

Решение по делу №08-455/2014

исх. РБ-08/4189 от 23.03.2015

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

<...>

рассмотрев дело 08-455/2014 в отношении ЗАО «Ярославль-GSM» (150000, г. Ярославль, ул. Свободы, 18; ИНН: 7610042413), ООО «Комтерра» (629003, Ямало-ненецкий автономный округ, г. Салехард, ул. Ангальский мыс, 39, А, 4; ИНН: 5611067833), «Komp Serves» (420139, г. Казань, ул. Зорге, 82), ИП <...> 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. №1203/ж от 19.05.2014г., №1324/ж от 03.06.2014г., №1194/ж от 19.05.2014г., №1351/ж от 04.05.2014г., №1353/ж от 04.06.2014г., №1358/ж от 04.05.2014г., №1346/ж от 04.06.2014г.) о проверке соблюдения законодательства о рекламе по фактам распространения рекламы по сетям электросвязи без получения предварительного согласия абонента через смс-центр +79023708299 на мобильный номер:

<...> прошедших:

18.05.2014г. в 11 час. 01 мин. с номера +79022295086 с текстом: «Компьютерная помощь Казань. Выезд 0 руб гарантия опыт 24часа 253-39-26»;

20.05.2014г. в 14 час. 56 мин. с номера +79022295089 с текстом: «Компьютерная помощь Казань. Выезд 0 руб гарантия опыт 24часа 253-39-26»;

<...> прошедших:

02.06.2014г. в 11 час. 12 мин. с номера +79022295089 с текстом: «Ремонт компьютеров и ноутбуков Казань!!! Выезд бесплатный т. 253-39-26»;

19.05.2014г. в 11 час. 23 мин. с номера +79022295089 с текстом: «Компьютерная помощь Казань. Выезд 0 руб гарантия опыт 24часа 253-39-26»;

<...> прошедших:

02.06.2014г. в 11 час. 08 мин. с номера +79083689023 с текстом: «Ремонт компьютеров и ноутбуков Казань! Выезд бесплатный т. 253-93-26»;

19.05.2014г. в 11 час. 22 мин. с номера +79022295089 с текстом: «Компьютерная помощь Казань. Выезд 0 руб гарантия опыт 24часа 253-39-26»;

<...> прошедшую:

14.05.2014г. в 13 час. 51 мин. с номера +79022295086 с текстом: «Ремонт компьютеров и ноутбуков Казань! Выезд бесплатный т. 214-35-25»;

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 заявителя 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» (исх. № РБ-08/9373 от 07.07.2014г.)

В ответ на запрос информации Управлению от ОАО «СМАРТС» представлены письменные пояснения (вх. № 7568 от 22.07.2014г.), исходя из которых ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, а согласно технической документации номер <...> закреплен за смс-центром ЗАО «Ярославль-GSM».

Из представленных ЗАО «Ярославль-GSM» документов и сведений (вх. 9455 от 09.09.2014г) следует, что номера, с которых данные смс-сообщения были отправлены, закреплены за ООО «Комтерра». Так, ЗАО «Ярославль-GSM» указывает, что между ЗАО «Ярославль-GSM» и ООО «Комтерра» заключен договор № 1315 от 18.12.2013 г. (далее – Договор), предметом которого является предоставление ООО «Комтерра» возможности доступа к сервисам ЗАО «Ярославль-GSM» и осуществления технической поддержке оказываемых услуг. Указанный договор заключен в целях предоставления ООО «Комтерра» возможности своим клиентам отправлять пользовательские сообщения. Так, согласно пункту 2.1 договора ЗАО «Ярославль-GSM» предоставляет ООО «Комтерра» услугу по приему смс-сообщений и доставке их на мобильные терминалы абонентов собственной и других сетей транзитом через сеть ЗАО «Ярославль-GSM». Также ЗАО «Ярославль-GSM» поясняет, что по условиям Договора ООО «Комтерра» самостоятельно осуществляло рассылку смс-сообщений, тексты которых, по всей видимости, поставляли его контрагенты. ООО «Комтерра» самостоятельно пользуется данной услугой связи, посредством технической возможности, которую обеспечивает оператор. Таким образом, по условиям Договора ООО «Комтерра» использует оборудование ЗАО «Ярославль-GSM» (Шлюз Платформы смс-центра, являющийся техническим средством связи), через которое осуществляется передача информации между абонентами. Дополнительно ЗАО «Ярославль-GSM» указывает на то, что ЗАО «Ярославль-GSM», обеспечивая техническую возможность использования данной услуги, фактически является средством, через которое абоненты могут обмениваться текстовой

