

РЕШЕНИЕ

по делу № 13/2013-Р

«14» марта 2013г.

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

председатель Комиссии: Ерошина Я.А., заместитель руководителя - начальник отдела рекламы и недобросовестной конкуренции;

члены Комиссии: Колупаева Е.В., Ушатикова Н.А., Исраелян Л.А.

рассмотрев дело № 13/2012-Р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространений сообщений рекламного характера ООО «Государь» посредством сотовой связи, с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», в присутствии представителя ООО «Государь» <...> (доверенность №2 от 21.02.2013г.), в отсутствие представителя ОАО «Мегафон» (ходатайство вх. 859э/1 от 12.03.2013г.), в присутствии представителя заявителя – <...> (доверенность 62 АА 864651 от 29.01.2013г.),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России поступило заявление <...> (вх.№4748 от 28.12.2012г.) о том, что 30.08.2012г. на его телефонный номер – <...>, поступило сообщение рекламного характера, следующего содержания: «28.08. в клубе «Пятница» вечеринка «*Finally Friday of summer! Вход б/п*» и 28.09.2012г. следующее сообщение: «25.10. четверг в 21:00 в клубе «Пятница» пройдет отборочный тур Международного конкурса чемпионата России «*Караоке – без границ! Ждем Вас*», отправитель«Friday».

Поступившие на телефонный номер <...> сообщения являются рекламой, так как, соответствуют критериям рекламы, указанным в статье 3 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Реклама клуба «Пятница» имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования и способствовала его продвижению.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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.

Заявитель предварительного согласия на получение рекламных сообщений клубу «Пятница» не выражал.

Согласно выписке из Реестра Российской системы и плана нумерации (Реестр публикуется на сайте Федерального агентства связи) телефонный номер <...> принадлежит оператору сотовой связи «Мегафон», организационно-правовая форма которого ОАО «Мегафон» (Кадашевская наб., д. 30, г. Москва, 115035, ИНН

7812014560).

Согласно, статьи 2 ФЗ «О связи», абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999г. № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

ОАО «Мегафон» представило объяснение (вх. № 386э от 01.02.2013 г.) из которого следует, что номер телефона «Friday» не принадлежит Центральному филиалу ОАО «Мегафон» (далее – Оператор связи).

У Центрального филиала ОАО «Мегафон» отсутствуют договорные отношения с ООО «Государь» как рекламодателем, в том числе на производство технических и фактических действий по формированию содержания рекламных сообщений, а также выборку их получателей и отправку рекламных сообщений абонентам.

Центральный филиал ОАО «Мегафон» не является рекламораспространителем данной рекламной информации, а в рамках исполнения договорных обязательств перед Абонентом обеспечило передачу по сети подвижной связи короткого текстового сообщения, адресованного Абоненту. Никаких технических и фактических действий по формированию содержания таких сообщений, а также выборку их получателей и отправку сообщения ОАО «Мегафон» не осуществляло.

Рассылка смс-рекламы ООО «Государь» осуществляется в соответствии с договором возмездного оказания рекламно-информационных услуг №37 от 22.08.2012г. заключенным с ООО «Телекоминформ». Базу телефонных номеров для рассылки рекламы предоставляет ООО «Государь».

В соответствии с пунктом 2.1. договора ООО «Телекоминформ» осуществляет информационно-рекламную рассылку коротких сообщений (смс) ООО «Государь» посредством системы OpenSMS.

В соответствии с пунктом 2.7. договора заказчик, т.е. ООО «Государь» обязуется осуществлять информационно-рекламные рассылки в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим письменное или устное согласие на ее получение.

Таким образом, обязанность получения согласия абонентов, на телефонные номера которых осуществляется рассылка смс-рекламы, в соответствии с договором №37 от 22.08.2012г., возложена на ООО «Государь».

На заседании Комиссии 21.02.2013г. <...> заявила, что смс-рассылка рекламных сообщений осуществляется на номера клиентов кафе-клуба «Пятница», заполнивших анкету на получение дисконтной карты. В анкету клиенты вносят свои личные данные, в том числе мобильные телефоны. ООО «Государь» в устной форме оговаривает с ними получение на их мобильные номера информации о скидках, проведенных акциях и т.д. На указанные номера происходит рассылка смс-рекламы. Другие способы получения телефонных номеров у ООО «Государь» отсутствуют.

По состоянию на 28.02.2013г. анкета <...> у ООО «Государь» отсутствует, так как после заполнения анкет все данные вносятся в компьютер. После чего анкеты, заполненные клиентами кафе «Пятница», не сохраняются. Получив письменное заявление от <...> о прекращении рассылки рекламы на его телефонный номер ООО «Государь» исключило его номер от рассылки рекламы. Больше <...> с жалобой не обращался.

На рассмотрение Комиссии представитель заявителя <...> представил фото смс-сообщения, полученного 28.09.2012г.: *«25.10. четверг в 21:00 в клубе «Пятница» пройдет отборочный тур Международного конкурса чемпионата России «Караоке – без границ! Ждем Вас»*, с другого телефона, на который он переслал смс-сообщение, поскольку у его телефона поврежден экран и фото сделать невозможно.

Список вызовов клиента <...>, представленный <...>, подтверждает отправку смс-сообщения от «Friday» на телефонный номер <...> 28.09.2012г.

В ходе рассмотрения <...> представлено объяснение, из которого следует, что смс-рассылка осуществляется через личный кабинет сервиса OpenSMS <http://open-sms.ru/>. Текст сообщений составляется и согласовывается сотрудниками клуба.

Из представленных смс, направляемых клиентам, следует, что смс с содержанием: *«25.10. четверг в 21:00 в клубе «Пятница» пройдет отборочный тур Международного конкурса чемпионата России «Караоке – без границ! Ждем Вас»*, направлялось клиентам 28.09.2012г.

Рассмотрев все представленные документы, выслушав доводы сторон по обстоятельствам, послужившим основанием для возбуждения дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

В силу части 1 статьи 18 ФЗ «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.

ООО «Государь» не представлено доказательств получения согласия<...> на получение смс-рекламы.

Согласно пункту 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

За нарушение части 1 статьи 18 в соответствии со статьей 38 ФЗ «О рекламе» ответственность несет рекламодатель.

Пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определено, что рекламодателем – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, ООО «Государь» является рекламодателем смс-сообщений, поскольку им выбран способ распространения рекламы через личный кабинет сервиса смс-рассылок, а также обязанность по получению согласия абонентов, в соответствии с пунктом 2.7. договора №37 возмездного оказания рекламно-информационных услуг от 22.08.2012г. возложена на ООО «Государь».

Данное обстоятельство представитель ООО «Государь» <...> не отрицает.

В соответствии с приказом ООО «Государь» от 13.07.2012г. обязанности по распространению рекламы путем отправки смс-сообщений возложены на управляющую кафе <...>.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу ООО «Государь»: «25.10. четверг в 21:00 в клубе «Пятница» пройдет отборочный тур Международного конкурса чемпионата России «Караоке – без границ! Ждем Вас», распространяемую посредством сотовой связи на абонентский номер <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Рязанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «15» марта 2013г.

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

Российской Федерации.