

РЕШЕНИЕ

по делу № 08/3082-16

г. Севастополь

Резолютивная часть решения объявлена 15 декабря 2016 года.

Решение изготовлено в полном объеме 28 декабря 2016 года.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Крым и городу Севастополь (далее – Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия)

рассмотрев материалы по признакам нарушения ИП Борзовой О.В., требований части 1 статьи 18 Федерального Закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

Отделом контроля за соблюдением антимонопольного законодательства, рекламы и контроля закупок города Севастополь (далее - Отдел) Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Крым и городу Севастополю (далее - Крымское УФАС России) рассмотрено обращение гражданина Марченко В.С. (далее - Заявитель) вх. № 1058с от 30 сентября 2016 года по факту распространения смс-сообщения рекламного характера без согласия абонента на получение рекламы.

В результате проверки поступившей жалобы Заявителя по факту распространения смс-сообщений рекламного характера на телефонный номер заявителя +79787941684 посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, с признаками нарушения ст. 18 Закона «О рекламе», установлено следующее.

На телефонный номер заявителя поступили смс-сообщение следующего содержания: «...

Limporo

Дата и время: 07.09.2016 17.40,

Текст: «Скорее в Лимпопо! Скидка до 50 % на одежду и обувь осень-зима 2016/17*».

Limporo

Дата и время: 29.09.2016 19.10

Текст: «только 3 дня! С 30.09 по 2.10 в Лимпопо скидка-50% на 2-й товар*»...».

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона «О рекламе», реклама - 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.

Объектом рекламирования может быть товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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, согласно пункту 3 статьи 3 закона «О рекламе», - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Поскольку рассматриваемая информация обладает всеми указанными выше признаками, она является рекламной.

Как следует из ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

- электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Соответственно, термин «реклама», примененный в пункте 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 этого же Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

Федеральной антимонопольной службой 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.

Кроме того, в письме Федеральной антимонопольной службы от 19.05.2006 N АК/7654 указано, что требования в п. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» распространяются в равной мере и на рекламу, распространяемую по сетям связи Интернет.

Поскольку рассматриваемые SMS-сообщения направлены на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, и не содержит

указания на конкретного субъекта получения, в соответствии с Законом «О рекламе» они являются рекламой (данный вывод также подтверждается судебной практикой: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 29.08.2008 по делу N А79-334/2008; Постановление ФАС Уральского округа от 15.02.2011 N Ф09-113/11-С1 по делу N А50-11777/2010; Постановление ФАС Уральского округа от 10.03.2010 N Ф09-1350/10-С1 по делу N А60-33163/2009-С9; Постановление ФАС Уральского округа от 03.03.2010 N Ф09-1152/10-С1 по делу N А60-31189/2009-С9; Постановление ФАС Центрального округа от 24.01.2011 по делу N А64-3484/2010).

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 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.

Как указывает заявитель, согласие на получение им рассматриваемой рекламы не давалось.

Ответственность за несоблюдение требований части 1 статьи 18 Закона «О рекламе» несет рекламодатель (часть 7 статьи 38 Закона «О рекламе»).

Рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Закона «О рекламе»).

На запрос антимонопольного органа (исх. № 8/5175с от 27 октября 2016 года) ПАО «МТС» представило пояснения (вх. № 2802с от 24 ноября 2016 года, согласно которым по результатам проверки ПАО «МТС» установлено, что 07.09.2016 в 17:40 и 29.09.16 в 19:10 на номер абонента +79787941684 поступили смс-сообщения от отправителя «Limporo» через смс-центр +79168960390.

номер <...> , является номером смс-центра ПАО «МТС».

07.09.2016 в 17:40 и 29.09.16 в 19:10 рассылку смс-сообщений абоненту +79787941684 через смс-центр ПАО «МТС» осуществляла ИП Борзова О.В., с короткого сервисного номера, выделенного ИП Борзовой О.В., в рамках заключенного договора об оказании услуг связи от 01.06.2016 №123316587185 (далее – Абонентский договор).

01.06.2016 в рамках услуги «МТС Коммуникатор» абоненту ИП Борзовой О.В. по ее заявлению на номер <...> была подключена функция «Имя отправителя» - «Limporo».

Из представленных пояснений ПАО «МТС» следует, что суть услуги «МТС Коммуникатор», оказываемой ПАО «МТС», заключается в обеспечении ИП Борзовой О.В. технической возможности (создании необходимых условий) отправки смс-сообщений. При этом ИП Борзова О.В. самостоятельно определяет и формирует содержание смс-сообщений и определяет круг абонентов, которым направляются

данные сообщения абоненту. ПАО «МТС» лишь обеспечивает подключение абонента ИП Борзовой О.В. к сети электросвязи.

Таким образом, рекламораспространителем, указанной рекламы, является ИП Борзова О.В. (ИНН 910801035447, ОГРНИП 314910236734711, 298109, Республика Крым, г. Феодосия, ул. Сурожская, д. 20).

В ходе заседания Комиссии Управления представитель ИП Борзовой О.В. пояснил, что смс-сообщения Заявителю были направлены ошибочно. Смс-сообщения были направлены Заявителю без предварительного согласия на получение рекламы.

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона 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 августа 2006 года № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу «Скорее в Лимпопо! Скидка до 50 % на одежду и обувь осень-зима 2016/17*», «только 3 дня! С 30.09 по 2.10 в Лимпопо скидка-50% на 2-й товар*», распространенную ИП Борзовой О.В. с использованием телефонной связи без предварительного согласия абонента Марченко В.С. на получение рекламы, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать, в связи с устранением нарушения.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Крымского УФАС России для рассмотрения вопроса о привлечении ИП Борзовой О.В. к административной ответственности в соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня его принятия.