

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ №193-ФАС22-Р/12-14

Резолютивная часть решения оглашена 23 января 2015 года
г. Барнаул

Решение изготовлено в полном объеме 23 января 2015 года

Комиссия управления Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии:

П<...>,

члены Комиссии:

Б<...>,

Ч<...>,

рассмотрев дело №193-ФАС22-Р/12-14 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбужденное по заявлению гражданина, о получении рекламного смс-сообщения без предварительного согласия абонента,

в отсутствие заявителя (уведомлен);

в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – рекламораспространителя, ИП Голицына (уведомлен),

в отсутствие заинтересованного лица – ООО «БИФРИ» (уведомлено, направило ходатайство о рассмотрении дела без участия представителя),

УСТАНОВИЛА:

ИП Голицын своевременно и надлежащим образом извещен о дате, времени и месте рассмотрения дела.

ООО «БИФРИ» своевременно и надлежащим образом извещено о дате, времени и месте рассмотрения дела.

В соответствии с п.30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006г. № 508, не является препятствием для рассмотрения дела отсутствие сторон, если имеются данные о своевременном извещении о времени и месте рассмотрения дела и если от них не поступило мотивированное ходатайство об отложении рассмотрения дела или указанное ходатайство не удовлетворено антимонопольным органом.

ИП Голицын на заседание Комиссии не явился.

Представитель ООО «БИФРИ» на заседание Комиссии не явился, Общество

направило ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя.

На основании изложенного Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие ИП Голицына и ООО «БИФРИ».

В управление Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю поступило заявление гражданина, поданное через электронную почту ФАС России, о получении на мобильный телефон номер <...> рекламной информации следующего содержания: «Успей до подорожания! сдача дома II кв 15г 15мин от метро 1.3млн <...>» без предварительного согласия абонента, в которой усматриваются признаки нарушения п.1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006г. №38-ФЗ «О рекламе». СМС-центр <...>, отправлено с номера <...>, получено 05.08.2014 в 13:44.

Согласно ст. 18 Федерального 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.

Заявитель указывает, что не давал согласия на получение посредством смс-сообщений рассматриваемой рекламы, следовательно, реклама распространена с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 настоящего Федерального закона, что послужило поводом к возбуждению 17.12.2014г. дела по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе. В качестве рекламодателя к участию в деле привлечено ООО «БИФРИ».

ООО «БИФРИ» во исполнение определения о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе представлены документы и пояснения, согласно которым, лицом, осуществившем отправку на абонентский номер заявителя рассматриваемого смс-сообщения, является ИП Голицын.

26.12.2014г. рассмотрение дела было отложено в связи с заменой ненадлежащего лица в соответствии с пунктом 27, с 5 абзацем пункта 34 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, признан ИП Голицын, заинтересованным лицом - ООО «БИФРИ».

Комиссия Алтайского краевого УФАС России, исследовав материалы дела, пришла к следующим выводам.

На основании ст.3 Федерального 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. Распространяемая

посредством смс-сообщений рекламная информация соответствует легальному определению понятия «реклама».

Согласно Выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, СМС-центр <...> относится к номерной емкости оператора «Волгоград-GSM» (г.Волгоград). На запрос антимонопольного органа ЗАО «Волгоград-GSM» пояснило, что через смс-центр <...> маршрутизируются смс-сообщения, направляемые абонентом Общества ООО «А1 Системс». Услуги подвижной связи предоставляются абоненту на основании договора № 2779785 от 01.12.2012г. и дополнительного соглашения № 1 от 01.12.2012г. на предоставление услуги «SMS-контакт», которым предусматривается возможность отправления смс-сообщений с произвольным (по выбору самого абонента) буквенно-цифровым идентификатором в качестве номера абонента.

ООО «А1 Системс» на запрос антимонопольного органа предоставлена копия договора № 617-syst1 от 01.11.2013г., заключенного между ООО «А1 Системс» и ООО «Мостелеком», согласно которому, исполнитель (ООО «А1 Системс») обязуется предоставить заказчику (ООО «Мостелеком») доступ для отправки SMS-сообщений к центру передачи таких сообщений исполнителя посредством технических и программных средств исполнителя абонентам операторов. Фактом оказания услуг является доставка исходящих SMS-сообщений заказчика, сформированных и отправленных им от внешнего программно-аппаратного приложения заказчика, взаимодействующего с центром передачи SMS-сообщений исполнителя, к серверу SMS-услуг операторов, для дальнейшей передачи абоненту.

