

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-8-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 10 июля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 24 июля 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 № 04-6/2-8-2015,

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

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее также заявитель) по факту распространения 15.08.2014 в 14:26 на выделенный ему телефонный номер <***> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: *«3 автомобиля 2014 г.в. по ценам 2013! Только до 19 августа в Лексус-Левобережный! Звоните прямо сейчас + 7 (495) 221-00-99»*, отправитель – «LexusBC», смс-центр – <***>.

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 является специальное предложение по приобретению автомобилей марки «Lexus».

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 рекламодателя.

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 заявителя <***> относится к ресурсу нумерации ОАО «МТС», согласно информации которого (письмо от 03.10.2014 № Ц01-6/0783и) вышеуказанное смс - сообщение поступило 15.08.2014 в 14:26 на телефонный номер <...> выделенный заявителю, через номер СМС – центра <***> ОАО «МТС» с сервисного номера 9848, выделенного ООО «ИнфоБип» в рамках заключенного с ним договора от 02.12.2013 № D 130000043 (далее – договор).

ООО «ИнфоБип» письмом от 14.01.2015 б/н сообщило, что данное Общество оказывает услуги по приему и передаче электронных сообщений – SMS, являясь технологическим посредником между заказчиками (реklamораспространителями) и рекламодателями. ООО «ИнфоБип» является оператором связи по смыслу статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 123-ФЗ «О связи», которое оказывает телематические услуги связи на основании лицензии от 04.12.2012 № 105618. Рассылка вышеуказанного смс – сообщения осуществлялась ООО «СМС-Центр» на основании договора оказания услуг от 04.12.2012 № 04122013-191 (далее – договор № 04122013-191).

В соответствии с пунктом 2.1 договора № 04122013-191 Исполнитель (ООО «ИнфоБип») предоставляет Заказчику (ООО «СМС-Центр») услуги связи с предоставлением доступа к Системе. Согласно пункту 1.2 договора № 04122013-

191 под Системой понимается информационная система Исполнителя, комплекс программно-технических средств и организационных мероприятий, позволяющий Заказчику пользоваться сервисом, предоставленным Исполнителем в соответствии с условиями настоящего договора и приложений к нему.

Согласно пункту 3.2.3 договора № 04122013-191 Заказчик (ООО «СМС-Центр») обязан строго соблюдать Правила предоставления услуг (приложение № 1 к договору).

Технология отправления смс - сообщений предусмотрена пунктами 2-3, 6-9 приложения № 1 к договору № 04122013-191, поименованного как «Правила оказания услуг», согласно которому при регистрации ООО «СМС-Центр» получает реквизиты учетной записи (имя пользователя и пароль), позволяющие получить доступ к Системе ООО «ИнфоБип». При этом согласно пункту 6 Правил предоставления услуг (приложение № 1 к договору № 04122013-191) Заказчик (ООО «СМС-Центр») не вправе передавать реквизиты учетной записи Системы третьим лицам. Исполнитель (ООО «ИнфоБип») считает все действия, произведенные с учетной записи Заказчика (ООО «СМС-Центр»), как сделанные по воле и согласия Заказчика (ООО «СМС-Центр»); передача информации (текст SMS) происходит от ООО «СМС-Центр» к ООО «ИнфоБип» через сеть Интернет через Систему; протокол передачи согласовывается с ООО «СМС-Центр» дополнительно (возможные протоколы: SMTP (электронная почта), HTTP, HTTPS (SSL), SMPP, SOAP); ООО «ИнфоБип» обязуется использовать услуги в соответствии с нормами законодательства Российской Федерации о рекламе и только для передачи информации Абонентам, от которых получено согласие на получение таких сообщений в такой объективной форме, которая может быть предъявлена ООО «ИнфоБип» и не оставляет сомнений как безоговорочное доказательства добровольности Абонента на получение сообщений с информацией ООО «СМС-Центр»; ООО «СМС-Центр» гарантирует, что информация, передаваемая с помощью услуг соответствует нормам закона о рекламе; ООО «СМС-Центр» обязуется не использовать услугу для распространения ненужной получателю информации, в частности, массовая рассылка не согласованных с получателями сообщений и рассылка информации получателям, высказавшим ранее явное нежелание получать эту информацию.

