РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-72-2014

Резолютивная часть решения по делу оглашена 30 сентября 2014 г.

Решение изготовлено в полном объеме 10 октября 2014 г. Тверь

Γ.

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

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

члены Комиссии:

Манюгина Е.И. – начальник отдела контроля органов власти,

Грицай Г.В. - специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-72-2014, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 14.05.2014 на выделенный <...> телефонный номер <...> с...> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Смешные цены! Поездки на такси от 50руб. т. <...>, www.600200.ru», отправитель — +79<...>,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>, а также представителей ООО «Инкор Девелопмент»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <...> (далее – Заявитель) по факту распространения 14.05.2014 на выделенный ему телефонный номер <...> с...> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Смешные цены! Поездки на такси от 50руб. т. <...>, www.600200.ru», отправитель - +7<...>.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) **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 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, 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 в данном случае являются услуги легкового такси.

Согласно части 1 статьи 5 Закона реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона 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 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 доказывать 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».

Телефонный номер заявителя +79<...> относится к ресурсу нумерации ЗАО «Смоленская сотовая связь», согласно информации которого (письмо от 20.06.2014 № 635/2) вышеуказанное смс-сообщение на телефонный номер заявителя поступило 14.05.2014 в 17:25 с номера +79<...> с смс-центра +79<...>, входящего в ресурс нумерации ЗАО «Волгоград-GSM», регион Волгоградская область.

Согласно информации ЗАО «Волгоград-GSM» (письмо от 02.06.2014 № 4юр-423) телефонный номер <...>, с которого осуществилась отправка смс-сообщения 14.05.2014, принадлежит абоненту ООО «А1 Системс», с которым заключен договор от 01.12.2012 № 2779785, а также дополнительное соглашение к нему от 01.12.2012 № 1.

Согласно информации ООО «А1 Системс» (письмо от 04.08.2014 вх. № 3797) номера +79020980203/+79020980204 были выделены контрагенту ООО «Инкор Девелопмент» на основании договора от 01.04.2011 № 485-syst1 (далее – договор), согласно пункту 4.1 которого контрагенту ООО «Инкор Девелопмент» была предоставлена техническая возможность подключения к SMSC Исполнителя (ООО «А1 Системс»).

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (ООО «А1 Системс») обязуется предоставить Заказчику (ООО «Инкор Девелопмент») доступ для отправки SMS-сообщений (МТ) к SMSC Исполнителя посредством технических и программных

средств Исполнителя абонентам Операторов. Фактом оказания услуг является доставка МТ, сформированного и отправленного Заказчиком от SME Заказчика к серверу SMS-услуг Операторов, для дальнейшей передачи Абоненту (пункт 2.1.1. договора). При этом под SME Заказчика в договоре понимается внешнее аппаратно-программное приложение Заказчика, взаимодействующее с SMSC (центр передачи SMS-сообщений) по протоколу SMPP и обеспечивающее прием, обработку и отправку SMS-сообщений Абоненту (пункт 1.5. договора).

Согласно пункту 3.1.3. договора Заказчик обязуется не использовать SMSC и SME для передачи СПАМа. Заказчик рассылает SMS-сообщения (МТ) только Абонентам, которые дали согласие на получение SMS-сообщений. Согласно пункту 4.3. договора ответственность за содержание исходящих SMS-сообщений несет Заказчик. Согласно пункту 4.4. договора Заказчик рассылает SMS-сообщения, только желаемые к получению адресатом. SMS-сообщения, которые адресат не изъявил желания получать, признаются СПАМом. Согласно пункту 7.2. договора в связи с тем, что Исполнитель не является создателем и распространителем SMS-сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой Абонентам, являясь при этом лишь техническим каналом для передачи Заказчиком SMS-сообщений, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение SMS-сообщений и их содержание в полном объеме несет Заказчик.

Кроме того, ООО «А1 Системс» было представлено заключение по результатам служебной проверки, в рамках которого было установлено, что в качестве средства передачи СМС-сообщений от ООО «Инкор Девелопмент» на конечные мобильные терминалы абонентов через сигнальную сеть СМСЦентра ЗАО «Волгоград-GSM», использовался именно СМС-центр с номером +79020980203/+79020980204. В системных журналах СМС-шлюза, в которых в автоматическом режиме происходит регистрация СМС-сообщений, передаваемых от сторонних пользователей, обнаружены сообщения, в том числе: «Смешные цены! Поездки на такси от 50 руб. т. <...>. <u>www.600200.ru»</u>, которые отправлялись ООО «Инкор Девелопмент» в указанный период. С использованием автоматизированных средств поиска были найдены записи системного журнала, соответствующие ООО «Инкор Девелопмент» и требуемому интервалу времени, а также номер СМС-центра, который использовался для отправки СМС-сообщений. Из записей системного журнала следует, что СМС-сообщения, передаваемые 000 «Инкор Девелопмент», направлялись на СМС-центр с номером +79020980203/+79020980204, о чем есть соответствующие записи в системных журналах СМС-шлюза ООО «А1 Системс» и СМС-центра с номером +79020980203/+79020980204.