Согласно приложению № 3 от 01.11.2013г. к указанному договору, в соответствии с п. 4.1 Договора исполнитель (ООО «А1 Системс») передает, а заказчик (ООО «Мостелеком») принимает следующие технические параметры подключения: ссылка для доступа в личный кабинет: <http://admin.a1smsmarket.ru>, имя (логин): <...>, пароль: <...>.

В соответствии с представленной ООО «Мостелеком» в антимонопольный орган информацией номер <...>, от которого поступило на номер заявителя смс-сообщение «Успей до подорожания! сдача дома II кв 15г 15мин от метро 1.3млн 9083312», выделен Обществом контрагенту ООО «БИФРИ» по договору № 62-мтк от 12.03.2014г., в соответствии с п. 4.1 которого, ООО «БИФРИ» была предоставлена техническая возможность подключения к центру передачи смс-сообщений ООО «Мостелеком». Согласно п.п. 4.3, 4.4 Договора, ООО «БИФРИ» несет полную ответственность за содержание исходящих смс-сообщений, рассылает смс-сообщения только абонентам, которые дали согласие на получение таких сообщений.

По информации, предоставленной ООО «БИФРИ» следует, что сообщение «Успей до подорожания! сдача дома II кв 15г 15мин от метро 1.3млн 9083312» отправлено на абонентский номер заявителя +79219215369 в рамках договорных отношений между ООО «БИФРИ» и ИП Голицыным. В соответствии с договором №SMSD1001/14-01ТО от 10 января 2014г., заключенным между ИП Голицыным (Заказчик) и ООО «БИФРИ» (Исполнитель), Исполнитель обязуется оказывать Заказчику услуги по передаче сообщений Заказчика через СМС-центр Исполнителя до СМС-центра оператора, с целью последующей передачи абонентам посредством технологии «SMS». Согласно п.2.3 договора Заказчик обязуется получить согласие абонентов,

которым направляются сообщения Заказчика, на получение абонентами таких сообщений Заказчика в порядке и форме, предусмотренной законодательством.

Согласно пояснениям ИП Голицына, представленным ООО «БИФРИ», заявитель 15.04.2014 г. в 15:22:44 оплачивал услуги мобильной связи на сумму 200 рублей через терминал Банка Балтики, предварительно акцептовав условия оферты, содержащейся в интерфейсе Терминала, в соответствии с условиями которой абонент выражает свое согласие на отправку по указанному номеру смс-сообщений информационного характера; смс-рассылка не может являться рекламой, поскольку отсутствует основной признак рекламы – ее адресованность неопределенному кругу лиц.

Комиссия Алтайского краевого УФАС России не соглашается с доводами ИП Голицына и отклоняет их по следующим основаниям.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального 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.

Согласно пункту 1 статьи 3 настоящего Федерального 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.

В данной норме 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в пункте 15 разъясняет, что 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.

Из содержания распространенной ИП Голицыным информации «Успей до подорожания! сдача дома II кв 15г 15мин от метро 1.3млн <...>», с учетом ее распространения путем смс-сообщений, следует, что таковая является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование поддержания интереса к нему и его продвижению на рынке.

Согласно статье 435 Гражданского кодекса Российской Федерации офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определено и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Оферта должна содержать существенные условия договора.

Комиссия Алтайского краевого УФАС России полагает, что размещенный в интерфейсе терминала ОАО АКБ Балтика, через который абонентом номера <...> осуществлен платеж за услуги мобильной связи, документ, именуемый ИП Голицыным офертой, является не иначе, как навязыванием плательщику дополнительных условий, без согласия с которыми, осуществить платеж за услуги невозможно.

