

## РЕШЕНИЕ

### ПО ДЕЛУ № 04-6/2-62-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 13 января 2016 г.

Решение изготовлено в полном объеме 25 января 2016 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: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

Балан А.Э., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело 04-6/2-62-2015,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <\*\*\*>, а также представителей ООО «Мобильный Маркетинг» и Индивидуального предпринимателя <\*\*\*> (далее – ИП <\*\*\*>),

### УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <\*\*\*> (далее – Заявитель) по факту распространения 14.10.2015 в 15:02 на выделенный Заявителю телефонный номер <\*\*\*> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «За кажи 2 б. воды по 19л БЕСПЛАТНО 574488 644488 Артезианская водаFWSW», отправитель – <\*\*\*>, смс-центр - <\*\*\*>.

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

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 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».

Телефонный номер Заявителя <\*\*\*> относится к ресурсу нумерации ПАО «Мегафон», согласно информации которого (письмо от 02.11.2015 № <\*\*\*>), вышеуказанное смс-сообщение поступило с смс-центра <\*\*\*>, закрепленного за оператором связи ЗАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем-Чебоксары» (далее – ЗАО «СМАРТС-Чебоксары»).

Согласно информации, полученной от ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» (письмо от 25.11.2015 № <\*\*\*>), отношение к отправке смс-сообщения на телефонный номер <\*\*\*>, выделенный <\*\*\*>, имеет ООО «Мобильный актив», с которым заключен договор на предоставление услуг подвижной радиотелефонной связи от 03.07.2015.

Согласно информации ООО «Мобильный актив» (письмо от 08.12.2015 б/н) отношение к отправке вышеуказанного смс-сообщения имеет ООО «Мобильный Маркетинг», с которым заключен договор возмездного оказания услуг от 28.02.2009 № <\*\*\*>. Также ООО «Мобильный Маркетинг» сообщило, что отправителем смс-сообщения 14.10.2015 в 15:02 на телефонный номер <\*\*\*>, выделенный <\*\*\*>, является ИП <\*\*\*>, которой такая возможность предоставлена в соответствии с договором предоставления услуг от 20.05.2015 № <\*\*\*> (далее – Договор).

В соответствии с пунктом 1.1 Договора ООО «Мобильный маркетинг» (далее –

Исполнитель) предоставило ИП <\*\*\*> (далее – Заказчик) комплекс услуг информационного - технического характера для осуществления SMS-рассылок, а именно: услуги по обработке поручений на отправку SMS-сообщений с целью их приведения в стандартную форму, а также услуги по формированию отчетов и динамической смене имени отправителя. Согласно пунктам 1.2, 1.3 и 1.6 Договора Исполнитель и Заказчик осуществляют взаимодействие своих аппаратно - программных средств с использованием внешних протоколов приема-передачи данных SMPP/HTTP/HTTPS/SMTP, а также с использованием электронного интерфейса (виртуального личного кабинета Заказчика, расположенного на серверах Исполнителя и находящегося по адресу [http:// <\\*\\*\\*>](http://<***>), доступ к которому осуществляется после авторизации – ввода логина и пароля, известных только Заказчику). Согласно пункту 3.3 Договора Заказчик обязуется в обязательном порядке заблаговременно получить от Абонента, на мобильный телефон которого планируется отправка смс-сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких смс-сообщений в форме, которая однозначно идентифицирует Абонента как лица, давшего это согласие. Согласно пункту 3.5.1 Договора Заказчик не имеет права использовать оказываемые Исполнителем услуги для передачи смс-сообщений, соответствующих признакам СПАМа.

Пунктами 1, 2 и 7 Приложения № 1 к Договору, поименованному как «Правила предоставления услуг», предусмотрено, что ИП <\*\*\*>. был предоставлен доступ к электронному интерфейсу и возможность удаленного доступа к оборудованию ООО «Мобильный Маркетинг»; фактом оказания услуг по договору является прохождение SMS-сообщения, поручение на отправку которого было сформировано и отправлено ИП <\*\*\*>, через технические средства ООО «Мобильный Маркетинг» и постановка их в очередь на отправку.

В подтверждение причастности ИП <\*\*\*> к распространению вышеуказанного смс-сообщения ООО «Мобильный Маркетинг» письмом от 23.12.2015 № 23-2015-3 представило платежное поручение от 22.09.2015 № 17, которое подтверждает, что ИП <\*\*\*> оплатила услуги ООО «Мобильный маркетинг».

ИП <\*\*\*>, надлежащим образом извещенная о дате и месте рассмотрения дела, в Тверское УФАС России документы и сведения не представила, позицию по факту распространения вышеуказанного смс-сообщения не выразила.

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение рекламы, при распространении 14.10.2015 в 15:02 на выделенный Заявителю телефонный номер <\*\*\*> рекламы следующего содержания: «*За кажи 2 б. воды по 19л БЕСПЛАТНО 574488 644488 Артезианская вода FWSW*», 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 рекламодатель.

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

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ИП <\*\*\*>, что

подтверждено сведениями ООО «Мобильный Маркетинг», согласно которым в рамках заключенного Договора ИП <\*\*\*> был предоставлен доступ к электронному интерфейсу ООО «Мобильный Маркетинг» с использованием индивидуального логина и пароля для отправки смс-сообщений абонентам, и оплатой услуг по смс-рассылке, что свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ИП <\*\*\*> к распространению смс-сообщения 14.10.2015 в 15:02 на телефонный номер Заявителя <\*\*\*>, а ее действия подлежат квалификации как действия рекламодателя-распространителя.

Действия ИП <\*\*\*> по распространению 14.10.2015 в 15:02 на телефонный номер <\*\*\*>, выделенный <\*\*\*>, без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*За кажи 2 б. воды по 19л БЕСПЛАТНО 574488 644488 Артезианская водаFWSW*», совершены с нарушением требований 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: «*За кажи 2 б. воды по 19л БЕСПЛАТНО 574488 644488 Артезианская водаFWSW*», распространенную 14.10.2015 в 15:02 на телефонный номер <\*\*\*> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия Индивидуального предпринимателя <\*\*\*> нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать Индивидуальному предпринимателю <\*\*\*> (<\*\*\*>) и ООО «Мобильный Маркетинг» (614094, г. Пермь, ул. Овчинникова, д. 17, ИНН 5903092227, ОГРН 1095903000434) 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 доставки воды посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Передать материалы дела № 04-6/2-62-2015 уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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, А.Э. Балан

**ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-62-2015**  
**О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**  
**РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ**

25 января 2016 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:

члены Комиссии: Посохова Л.В. - заместитель руководителя управления,

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

Балан А.Э. – специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

на основании решения от 25.01.2016 по делу № 04-6/2-62-2015 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. Индивидуальному предпринимателю <\*\*\*> (<\*\*\*>) и ООО «Мобильный

Маркетинг» (614094, г. Пермь, ул. Овчинникова, д. 17, ИНН 5903092227, ОГРН 1095903000434) как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе, **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*За кажи 2 б. воды по 19л БЕСПЛАТНО 574488 644488 Артезианская вода FWSW*» 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. Индивидуальному предпринимателю <\*\*\*> (<\*\*\*>) и ООО «Мобильный Маркетинг» (614094, г. Пермь, ул. Овчинникова, д. 17, ИНН 5903092227, ОГРН 1095903000434) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 29.02.2016 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: Л.В. Посохова

Члены Комиссии: Е.И. Манюгина, А.Э. Балан