Пунктом 5.2 договора № 04122013-191 предусмотрено, что ответственность за содержание сообщений, рассылаемых ООО «СМС-Центр» с использованием Системы, несет именно ООО «СМС-Центр».

ООО «ИнфоБип» также представило анкету постоянного клиента компании ООО «Империя», в которой указаны сведения о фамилии, имени и отчества заявителя, его даты рождения, адреса электронной почты, номера телефона <***> и подписана неким лицом.

<***> письмом от 18.05.2015 б/н факт заполнения вышеуказанной анкеты отрицал.

Согласно информации ООО «СМС-Центр» (письмо от 12.03.2015 № 25-03/2015-УФАС) вышеуказанное смс – сообщение 15.08.2014 в 14:26 было направлено через клиентский доступ, предоставленный ООО «Инкор Девелопмент» по договору оказания услуг от 30.05.2014 № 355374 (далее – договор № 355374)

Согласно пункту 2.1 договора № 355374 Исполнитель (ООО «СМС-Центр»)

оказывает Заказчику (ООО «Инкор Девелопмент») следующие услуги: рассылку SMS-сообщений на Мобильные терминалы Абонентов, прием SMS-сообщений с мобильных терминалов Абонентов через Сервис SMSC.RU в соответствии с Правилами предоставления услуг (приложение 1 к договору).

В соответствии с пунктами 3.1.4 и 3.1.5 договора № 355374 Заказчику (ООО «Инкор Девелопмент») был обеспечен доступ к его Личному кабинету посредством предоставления логина и пароля; в Личном кабинете отображается информация о зачисленных платежах, состоянии электронного счета, статусе каждого переданного SMS-сообщения.

Условиями договора № 355374 на Заказчика (ООО «Инкор Девелопмент») возложены следующие обязательства: соблюдать требования законодательства Российской Федерации, в том числе Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе». (пункт 3.2.1); в обязательном порядке получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в качестве безоговорочного доказательства наличия согласия на получение SMS-сообщений Абонентом (пункт 3.2.3); не использовать подключение к Сервису SMSC.RU для организации СПАМа (пункт 3.2.5).

В Приложении № 1 к договору № 355374, поименованном как «Правила предоставления услуг», предусмотрено, что Заказчик (ООО «Инкор Девелопмент») получает персональные логин и пароль для входа в Личный кабинет. ООО «Инкор Девелопмент» инициирует оказание услуг путем передачи команды на отправку SMS-сообщений через WEB-интерфейс Личного кабинета либо через протоколы передачи данных: SMTP (электронная почта), HTTP, HTTPS (SSL), SMPP. При отправке каждого сообщения через Сервис SMSC.RU происходит списание средств с электронного счета; моментом отправки сообщения считается момент его доставки Сервисом SMSC.RU до Оператора связи для передачи на Мобильные терминалы Абонентов.

В подтверждение исполнения договору № 355374 ООО «СМС-Центр» письмом от 12.03.2015 № 25-03/2015-УФАС представило акт от 31.08.2014 № 3746, подписанный ООО «СМС-Центр» и ООО «Инкор Девелопмент», подтверждающий оказание ООО «Инкор Девелопмент» услуг по рассылке смс - сообщений в период с 01.08.2014 по 31.08.2014.

Кроме того, данными Системы статистического учета приема-передачи сообщений ООО «СМС-Центр» зафиксирован факт отправки 15.08.2014 на телефонный номер заявителя <***> смс – сообщения с текстом следующего содержания: «3 автомобиля 2014 г.в. по ценам 2013! Только до 19 августа в Лексус-Левобережный! Звоните прямо сейчас + 7 (495) 221-00-99» именно ООО «Инкор Девелопмент», используя логин «Inkor».