В рамках служебной проверки было установлено, что все сообщения в рассылках ООО «Инкор Девелопмент» приходили на СМС-шлюз ООО «А1 Системс» с использованием данных авторизации и аутентификации ООО «Инкор Девелопмент».

К документам, представленным ООО «А1 Системс», был также приложен документ, именуемый «Анкета на получение карты постоянного клиента», содержащий сведения о фамилии клиента (<...>), телефонном номере (<...>) без подписи клиента.

<...>, в свою очередь, представил пояснения по поводу возможного заполнения вышеуказанной анкеты (письмо по электронной почте от 11.09.2014 в 16:52), согласно которым он отказывается от факта заполнения анкеты, от факта участия в опросе на тему, содержащуюся в анкете, а также отрицает принадлежность почерка, посредством которого была заполнена анкета.

ООО «Инкор Девелопмент», будучи надлежаще уведомленным о дате, времени и месте рассмотрения дела, затребованные от него пояснения и документы не представило, позицию о факте распространения рекламы не выразило.

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 14.05.2014 на выделенный Заявителю телефонный номер <...> с...> рекламы следующего содержания: «Смешные цены! Поездки на такси от 50руб. т. <...>, www.600200.ru», были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

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

Как указано выше, статьей 3 Закона определено, что рекламораспространитель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ООО «Инкор Девелопмент», основанием для такого вывода являются сведения ООО «А1 Системс», включающие в себя заключение по результатам служебной проверки, установившей, что все сообщения в рассылках ООО «Инкор Девелопмент» приходили на СМС-шлюз ООО «А1 Системс» с использованием данных авторизации и аутентификации ООО «Инкор Девелопмент», при этом данные авторизации и аутентификации ООО «Инкор Девелопмент» были неоднократно использованы для входа в личный кабинет ООО «Инкор Девелопмент», что доказывает использование СМС-шлюза ООО «А1 Системс» исключительно ООО «Инкор Девелопмент», а также условия договора с ООО «А1 Системс», согласно которому именно ООО «Инкор Девелопмент» прямо и непосредственно причастно к распространению смс-сообщения на телефонный номер Заявителя +79<...>, а его действия подлежат квалификации как действия рекламораспространителя.

Действия ООО «Инкор Девелопмент» по распространению 14.05.2014 на телефонный номер <...> , выделенный <...> без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «Смешные цены! Поездки на такси от 50руб. т. <...>, www.600200.ru», нарушают требования части 1 статьи 18 Закона.

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: «Смешные цены! Поездки на такси от 50руб. т. <...> www.600200.ru», распространенную 14.05.2014 на выделенный <...> телефонный номер <...> <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ООО «Инкор Девелопмент» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
- 2. Выдать ООО «Инкор Девелопмент» и ООО «А1 Системс», 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 услуг посредством направления смссообщений без предварительного согласия абонентов.
- 3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 10 октября 2014 г.

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

Председатель Комиссии

Л.В. Посохова

Члены Комиссии

Е.И. Манюгина

Г.В. Грицай

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-72-2014

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

Γ.

10 октября 2014 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:

Манюгина Е.И. – начальник отдела контроля органов власти,

Грицай Г.В. - специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

на основании решения от 10.10.2014 по делу № 04-6/2-72-2014 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 «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, <...>) и ООО «А1 Системс» (123557, г. Москва, <...>) в 10-дневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «Смешные цены! Поездки на такси от 50руб. т. 57-55-77. www.600200.ru» на телефонный номер <...> <...> без предварительного согласия абонента <...>, и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> с...> обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
- 2. ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, <...>) и ООО «А1 Системс» (123557, г. Москва, <...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в срок до 20.11.2014 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 <u>статьей 198</u> Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Обжалование в судебном порядке настоящего предписания не приостанавливает его исполнение.

Председатель Комиссии

Л.В. Посохова

Члены Комиссии

Е.И. Манюгина

Г.В. Грицай