**РЕШЕНИЕ**

**ПО ДЕЛУ № 04-6/2-1-2019**

Резолютивная часть решения объявлена 08 апреля 2019 года г. Тверь

Решение изготовлено в полном объеме 22 апреля 2019 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Комиссия) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

- Соловьев В.Д., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,
- Васильева Ю.О., специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-1-2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в отсутствие заявителя ***, а также представителей ООО «СМС-Трафик» и ООО «ЦЕНТР СООБЩЕНИЙ», надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

**УСТАНОВИЛА:**

Настоящее дело № 04-6/2-1-2019 возбуждено по заявлению *** (далее - заявитель) в отношении ООО «ЦЕНТР СООБЩЕНИЙ» и ООО «СМС-Трафик» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в связи с распространением 24.11.2018 в 12:07 на выделенный заявителю телефонный номер <...> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Безлимитный ГОД фитнеса=4900! До 25/11, 8(812)622-13-12», отправитель - Adress, смс-центр - +79168960438.

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 05.04.2007 № АЦ/4624 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.

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.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются фитнес услуги.

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.

Таким образом, обязанность доказать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

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».

Комиссия, проанализировав представленные документы, пришла к следующим выводам.

Телефонный номер заявителя закреплен за оператором связи ПАО «МТС».

ПАО «МТС» письмом от 07.12.2018 № Ц08-6/00085и сообщило, что заказчиком рассылки является ООО «СМС Трафик», которому на основании договора от 12.12.2017 №б/н (далее – Договор) предоставлена возможность совершить рассылку смс-сообщений.

В соответствии с пунктом 3.3.3 Договора ООО «СМС Трафик» до начала передачи коротких текстовых сообщений абонентам должен получить от абонентов предварительное согласие на получение SMS-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах ООО «СМС Трафик».

Согласно пункту 3.3.10 Договора выделенный номер ООО «СМС Трафик» должен использоваться для отправки SMS-сообщений с информацией об услугах, товарах, работах только ООО «СМС Трафик».

Согласно пункту 3.4.1 Договора ООО «СМС Трафик» имеет право привлекать третьих лиц для передачи коротких текстовых сообщений абонентам, посредством предоставления им доступа только к своему оборудованию. <u>При этом ООО «СМС Трафик» несет ответственность за их работу, как за свою собственную и оплачивает из собственных средств.</u>

ООО «СМС Трафик» письмом от 16.01.2019 № А10-19 сообщило, что отправителем смс-сообщения является не ООО «СМС Трафик», а ООО «ЦЕНТР СООБЩЕНИЙ». В качестве подтверждения представлена копия договора от 01.06.2017 № 207/17 (далее – Договор № 207/17), согласно которому стороны пришли к соглашению о доступе ООО «ЦЕНТР СООБЩЕНИЙ» к программно-аппаратному комплексу ООО

«СМС Трафик», позволяющему обрабатывать смс-сообщения.

Позиция ООО «СМС Трафик» изложена в письме от 16.01.2019 № А10-19 и заключается в следующем.

ООО «СМС Трафик» не может получить согласие самостоятельно или каким-либо образом взаимодействовать с абонентом, не является участником отношений по формированию рекламного сообщения. По мнению ООО «СМС Трафик», получение информации об абоненте, необходимой для получения согласия, будет противоречить законодательству о защите персональных данных, так как ООО «СМС Трафик» самостоятельно не взаимодействует с указанным физическим лицом, не предоставляет ему товары, работы, услуги.

Однако, как следует у Договора, заключенного между ООО «СМС Трафик» и ПАО «МТС» 12.12.2017, выделенный номер с буквенным обозначением Adress должен использоваться только для отправки SMS-сообщений с информацией об услугах, товарах, работах ООО «СМС Трафик».

Договор № 207/17 заключен 01.06.2017, в то время как техническая возможность совершить рассылку смс-сообщений при использовании услуг связи ПАО «МТС» была предоставлена ООО «СМС Трафик» только 12.12.2017.

Документы, подтверждающие факт реализации Договора № 207/17 в ноябре 2018, не представлены. Представленный ООО «СМС Трафик» Акт об оказанных услугах от 30.11.2018 № б/н по Договору № 207/17 подписан только ООО «СМС Трафик».