Кроме того, Комиссия антимонопольного органа считает, что абонент <...>, акцептовав условия настоящей оферты (без чего невозможно осуществить платеж), тем самым не выразил предварительного согласия ИП Голицыну на получение от него смс-сообщения «Успей до подорожания! сдача дома II кв 15г 15мин от метро 1.3млн <...>», в связи с отсутствием причинно-следственной связи между получением смс-сообщения и оплатой услуг мобильной связи. Кроме того, согласие должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Следовательно, ИП Голицыным согласие заявителя на получение рекламного смс-сообщения в антимонопольный орган не представлено.

Таким образом, распространение указанной рекламы посредством смс-сообщения на абонентский номер заявителя осуществляется с нарушением ч.1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно ст.38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Согласно п.7 ст.3 Федерального закона «О рекламе», рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно имеющимся материалам, рекламодателем рассматриваемого сообщения является ИП Голицын <...>.

Согласно пункту 4 статье 3 настоящего Федерального закона, ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

На основании изложенного, Комиссией установлен факт нарушения ИП Голицыным части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», выразившегося в отправке смс-сообщения рекламного характера на номер мобильного телефона заявителя без его предварительного согласия.

Согласно части 2 статьи 33 Федерального закона «О рекламе», антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламодателям, рекламопроизводителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе выдается виновному в нарушении лицу, а также участвующим в рассмотрении дела заинтересованным лицам, причастным к распространению ненадлежащей рекламы и способным прекратить ее распространение.

Распространение рекламы посредством смс-сообщения на абонентский номер заявителя с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», осуществляется ИП Голицыным на основании договора оказания услуг, заключенного с ООО «БИФРИ», которое обеспечивает доступ к программному приложению и отправку смс-сообщений, то есть является лицом, способным устранить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу «Успей до подорожания! сдача дома II кв 15г 15мин от метро 1.3млн <...>», распространенную на абонентский номер заявителя <...> посредством смс-сообщения, ненадлежащей, так как при ее распространении нарушено требование части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Выдать ИП Голицыну предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «БИФРИ», как лицу, способному устранить нарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

П<...>

ПРЕДПИСАНИЕ № 12

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

23 января 2015 г.

г.

Барнаул

Комиссия управления Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии:

Поспелов <...>,

члены Комиссии:

Б<...>,

Ч<...>,

на основании своего решения от 23 января 2015 г. по делу № 193-ФАС22-Р/12-14 о признании рекламы «Успей до подорожания! сдача дома II кв 15г 15мин от метро 1.3млн <...>», распространенной посредством смс-сообщения на абонентский номер заявителя <...> без его предварительного согласия, ненадлежащей, поскольку при ее распространении нарушено требование части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», в соответствии с пунктами 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ИП Голицыну <...> в **пятнадцатидневный срок** со дня вынесения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: прекратить распространение смс-сообщений рекламного характера на абонентский номер заявителя <...> без его предварительного согласия.

2. ИП Голицыну представить в управление Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **до 13 февраля 2015 года**.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе, управление Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю 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 до пятисот тысяч

рублей.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

П<...>

Члены Комиссии

Б<...>

>

Ч<...>

ПРЕДПИСАНИЕ № 13

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

23 января 2015 г.

г.

Барнаул

Комиссия управления Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии:

П<...>,

члены Комиссии:

Б<...>,

Ч<...>,

на основании своего решения от 23 января 2015 г. по делу № 193-ФАС22-Р/12-14 о признании рекламы «Успей до подорожания! сдача дома II кв 15г 15мин от метро 1.3млн <...>» (отправлено с номера <...>, получено 05.08.2014 в 13:44.), распространенной посредством смс-сообщения на абонентский номер заявителя <...> без его предварительного согласия, ненадлежащей, поскольку при ее распространении нарушено требование части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», в соответствии с пунктами 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «БИФРИ» в **пятнадцатидневный срок** со дня получения предписания, как лицу способному прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, осуществить действия, способствующие прекращению распространения ИП Голицыным смс-сообщений рекламного характера на абонентский номер заявителя <...> без предварительного согласия абонента на получение рекламных смс-сообщений.

2. ООО «БИФРИ» представить в управление Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **до 13 февраля 2015 года.**

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе, управление Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю 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 до пятисот тысяч рублей.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

П<...>

Члены Комиссии

Б<...>

>

Ч<...>