

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-5-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 09 апреля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 23 апреля 2015 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 № 04-6/2-5-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения 03.02.2013 в 14:47 на выделенный <***> телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: *«Зима! Холода! Нам-работа ВАМ ЦЕНА! Окно в ТМК за 4581р.т.32-23-66. Tmk»*,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей ООО «Авиатор», ОАО «СМАРТС», ООО «Тверьметаллкомплект»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее – Заявитель) по факту распространения 03.02.2013 в 14:47 на выделенный ему телефонный номер <***> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: *«Зима! Холода! Нам-работа ВАМ ЦЕНА! Окно в ТМК за 4581р.т.32-23-66. Tmk»*, отправитель смс-центр - <***>.

По сведениям справочного Интернет-ресурса www.spravkatver.ru/firm-tmk-gruppa-kompaniy-ooo-tvermetallkomplekt, указанный в тексте смс-сообщения телефонный номер <...> -23-66 используется ТМК (группа компаний ТМК, в состав которой входит и ООО «Тверьметаллкомплект»).

Кроме того, согласно информации, размещенной на официальном сайте группы компаний ТМК www.tmk-okna.ru, группой компаний ТМК проводилась рекламная

акция под названием «ЗИМА ХОЛОДА! Нам работа ВАМ ЦЕНА! 4581 руб.».

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) **целями настоящего Закона о рекламе 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.

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 продукция ООО «Тверьметаллкомплект».

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 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 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 <***> относится к ресурсу нумерации ОАО «МегаФон».

Согласно скриншоту с телефона, представленного заявителем, вышеуказанное смс-сообщение поступило с смс-центра <***>, входящего в ресурс нумерации оператора связи ОАО «СМАРТС».

Согласно информации ОАО «СМАРТС» (письмо от 06.03.2014 № 1-1106) возможность отправлять смс-сообщения через смс-центр <***> получило ООО «А1

Системс» на основании договора от 29.07.2010 № 01-02-02-262/88-syst1. ООО «А1 Системс» предоставило ООО «Национальная СМС Служба» возможность отправлять смс-сообщения по договору от 01.02.2011 № 145- syst1.

Согласно информации ОАО «Национальная СМС Служба» (письмо от 28.01.2015 № 1501-07) отправителем вышеуказанного смс-сообщения является абонент ООО «Авиатор», с которым заключен договор об оказании услуг от 01.07.2012 № 20120701-1-П (далее – договор № 20120701-1-П).

В рамках вышеуказанного договора ООО «Национальная СМС Служба» (далее - НСС) предоставил Заказчику (ООО «Авиатор») телематические услуги по доступу к Системе (Система SMSBliss – комплекс программно-аппаратных средств, принадлежащий НСС, подключенный к Операторам, и позволяющий Заказчику пользоваться услугами по отправке/приему SMS-сообщений) для формирования и отправки SMS-сообщений на мобильные терминалы Абонентов (раздел «Термины и определения» и пункт 1.1 договора № 20120701-1-П). При этом НСС не является создателем (изготовителем) и распространителем SMS-сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой Абонентам, обеспечивает пропуск через Систему SMS-сообщений в их неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования и цензуры, являясь при этом лишь техническим каналом для передачи Заказчиком SMS-сообщений, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством РФ за ненадлежащее или незаконное распространение SMS-сообщений и их содержание в полном объеме несет Заказчик, в том числе, за соблюдением Закона о рекламе (пункт 5.6 договора № 20120701-1-П).

В рамках исполнения обязательств по договору № 20120701-1-П Заказчик (ООО «Авиатор») обязался:

- соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении договора № 20120701-1-П, в том числе, Закона о рекламе (пункт 2.1.2 договора № 20120701-1-П);
- в обязательном порядке получать от Абонента, на мобильный терминал которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких сообщений (пункт 2.1.3 договора № 20120701-1-П);
- любым доступным способом довести до сведения получателя SMS-сообщения информацию о возможности и способе, с помощью которого Абонент может отказаться от дальнейшего получения рассылки SMS-сообщений (пункт 2.1.4 договора № 20120701-1-П);
- не использовать подключение к Системе НСС для организации СПАМа (пункт 2.1.6 договора № 20120701-1-П).

При этом при регистрации Заказчик (ООО «Авиатор») получает персональные пароль и логин (пункт 2 приложения № 2 к договору № 20120701-1-П).

Согласно информации ОАО «Национальная СМС Служба» (письмо от 28.01.2015 № 1501-07) рассылка на номер заявителя <***> производилась из учетной записи nmmari0305.