В качестве доказательств наличия согласия заявителя на получение рекламы ООО «СМС Трафик» представило копии двух договоров на клубное членство от 04.03.2014 № 000110288 и от 01.07.2014 № 000114069. Однако, указанные договоры заключены с иными лицами (не заявителем) и, кроме того, не содержат согласие на получение рекламы.

Таким образом, из представленных в рамках дела документов следует, что ПАО «МТС» именно ООО «СМС Трафик» предоставило возможность совершить рассылку смс-сообщений с буквенным обозначением Adress, при этом на ООО «СМС Трафик» возложена обязанность использовать буквенное обозначение Adress исключительно для отправки смс-сообщений с информацией об услугах, товарах, работах ООО «СМС Трафик». Доказательства, подтверждающие, что не ООО «СМС Трафик», а ООО «ЦЕНТР СООБЩЕНИЙ» осуществило отправку спорного смс-сообщения, ООО «СМС Трафик» не представило.

С учетом изложенных обстоятельств именно ООО «СМС Трафик» является рекламораспространителем и не представило доказательств наличия согласия абонента *** на получение рекламы посредством смс–сообщения, поступившего 24.11.2018 в 12:07 на выделенный ему телефонный номер ***, в связи с чем его действия совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ООО «СМС Трафик»,

которому была предоставлена техническая возможность для рассылки смс-сообщений и которое самостоятельно отправило 24.11.2018 в 12:07 смс – сообщение на выделенный заявителю телефонный номер без его предварительного согласия.

В связи с отсутствием доказательств прекращения распространения рекламы, Комиссия пришла к выводу о необходимости выдачи ООО «СМС Трафик» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Факт распространения вышеуказанного смс-сообщения с участием или по поручению ООО «ЦЕНТР СООБЩЕНИЙ» документально не подтвержден.

Руководствуясь пунктом 1 статьи 18, частью 13 статьи 28, пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 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, распространенную 24.11.2018 посредством смс-сообщения (номер заявителя ***) ненадлежащей; признать действия ООО «СМС Трафик» (115088, г. Москва, 2-й Южнопортовый проезд, д. 20А, стр. 4, подъезд 1, этаж 2, помещение 2, ИНН - 7705642257, ОГРН - 1057746117384), выразившиеся в распространении 24.11.2018 информации об услугах фитнеса посредством смс-сообщений на номер заявителя *** без предварительного согласия абонента нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «СМС Трафик» (115088, г. Москва, 2-й Южнопортовый проезд, д. 20А, стр. 4, подъезд 1, этаж 2, помещение 2, ИНН - 7705642257, ОГРН - 1057746117384) предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента.

3. Прекратить участие в деле № 04-6/2-1-2019 ООО «ЦЕНТР СООБЩЕНИЙ» (119017, г. Москва, Голиковский переулок, д. 9, офис 2-26, ИНН – 9705086726, ОГРН - 1177746066190).

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении рекламораспространителя вышеуказанной рекламы – ООО «СМС Трафик».

Решение может быть обжаловано в арбитражном суде в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса

Российской Федерации.

Председатель Комиссии: Л.В. Посохова

Члены Комиссии:В.Д. Соловьев, Ю.О. Васильева

**ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-1-2019**

**О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

**РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ**

22 апреля 2019 г. г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

Соловьев В.Д., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

Васильева Ю.О., специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

на основании решения от 22.04.2019 по делу № 04-6/2-1-2019 и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частей 1 и 3 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508,

**ПРЕДПИСЫВАЕТ:**

1. ООО «СМС Трафик» (115088, г. Москва, 2-й Южнопортовый проезд, д. 20А, стр. 4, подъезд 1, этаж 2, помещение 2, ИНН - 7705642257, ОГРН -

1057746117384) в **10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить распространение рекламной информации о бонусах на физкультурно-оздоровительные услуги посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> б**ез предварительного согласия абонента** и при распространении вышеуказанной рекламы посредством смс-сообщений обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «СМС Трафик» (115088, г. Москва, 2-й Южнопортовый проезд, д. 20А, стр. 4, подъезд 1, этаж 2, помещение 2, ИНН - 7705642257, ОГРН - 1057746117384) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в срок до 27.05.2019 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.

*В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ФАС России вправе в соответствии с пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.*

*Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Обжалование в судебном порядке настоящего предписания не приостанавливает его исполнение.*

Председатель Комиссии: Л.В. Посохова

Члены Комиссии:В.Д. Соловьев,Ю.О. Васильева

исп. В.Д. Соловьев (4822) 34-46-98