При этом содержание как договорных отношений между ООО «ИнфоБип» и ООО «СМС-Центр», так и между ООО «СМС-Центр» и ООО «Инкор Девелопмент» свидетельствует о том, что стороны осознают возможность нарушения рекламного законодательства – в части распространения рекламы посредством смс - сообщений без согласия абонента, оговаривают ответственность другой (по цепочке от оператора связи ОАО «МТС») стороны за такое нарушение, «перекладывая» на такую сторону ответственность за данное нарушение.

Таким образом, и ООО «СМС-Центр», и ООО «Инкор Девелопмент» в рамках вышеперечисленных договоров не только последовательно, с использованием имеющихся у них технических возможностей, осуществляли передачу смс - сообщений, но и в рамках этих отношений последовательно создавали другой стороне договорных отношений условия для отправки смс - сообщений.

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

Учитывая отсутствие согласия <***> на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 15.08.2014 на выделенный ему телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: *«3 автомобиля 2014 г.в. по ценам 2013! Только до 19 августа в Лексус-Левобережный! Звоните прямо сейчас + 7 (495) 221-00-99»*, 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.

Принимая во внимание совокупность действий всех лиц, участвующих в схеме доведения спорного sms-сообщения до <***>, Комиссия пришла к выводу о нарушении ООО «СМС-Центр» и ООО «Инкор Девелопмент» требований части 1 статьи 18 Закона, выразившемся в распространении 15.08.2014 смс - сообщения (содержащего рекламу специального предложения по приобретению автомобилей марки «Lexus») без получения предварительного согласия самого абонента. Технология отправки вышеуказанного смс - сообщения рекламного характера через Систему ООО «ИнфоБип» и Сервис SMSC.RU ООО «СМС-Центр» требовала как от ООО «СМС-Центр», так и ООО «Инкор Девелопмент» совершения активных действий (авторизации в Системах путем ввода личного логина и пароля и получения доступа к Личному кабинету), что свидетельствует о том, что и ООО «СМС-Центр», и ООО «Инкор Девелопмент» прямо и непосредственно причастны к распространению смс - сообщения на телефонный номер заявителя <***>, а их действия подлежат квалификации как действия рекламораспространителей.

Действия ООО «СМС-Центр» и ООО «Инкор Девелопмент» по распространению 15.08.2014 на телефонный номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: *«3 автомобиля 2014 г.в. по ценам 2013! Только до 19 августа в Лексус-Левобережный! Звоните прямо сейчас + 7 (495) 221-00-99»*, 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: «3 автомобиля 2014 г.в. по ценам 2013! Только до 19 августа в Лексус-Левобережный! Звоните прямо сейчас + 7 (495) 221-00-99», распространенную 15.08.2014 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс - сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН - 3666177670, ОГРН – 1123668014040) и ООО «СМС-Центр» (115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8, ИНН - 7724805644, ОГРН - 1117746756489) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН - 3666177670, ОГРН – 1123668014040), ООО «СМС-Центр» (115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8, ИНН - 7724805644, ОГРН - 1117746756489) и ООО «ИнфоБип» (109012, г. Москва, ул. Ильинка, д. 4, ИНН – 7703673690, ОГРН – 5087746020720), 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 № 04-6/2-8-2015

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

24 июля 2015 г.

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: 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 24.07.2015 по делу № 04-6/2-8-2015 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 «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН - 3666177670, ОГРН – 1123668014040), ООО «СМС-Центр» (115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8, ИНН - 7724805644, ОГРН - 1117746756489), ООО «ИнфоБип» (109012, г. Москва, ул. Ильинка, д. 4, ИНН – 7703673690, ОГРН – 5087746020720) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: *«3 автомобиля 2014 г.в. по ценам 2013! Только до 19 августа в Лексус-Левобережный! Звоните прямо сейчас + 7 (495) 221-00-99»* 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 «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ИНН - 3666177670, ОГРН – 1123668014040), ООО «СМС-Центр» (115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8, ИНН - 7724805644, ОГРН - 1117746756489), ООО «ИнфоБип» (109012, г. Москва, ул. Ильинка, д. 4, ИНН – 7703673690, ОГРН – 5087746020720) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 10.09.2015 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, Е.И. Манюгина, М.Ю. Шуклина