

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-41-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 22 июля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 05 августа 2015 г.

г.

Тверь

Комиссия Тверского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии:

члены Комиссии: Фомин В.М., руководитель управления,

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Иванова Ю.Б., ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев материалы дела № 04-6/2-41-2015,

в отсутствие надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей ООО «СМС-Оценка», ООО «Мобилфон», ИП <***>,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено по заявлению <***> (далее также заявитель) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 21.07.2014 в 14:44 на выделенный заявителю телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс - сообщения рекламы следующего содержания: «Гнездо глухаря» 22.07 ТРЕТЬЯКОВ, КОЧЕТКОВ, 23.07 ДОЛЬСКИЙ 699-3399», отправитель – <***>.

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 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.

Смс-сообщение, поступившее на телефонный номер <***>, не носит персонализированный характер.

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 персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае является заведение бард-клуб «Гнездо глухаря».

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.

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

Как указано выше, статьей 3 Закона о рекламе определено, что рекламодатель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. При этом Закон о рекламе содержит понятие рекламодателя и не ограничивает количество таких рекламодателей.

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».

Телефонный номер <***>, выделенный <***>, относится к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «ВымпелКом», согласно информации которого (письмо от 22.09.2014 № 01037/14-ИЦР-ТВР) смс – сообщение 21.07.2014 в 14:40 было направлено через СМС - центр <***> с абонентского номера <***>, выделенного ООО «Мобилфон» на основании договора об оказании услуг связи от 30.12.2010 № 1546/49.

Согласно информации ООО «Мобилфон» отправителем вышеуказанного смс – сообщения является ООО «СМС-Оценка», которому в соответствии с договором об оказании услуг от 17.02.2011 № 106/11 (далее – договор № 106/11) был предоставлен доступ для отправления смс – сообщений. Факт исполнения

договора № 106/11 подтвержден представленным ООО «Мобилфон» актом от 31.07.2014 № 542/14, подписанным ООО «Мобилфон» и ООО «СМС-Оценка», свидетельствующим о выполнении ООО «СМС-Оценка» комплекса услуг по организации отправки смс – сообщений за период с 01.07.2014 по 31.07.2014 по договору № 106/11.

Согласно пояснениям ООО «СМС-Оценка» от 26.05.2015 № 001, ООО «СМС-оценка» является компанией, которая предоставляет другим организациям и индивидуальным предпринимателям сервис по отправке различного рода смс-сообщений, для чего создан свой сайт, на котором регистрируются клиенты, получают доступ в «Личный кабинет», в котором имеют возможность формировать тексты смс-сообщений и осуществлять рассылку по своей клиентской базе. Вход в «Личный кабинет» возможен только по индивидуальным паролю и логину, которые известны только самому клиенту. Одним из дилеров ООО «СМС-Оценка» является ИП <***>, с которым заключен договор № 80009771592/1 предоставления услуг от 01.02.2014 (далее - договор № 80009771592/1).

Подпунктом 3.1.1 договора № 80009771592/1 предусмотрено, что Исполнитель (ООО «СМС-Оценка») предоставил Заказчику (ИП Неверов С.А.) услуги в соответствии с Дополнительными соглашениями к настоящему договору.

Согласно пункту 4 Дополнительного соглашения № 1 от 01.02.2014 к договору № 80009771592/1 услуги по отправке SMS-сообщений предоставляются ИП <***> двумя способами через «Личный кабинет» путем выхода на сайт Исполнителя (ООО «СМС-Оценка») www.sms-uslugi.ru, где указывает следующие данные: текст SMS-сообщения, которое необходимо отправить; группу Адресатов, которой необходимо отправить SMS-сообщения (если Адресаты разбиты на группы), или через систему «Транспорт HTTPS» протокола SMPP по собственной базе телефонных номеров, на которые будет производиться рассылка.

В соответствии с пунктом 4.2.2 Дополнительного соглашения № 1 от 01.02.2014 к договору № 80009771592/1 Исполнитель (ООО «СМС-Оценка») присваивает Заказчику индивидуальный Login и пароль для предоставления доступа к серверу Исполнителя (ООО «СМС-Оценка»), далее Заказчик (ИП <***>) самостоятельно производит отправку SMS-сообщений через https-протокол.

При этом согласно пункту 1.3 договора № 80009771592/1 ИП <***> присвоены индивидуальные номер электронного лицевого счета (<***>) и логин (<***>).

