

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-42-2013

21 февраля 2014 г.

г. Тверь

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: Фомин В.М., руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

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

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

рассмотрев дело № 04-6/2-42-2013 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>, а также представителей: ЗАО «Енисейтелеком», ООО «Мобилфон», ООО «Гранд Телеком», ООО «ИТ Бизнес Консалтинг», ИП <...>, ООО «Альматей», ЗАО «Телефонные сети и компьютерные системы» и ООО «ТАКСТЕЛЕКОМ»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено по заявлению <...> (далее – Заявитель) по факту распространения 21.05.2013 в 16:19 на выделенный ему телефонный номер <...> -903-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: *«Такси 66-*** в Твери. Легко запомнить - позвони. Приглашаем водителей»*.

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 N 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 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 являются услуги 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 рекламораспространителей.

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».

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение вышеуказанной рекламы услуг такси, при распространении на телефон Заявителя 21.05.2013 в 16:19 рекламы следующего содержания: «*Такси 66-*** в Твери. Легко запомнить - позвони. Приглашаем водителей*», 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 этом Закон содержит понятие рекламораспространителя и не ограничивает количество таких рекламораспространителей.

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что ими являются: ООО «Мобилфон», ООО «Гранд Телеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг».

Телефонный номер абонента 8-903-*** относится к номерной емкости оператора связи ОАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ОАО «ВымпелКом»). Согласно информации ОАО «ВымпелКом» от 01.07.2013 № 00476/13-ИЦР-ТВР, вышеуказанное смс-сообщение поступило с номера +7-902-***, который относится к ресурсу нумерации, выделенному оператору связи ЗАО «Енисейтелеком».

В соответствии с информацией, представленной ЗАО «Енисейтелеком» (письмо от 06.08.2013 № 10-01/4728), вышеуказанное смс-сообщение, направленное 21.05.2013 в 16:19 на номер <...> - 903-***, поступило через номер СМС-центра +7-902-*** с абонентского номера 8-950-4, выделенного ООО «Мобилфон» на основании договора об оказании услуг связи от 30.12.2010 № 1546/49 (договор № 1546/49).

Предметом договора № 1546/49 является предоставление оператором связи ЗАО «Енисейтелеком» абоненту (ООО «Мобилфон») услуг подвижной радиотелефонной связи, передачи данных, телематических услуг (услуги связи) в соответствии с действующим законодательством и выданными ЗАО «Енисейтелеком» лицензиями. В соответствии с приложением № 1 к договору № 1546/49 абоненту (ООО «Мобилфон») выделен телефонный номер <...> -950-***.

ООО «Мобилфон» в письме от 30.09.2013 № 09-1/1066 сообщило, что доступ для отправки вышеуказанного смс-сообщения им был предоставлен ООО «Гранд Телеком» по протоколу SMPP v.3.4. ООО «Мобилфон» подключило ООО «Гранд Телеком» к своему SMPP-шлюзу, имеющему внутренние номера 61, 62, 63, 64, 65, 66. По информации ООО «Мобилфон», смс-сообщение, направленное 21.05.2013 в 16:19 на телефонный номер Заявителя 8-903-*** поступило с SMPP-соединения, имеющего внутренний номер <...>, принадлежащего ООО «Гранд Телеком».

Согласно условиям договора, заключенного между ООО «Гранд Телеком» и ООО «Мобилфон» от 01.04.2013 № 145/2013 (далее – договор № 145/2013), Исполнитель (ООО «Мобилфон») оказывает комплекс услуг по организации отправки SMS-сообщений посредством своего комплекса, в том числе услуги по передаче Абонентам SMS-сообщений (пункт 2.1), обязан вести учет отправленных посредством комплекса SMS-сообщений (пункт 3.2.3), а Заказчик (ООО «Гранд Телеком») обязан: не отправлять через комплекс СПАМ, нежелательные SMS-сообщения; в качестве отправителя SMS-сообщения указывать идентификатор (пункт 3.1.3); контролировать наличие предварительного согласия Абонентов на получение SMS-сообщений от имени Клиентов (пункт 3.1.4). При этом согласно пунктам 4.1.2 и 4.1.3 договора № 145/2013: Заказчик (ООО «Гранд Телеком») имеет право отправлять Клиентам посредством комплекса SMS-сообщения от имени клиентов в виде произвольного текста, составленного Клиентами. Согласно пункту 5.3 договора № 145/2013 оплата услуг по договору производится исходя из количества надлежащим образом переданных Абонентам SMS-сообщений за отчетный

период. В случае нарушения Заказчиком (ООО «Гранд Телеком») запрета об отправке СПАМА Исполнитель (ООО «Мобилфон») имеет право блокировать отправку смс-сообщений (пункт 6.5 договора № 145/2013).

Таким образом, ООО «Гранд Телеком» определяло содержание смс-сообщений и осуществляло их отправку абонентам посредством комплекса Исполнителя (ООО «Мобилфон»), а ООО «Мобилфон» оказывало услуги по передаче конечным абонентам отправленных ООО «Гранд Телеком» смс-сообщений, т.е. вышеуказанные лица совершали действия по передаче смс-сообщения на телефонный номер Заявителя и их действия отвечают понятию «рекламораспространитель».

