! Рассрочка 0%. Лицензии. 88007751781»;

смс-центр +79023708395 на мобильный номер:

<...> прошедшую:

09.06.2014г. в 22 час. 47 мин. с номера +79083689070 с текстом: «Строительный Допуск СРО за 1 день! Рассрочка 0%. Лицензии. 88007751781»;

смс-центр +79585559997 на мобильный номер:

<...> прошедшую:

10.06.2014г. в 10 час. 32 мин. с номера +79083689087 с текстом: «Строительный Допуск СРО за 1 день! Рассрочка 0%. Лицензии. 88007751781» 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.