

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

<...>

рассмотрев дело № 08-344/2014, по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, Астраханская область, г.Астрахань, ул.Лычманова,44; ИНН 3015038500), ООО «КамаТелеком» (юр. адрес: 614010, г. Пермь, ул. Героев Хасана, 9, А; факт. адрес: 614039, г. Пермь, ул. Глеба Успенского, д. 5-32; ИНН: 5904292726), ООО «Майа Медикал Групп» (420107, РТ, г. Казань, ул. Островского, 67,32,33,34,35,36; ИНН: 1655278200), ООО «Интис» (420111, РТ, г. Казань, ул. Пушкина, 42 а; ИНН : 1655159347), ООО «Прогресс» (420021, РТ, г. Казань, ул. Галиаскара Камала, 41; ИНН : 1655212424) по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия 12.04.2014г. в 15 часов 52 минуты, на мобильные номера: <...>,<...> с номера +79086278001, смс-центр +79023700113, с текстом следующего содержания: «УЗИ до 4 органов, 3Д-4Д за 999руб. maya-med.com 2330132»,

в отсутствие законного представителя ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, Астраханская область, г.Астрахань, ул.Лычманова,44; ИНН 3015038500),

в отсутствие ООО «Интис» (420111, РТ, г. Казань, ул. Пушкина, 42 а; ИНН: 1655159347),

в отсутствие законного представителя ООО «КамаТелеком» (юр. адрес: 614010, г. Пермь, ул. Героев Хасана, 9, А; факт. адрес: 614039, г. Пермь, ул. Глеба Успенского, д. 5-32; ИНН: 5904292726), извещенного о месте и времени рассмотрения дела надлежащим образом, что подтверждается копией выписки с сайта почты России,

в отсутствие законного представителя ООО «Майа Медикал Групп» (420107, РТ, г. Казань, ул. Островского, 67,32,33,34,35,36; ИНН: 1655278200), извещенного о месте и времени рассмотрения дела надлежащим образом, что подтверждается копией выписки с сайта почты России,

в отсутствие законного представителя ООО «Прогресс» (420021, РТ, г. Казань, ул. Галиаскара Камала, 41; ИНН: 1655212424), извещенного о месте и времени рассмотрения дела надлежащим образом, что подтверждается копией выписки с сайта почты России,

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. № 1136/ж от 13.05.2014г.) о проверке соблюдения законодательства о рекламе по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента 12.04.2014 г. в 15 часов 52 минуты, на мобильные номера: <...>,<...> с номера +79086278001, смс-центр +79023700113, с текстом следующего содержания: «УЗИ

до 4 органов, 3Д-4Д за 999руб. maya-med.com 2330132».

В своем обращении заявитель указал, что согласия на получение данной рекламы он не давал.

По факту распространения вышеназванной рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента возбуждено дело №08-344/2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В целях установления рекламораспространителя Управлением направлен запрос информации в адрес пользователя ресурса нумерации, в состав которого входит номер <...> - ОАО «СМАРТС» (исх. № РБ-08/7243 от 27.05.2014г.)

В ответ на запрос информации Управлению от ОАО «СМАРТС» представлены письменные пояснения (вх. № 5842 от 09.06.2014г.), исходя из которых ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, а согласно технической документации номер <...> закреплен за смс-центром ЗАО «Астрахань-GSM».

Из представленных ЗАО «Астрахань-GSM» документов (вх. № 8718 от 21.08.2014г.) следует, что указанное смс-сообщение отправлено ООО «КамаТелеком» на основании заключенного между ООО «КамаТелеком» и ЗАО «Астрахань-GSM» договора № 06-02-02/15 от 01.02.2014г (далее – Договор) и дополнительного соглашения № 1 от 01.02.2014 г. к названному договору. ЗАО «Астрахань-GSM» указывает на то, что ЗАО «Астрахань-GSM» не занимается созданием и распространением рекламы. ЗАО «Астрахань-GSM» заключает договоры с юридическими лицами по пропуску смс-трафика. Так, согласно Договору с ООО «КамаТелеком», ЗАО «Астрахань-GSM» организывает ООО «КамаТелеком» доступ к оборудованию смс-центра по smpp протоколу, далее смс-рассылку осуществляет ООО «КамаТелеком» с помощью своего программного комплекса.

Также Управлением направлен запрос в ООО «Майя Медикал Групп» (исх. № РБ-08/13840 от 15.09.2014г.). В ответ на данный запрос от ООО «Майя Медикал Групп» получены документы и сведения, а также письменные пояснения (вх. № 10939 от 13.10.2014г.). ООО «Майя Медикал Групп» сообщает, что данные рассылки осуществляются при технической поддержке ООО «Прогресс» и ООО «Интис» на основании договоров № 3 от 02.06.2011г. и № 2656 от 09.07.2014г.

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.

Из анализа представленных в материалы дела документов и сведений установлено, что отправка вышеуказанного смс-сообщения осуществлена ООО «Майя Медикал Групп» на основании Договора на предоставление услуг № 2656 от 09.07.2014г. (далее – Договор), заключенного между ООО «Майя Медикал Групп» и ООО «Прогресс».

В соответствии с пунктом 1.1. Договора, ООО «Прогресс» предоставляет ООО «Майя Медикал Групп» за плату услуги по передаче различного рода информации путем рассылки смс-сообщений (Услуги). Пункт 2.4. определяет значение слова «Система» применяемого в Договоре, так «Система» - комплекс программных средств, позволяющих ООО «Прогресс» регистрировать Заказчиков, отправлять смс-сообщения, отслеживать их статус и контролировать состояние электронных виртуальных счетов Заказчиков. Возможность отправки смс-сообщений появляется у Заказчика (ООО «Майя Медикал Групп») после зачисления средств Заказчиком на его Электронный виртуальный счет, и длится пока средства на указанном счету не исчерпаются полностью.

Согласно пункту 3.2.2. ООО «Майя Медикал Групп» обязан в обязательном порядке получить от адресата, на телефон которого планируется отправка смс-сообщения с информацией ООО «Майя Медикал Групп», письменное или устное согласие на получение таких смс-сообщений, в случае реализации смс-рассылки по базе данных ООО «Майя Медикал Групп».

В соответствии с пунктом 3.2.5. ООО «Майя Медикал Групп» обязуется

использовать Услугу в соответствии с номерами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим письменное или устное согласие на ее получение.

Также из анализа представленных ЗАО «Астрахань-GSM» документов и сведений следует, что к данной рассылке причастно ООО «КамаТелеком», так как вышеназванное смс-сообщение направлено по предоставленному ООО «КамаТелеком» доступа для отправки смс-сообщений. Так согласно пункту 2.1.4. договора № 06-02-02/15 от 01.02.2014г, заключенного между ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «КамаТелеком», предусмотрена обязанность ООО «КамаТелеком» 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 2.1.20, 2.1.21., 2.1.22., 2.1.24. ООО «КамаТелеком» обязуется использовать услугу в соответствии нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим свое письменное согласие на ее получение; ООО «КамаТелеком» 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.

Таким образом рекламодателями вышеуказанной рекламы являются ООО «Майя Медикал Групп», ООО «Прогресс» и ООО «КамаТелеком».

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.

Так как из обращения заявителя, на мобильный номер которого поступило вышеназванное смс-сообщение, следует, что рассматриваемое рекламное сообщение с текстом: «УЗИ до 4 органов, 3Д-4Д за 999руб. maya-med.com 2330132», поступило без получения его предварительного согласия, а ООО «Майя Медикал Групп» и ООО «Прогресс» не представили доказательств наличия такого согласия