В этой связи доводы ООО «Мобилфон», изложенные в письме от 30.09.2013 № 09-1/1066 о том, что ООО «Мобилфон» не является рекламораспространителем, несостоятельны.

В соответствии с информацией, представленной ООО «Гранд Телеком» (письмо от 17.01.2014 № 7814/06), ООО «Гранд Телеком» передало ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» по договору № 0000038 от 01.03.2013, заключенному между ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» и ООО «Гранд Телеком», определенное количество смс-сообщений для осуществления смс-рассылок в Тверской области (далее – договор № 0000038).

Согласно условиям договора № 0000038 и приложению № 1 к нему Заказчик (ООО «ИТ Бизнес Консалтинг») обязан: не отправлять через Систему (комплекс программных и аппаратных средств, необходимых для оказания услуг Исполнителем) Спам, SMS-сообщения рекламного характера, если от Абонента не было получено предварительное согласие на получение SMS-сообщения рекламного характера (пункт 3.2.2); осуществлять отправку SMS-сообщений только тем абонентам, которые выразили свое согласие на получение отправляемых SMS-сообщений в любой законной форме (подписка через SMS, анкета с указанием контактного номера, подписанное заявление или договор, акцепт на оферту и др.) (пункт 3.2.5); Исполнитель (ООО «Гранд Телеком») предоставляет доступ к программному приложению, обеспечивающему формирование и отправку SMS-сообщений. Передача информации (текст SMS-сообщения) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет (пункт 2 приложения № 1 к договору № 0000038) и обязуется отправлять SMS-сообщения строго в соответствии с ограничениями во времени, установленными Заказчиком с 12:00 до 21:00 (пункт 5 приложения № 1 к договору № 0000038).

Таким образом, Заказчик (ООО «ИТ Бизнес Консалтинг») обеспечивает отправку SMS-сообщений рекламного характера через Систему Исполнителя (ООО «Гранд Телеком»), который также обеспечивает формирование и отправку SMS-сообщений, т.е. доведение их до Абонентов, в том числе Заявителя, следовательно, и Заказчик (ООО «ИТ Бизнес Консалтинг»), и Исполнитель (ООО «Гранд Телеком») совершали действия по доведению рекламы до Заявителя, следовательно, их действия отвечают понятию «рекламораспространитель».

В этой связи вышеуказанные доводы ООО «Гранд Телеком», изложенные в письме от 17.01.2014 № 7814/06, о том, что ООО «Гранд Телеком» не является рекламораспространителем, Комиссия признает несостоятельными.

ООО «ИТ Бизнес Консалтинг», также привлеченное к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, пояснений по существу дела, а также документального подтверждения наличия согласия Заявителя на получение вышеуказанной рекламы не представило.

Принимая во внимание совокупность действий лиц, участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя, действия ООО «Мобилфон», ООО «Гранд Телеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» по распространению 21.05.2013 в 16:19 на телефонный номер <...> 8-903-*** без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «*Такси 66-*** в Твери. Легко запомнить - позвони. Приглашаем водителей*», 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: «*Такси 66-*** в Твери. Легко запомнить - позвони. Приглашаем водителей*», распространенную 21.05.2013 в 16:19 на телефонный номер <...> -903-*** посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ООО «Мобилфон», ООО «Гранд Телеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «Мобилфон», ООО «Гранд Телеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
3. Прекратить рассмотрение дела в отношении ЗАО «Енисейтелеком», ЗАО «Телефонные сети и компьютерные системы», ООО «ТАКСТЕЛЕКОМ», ООО «Альматейя» и ИП <...>.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 07 марта 2014 года.

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

Е.И. Манюгина

М.Ю. Шуклина

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-42-2013

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

07 марта 2014 года

г. Тверь

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

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

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

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

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

на основании решения от 21.02.2014 по делу № 04-6/2-42-2013 о признании ненадлежащей рекламы «Такси 66-*** в Твери. Легко запомнить - позвони. Приглашаем водителей» посредством смс – сообщения, направленной 21.05.2013 в 16:19 на телефонный номер <...> - 903-*** без предварительного согласия абонента, и в соответствии с [пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 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 «Мобилфон» (660049, г. Красноярск, <...>), ООО «Гранд Телеком» (107031, г. Москва, <...>), ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» (141981, Московская область, <...>) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «Такси 66-*** в Твери. Легко запомнить - позвони. Приглашаем водителей» на телефонный номер <...> -903-*** без предварительного согласия абонента и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> -903-*** обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «Мобилфон» (660049, г. Красноярск, <...>), ООО «Гранд Телеком» (107031, г. Москва, <...>), ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» (141981, Московская область, <...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1.1 настоящего предписания **в срок до 16.05.2014 или в течение пяти 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

Е.И. Манюгина

М.Ю. Шуклина