информацией в виде приема/передачи коротких текстовых сообщений, следовательно, оператор связи в этом случае не несет ответственности за содержание текстового сообщения, и не может прекратить оказание данной услуги, если только абонент сам не обратится к нему с таким заявлением (в устной или письменной форме).

Из анализа представленных ООО «Комтерра» документов и сведений следует, что вышеназванные смс-сообщения отправлены индивидуальным предпринимателем<...> на основании заключенного между ООО «Комтерра» и ИП <...> договора № 804 от 13.10.2014г.

Также к участию в дело было привлечено «Komp Serves». Представитель «Komp Serves» на заседание не явился, никаких пояснений «Komp Serves» не представило.

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-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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 рекламораспространителей.

Установлено, что рассылка вышеназванных смс-сообщений произведена индивидуальным предпринимателем<...>в результате ряда последовательных договоров, заключенных между ЗАО «Ярославль-GSM» и ООО «Комтерра», ООО «Комтерра» и ИП <...>

По условиям договора № 804 от 13.10.2014г., заключенного между ООО «Комтерра» и ИП <...>ООО «Комтерра» обязуется оказать ИП <...>услуги по обеспечению технической возможности ИП <...>создавать и отправлять третьим лицам смс-сообщения, а ИП <...>обязуется<...>услуги ООО «Комтерра» принять и оплатить.

В соответствии с пунктом 3.1.3. ИП <...>обязуется самостоятельно определять третьих лиц, получать письменное согласие третьих лиц на получение смс-сообщений, не допускать автоматической рассылки. Согласно пункту 3.1.6. ИП <...>самостоятельно определяет текст смс-сообщений, производить отправку смс-сообщений третьим лицам при помощи канала, указанного в п. 2.4. названного договора.

Так как из обращения заявителей, на мобильные номера которых поступило вышеназванные смс-сообщения, следует, что рассматриваемые рекламные сообщения поступили без получения их предварительного согласия, а ИП <...>не представило доказательств наличия такого согласия заявителя на получение данной рекламы по сетям электросвязи, ИП <...>были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

Нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями 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.

ООО «Комтерра» представило письменные пояснения, согласно которым ООО «Комтерра» расторгло договорные отношения с ИП <...>,<...>как с недобросовестным клиентом.

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 +79023708299 на мобильный номер:

<...> прошедших:

18.05.2014г. в 11 час. 01 мин. с номера +79022295086 с текстом: «Компьютерная помощь Казань. Выезд 0 руб гарантия опыт 24часа 253-39-26»;

20.05.2014г. в 14 час. 56 мин. с номера +79022295089 с текстом: «Компьютерная помощь Казань. Выезд 0 руб гарантия опыт 24часа 253-39-26»;

<...> прошедших:

02.06.2014г. в 11 час. 12 мин. с номера +79022295089 с текстом: «Ремонт компьютеров и ноутбуков Казань!!! Выезд бесплатный т. 253-39-26»;

19.05.2014г. в 11 час. 23 мин. с номера +79022295089 с текстом: «Компьютерная помощь Казань. Выезд 0 руб гарантия опыт 24часа 253-39-26»;

<...> прошедших:

02.06.2014г. в 11 час. 08 мин. с номера +79083689023 с текстом: «Ремонт компьютеров и ноутбуков Казань! Выезд бесплатный т. 253-93-26»;

19.05.2014г. в 11 час. 22 мин. с номера +79022295089 с текстом: «Компьютерная помощь Казань. Выезд 0 руб гарантия опыт 24часа 253-39-26»;

<...> прошедшую:

14.05.2014г. в 13 час. 51 мин. с номера +79022295086 с текстом: «Ремонт компьютеров и ноутбуков Казань! Выезд бесплатный т. 214-35-25», посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ООО «КамаТелеком» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

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.