Согласно пункту 1 Дополнительного соглашения № 4 от 01.02.2014 к договору № 80009771592/1 Заказчик (ИП <***>) вправе передавать свои права и обязанности по договору № 80009771592/1 третьему лицу, оставаясь ответственным за его действия как за собственные.

Письмом от 24.06.2015 вх. № 3056-эл ИП <***> представил пояснения, сообщив, что он является посредником в предоставлении услуг между ООО «СМС-Оценка» и конечным клиентом. СМС-рассылка осуществляется через программу на сайте www.rfsms.ru. По сведениям ИП <***>, отправка вышеуказанного смс – сообщения была осуществлена одним из его заказчиков – ООО «Концерт-Сервис» (ИНН 7703731631), с которым заключен договор от 02.11.2011 № 80006714406.

Комиссия критично относится к доводу ИП <***> о том, что к распространению вышеназванного смс – сообщения причастно ООО «Концерт-Сервис», поскольку в соответствии с данными, размещенными на официальном сайте Федеральной налоговой службы www.nalog.ru, ООО «Концерт-Сервис» (ИНН – 7703731631) прекратило свою деятельность 15.07.2013 на основании пункта 2 статьи 21.1 Федерального закона от 08.08.2001 № 129-ФЗ, в связи с чем не могло осуществить 21.07.2014 отправку вышеуказанного смс – сообщения.

При этом отправка вышеуказанного смс – сообщения осуществлялась путем входа в «Личный кабинет», выделенный ИП <***>, с использованием присвоенного ему индивидуальных номера электронного лицевого счета и логина.

Принимая во внимание совокупность всех материалов и отсутствие согласия <***> на получение вышеназванной рекламы, действия ИП <***> по распространению 21.07.2014 в 14:40 на телефонный номер <***> (<***>) рекламы следующего содержания: «Гнездо глухаря» 22.07 ТРЕТЬЯКОВ, КОЧЕТКОВ, 23.07 ДОЛЬСКИЙ 699-3399», совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Документальные доказательства, свидетельствующие о том, что действия по распространению смс-рекламы осуществляли ООО «Мобилфон» и ООО «СМС-Оценка», отсутствуют, в связи с чем рассмотрение дела в отношении ООО «Мобилфон» и ООО «СМС-Оценка» подлежит прекращению.

На основании вышеуказанного и руководствуясь частью 1 статьи 18, 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 следующего содержания: «Гнездо глухаря» 22.07 ТРЕТЬЯКОВ, КОЧЕТКОВ, 23.07 ДОЛЬСКИЙ 699-3399», распространенную 21.07.2014 в 14:40 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ИП <***> (614012, г. Пермь, ул. Карпинского, д. 112, кв. 56, ИНН - 590500143671, ОГРНИП - 304590535900051) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ИП <***> (614012, г. Пермь, ул. Карпинского, д. 112, кв. 56, ИНН - 590500143671, ОГРНИП - 304590535900051) и ООО «Мобилфон» (660049, г. Красноярск, проспект Мира, д. 45А, ИНН - 2466122079, ОГРН - 104240296390), как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе, предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при

распространении вышеуказанной рекламы посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Прекратить рассмотрение дела в отношении ООО «Мобилфон» и ООО «СМС-Оценка».

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

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Ю.Б. Иванова, М.Ю. Шуклина

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-41-2015
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

05 августа 2015 г.
Тверь

Г.

Комиссия Тверского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии:

члены Комиссии: Фомин В.М., руководитель управления,

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Иванова Ю.Б., ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев материалы дела № 04-6/2-41-2015,

на основании решения от 05.08.2015 по делу № 04-6/2-41-2015 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. Индивидуальному предпринимателю <***> (614012, г. Пермь, ул. Карпинского, д. 112, кв. 56, ИНН - 590500143671, ОГРНИП - 304590535900051) и ООО «Мобилфон» (660049, г. Красноярск, проспект Мира, д. 45А, ИНН - 2466122079, ОГРН - 104240296390) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «Гнездо глухаря» 22.07 ТРЕТЬЯКОВ, КОЧЕТКОВ, 23.07 ДОЛЬСКИЙ 699-3399», на телефонный номер <***> **без предварительного согласия абонента** - <***>, и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер <***> обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Индивидуальному предпринимателю <***> (614012, г. Пермь, ул. Карпинского, д. 112, кв. 56, ИНН - 590500143671, ОГРНИП - 304590535900051) и ООО «Мобилфон» (660049, г. Красноярск, проспект Мира, д. 45А, ИНН - 2466122079, ОГРН - 104240296390) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 15.09.2015 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: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Ю.Б. Иванова, М.Ю. Шуклина