В подтверждение того, что отправителем вышеуказанного смс-сообщения является

ООО «Авиатор», ООО «Национальная СМС Служба» представлена следующая информация:

1. Зима! Холода! Нам-работа ВАМ ЦЕНА! Окно в ТМК за 3 февраля <***>
4581р.т.32-23-66. Тmk 1 доставлено 2014 Россия (+7) MegaFon Тmk,
<***> 14:46:42 Тверская область Sender;
id:52ef73961f956e5359d70862;973469659;

отправлено: 14:47:56, доставлено 14:48:07;

2) платежные поручения: от 18.03.2014 № 118, от 21.03.2014 № 120, от 25.03.2014 № 134, от 28.03.2014 № 137, от 02.04.2014 № 143, от 09.04.2014 № 162, плательщиком в которых значится ООО «Авиатор» и акт № 000028 от 28.02.2014, подписанный обеими сторонами, Заказчиком в котором значится ООО «Авиатор».

Таким образом, оператор связи - (ООО «Национальная СМС Служба»), как Исполнитель по договору № 20120701-1-П, предоставил ООО «Авиатор» (Заказчику) доступ к своему оборудованию, а ООО «Авиатор» является тем лицом, которому оператор связи предоставил доступ к своему оборудованию - Системе и обеспечил возможность осуществлять отправку смс-сообщений, а ООО «Авиатор» использовало такую техническую возможность и в течение февраля 2014 года осуществляло отправку смс-сообщений посредством вышеуказанных возможностей.

ООО «Авиатор», 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.

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 03.02.2013 в 14:47 на выделенный Заявителю телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: «Зима! Холода! Нам-работа ВАМ ЦЕНА! Окно в ТМК за 4581р.т.32-23-66. Тmk», были нарушены требования 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.

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ООО «Авиатор», основанием для такого вывода являются:

- сведения оператора связи ООО «Национальная СМС Служба», согласно которым ООО «Национальная СМС Служба» предоставило ООО «Авиатор» техническую возможность осуществления с использованием своего оборудования отправки Пользователям СМС-сообщений, возможность формировать содержание рекламного смс-сообщения, определять его адресатов, а также предпринимать все необходимые меры, направленные на соблюдение законодательства о рекламе, в том числе наличие согласия абонента на получение рекламы согласно положениям договора № 20120701-1-П;
- данные с Системы ООО «Национальная СМС Служба»: учетная запись

nmari0305 рассылка с использованием которой производилась ООО «Авиатор» и технические данные о дате, времени и отправителе вышеуказанного смс-сообщения:

Зима! Холода! Нам-работа ВАМ ЦЕНА! Окно в ТМК за

3 февраля <***>

4581р.т.32-23-66. Tmk

1 доставлено

2014 Россия (+7) MegaFon Tmk, <***>

14:46:42 Тверская область
id:52ef73961f956e5359d70862;973469659;

Sender;

отправлено: 14:47:56, доставлено 14:48:07;

- платежные поручения: от 18.03.2014 № 118, от 21.03.2014 № 120, от 25.03.2014 № 134, от 28.03.2014 № 137, от 02.04.2014 № 143, от 09.04.2014 № 162, плательщиком в которых значится ООО «Авиатор» и акт № 000028 от 28.02.2014, подписанный обеими сторонами, Заказчиком в котором значится ООО «Авиатор».

Действия ООО «Авиатор» по распространению 03.02.2013 в 14:47 на телефонный номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «Зима! Холода! Нам-работа ВАМ ЦЕНА! Окно в ТМК за 4581р.т.32-23-66. Tmk», 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: «Зима! Холода! Нам-работа ВАМ ЦЕНА! Окно в ТМК за 4581р.т.32-23-66. Tmk», распространенную 03.02.2013 в 14:47 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ООО «Авиатор» (198095, г. Санкт-Петербург, Химический переулок, д. 4, лит. А, помещение 16-Н; ИНН 7805590323) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Авиатор» (198095, г. Санкт-Петербург, Химический переулок, д. 4, лит. А, помещение 16-Н; ИНН 7805590323) и ООО «Национальная СМС Служба» (196084, г. Санкт-Петербург, Московский проспект, д. 79А, литера А, офис 605; ИНН 7839405314) 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.

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 № 04-6/2-5-2015
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

16 апреля 2015 г.
Тверь

г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области 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 09.04.2015 по делу № 04-6/2-5-2015 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. ООО «Авиатор» (198095, г. Санкт-Петербург, Химический переулок, д. 4, лит. А,

помещение 16-Н; ИНН 7805590323) и ООО «Национальная СМС Служба» (196084, г. Санкт-Петербург, Московский проспект, д. 79А, литера А, офис 605; ИНН 7839405314) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «Зима! Холода! Нам-работа ВАМ ЦЕНА! Окно в ТМК за 4581р.т.32-23-66. Тmk» 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. ООО «Авиатор» (198095, г. Санкт-Петербург, Химический переулок, д. 4, лит. А, помещение 16-Н; ИНН 7805590323) и ООО «Национальная СМС Служба» (196084, г. Санкт-Петербург, Московский проспект, д. 79А, литера А, офис 605; ИНН 7839405314) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 10.06.2015 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: А.В. Посохова, Е.И. Манюгина, М.Ю. Шуклина