

РЕШЕНИЕ

по делу № 08-04-18/03

11 мая 2018 года

г. Мурманск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее - Комиссия) в составе:

Председателя комиссии – заместитель руководителя управления – Попова Ирина Николаевна;

Членов комиссии: главного специалиста-эксперта отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Мороз С.В.,

специалиста-эксперта отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Яшиной О.Е.,

рассмотрев дело № 08-04-18/03 от 02.04.2018 по признакам нарушения Федерального Закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ в отсутствие индивидуального предпринимателя Кольско Д. В. (ИНН 151001414988141102).

УСТАНОВИЛА

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области поступило заявление гражданина <...> по поводу распространения рекламы 23.11.2017 и 12.12.2017 в виде смс-сообщений ООО «Галант Авто» следующего содержания: «Мега черная пятница в Галант-авто! а/м с выгодой до 650 т.р.! Кредит.... только до 24.11.17! звони, раскупят тел...» и «Галант –Авто 10 лет! Весь декабрь новые Mitsubishi с выгодой до 32%, скидка 10% на услуги сервиса и запчасти! Звони 88152 <...> ГВ», без получения предварительного согласия абонента <...>.

Заявитель сообщает, что не пользовался услугами ООО «Галант-Авто» не оставлял номер своего мобильного телефона, соответственно не давал свое согласие на рассылку.

Гражданин представил скриншоты рекламных сообщений с экрана своего телефона.

<...> просит привлечь к ответственности лицо, нарушившее рекламное законодательство.

В соответствии со статьей 3 Федерального Закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (Далее - Закон 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;

ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации;

рекламораспространитель лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств

Согласно пункту 1 статьи 18 Закон 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.

Как указано в [постановлении](#) Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 N 4-П реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Согласно Международному [кодексу](#) рекламной практики под потребителем рекламы понимается любое лицо, которому адресована реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю.

По своему содержанию смс - сообщение, направленное по сети связи, привлекает неопределенный круг лиц к объектам рекламирования ООО «Галант-Авто», его продукции и акциям», продвигает ООО «Галант-Авто» на рынке и побуждает воспользоваться его продуктом и акциями по привлекательной цене, кроме того сообщения не содержит указания на конкретного субъекта их получения, т.е. данная информация является рекламой.

Объектами рекламирования является: магазин салон магазин ООО «Галант Авто», продукция магазина и акция.

В ходе рассмотрения обращения гражданина Мурманское УФАС России запросило информацию у заинтересованного лица ООО «Галант-Авто» и стороны договорных отношений ООО «АйДиджитал», а также у оператора связи ООО «Скартел» детализацию смс-сообщений с мобильного телефона заявителя <...>.

Исходя из детализации входящих сообщений, вышеприведенные смс-сообщения действительно поступили 23.11.2017 и 12.12.2017 на абонентский номер <...>, принадлежащий <...>.

В соответствии с договором № SMSD0101/16-04BE от 01.01.2016(далее- договор), заключенным между ООО «АйДиджитал» и ООО «Галант –Авто», спорные рекламные смс-сообщения были направлены в рамках дополнительного соглашения №2 к договору.

Условия договора № SMSD0101/16-04BE и дополнительное соглашение №2 (пункт4.4) предусматривает привлечение третьих лиц для оказания услуг по отправке рекламных смс-сообщений.

ООО «АйДиджитал» заключил договор № 1810/2017 от 18.10.2017 с индивидуальным предпринимателем Колыско Дмитрием Владимировичем, по условиям которого, ИП Колыско Д.В. самостоятельно осуществляет выбор получателя смс-сообщений в полном объеме несет ответственность за наличие согласия абонентов на получение рекламы (пункт 4.9 договора).

ИП Колыско Д. В. (ИНН 151001414988141102), в соответствии с выпиской из ОГРНИП, осуществляет деятельность рекламных агентств (62.02.9) и деятельность по управлению компьютерными системами непосредственно (62.03.11) и дистанционно (62.03.12).

Согласно Акту №1 от 09.01.2018г спорные смс-сообщения были отправлены через оборудования ИП Колыско Д.В.

ИП Колыско Д.В. по запросу ООО «АйДиджитал» представил анкету от 11.03.2009 абонента номера <...>, из которой следует, что гражданин <...> дает согласие на обработку его персональных данных и на получение информации по каналам связи на принадлежащий ему телефонный номер <...>. Анкета не содержит место время и адрес заполнения анкеты, паспортные данные лица, его адрес проживания и иную идентифицирующую информацию,

Мурманским УФАС России установлено, что абонентский номер <...>, на который ИП Колыско Д.В. направил рекламные смс-сообщения, фактически принадлежит с 2004 года <...> (Договор о предоставлении услуг связи МТС от 21.08.2004) и на момент рассылки рекламных смс-сообщений также принадлежал <...>, который не давал согласие на получение рекламы.

ИП Колыско Д.В. не удостоверившись в принадлежности абонентского номера, направил рекламные смс-сообщения фактическому обладателю абонентского номера <...>, без получения на то согласие собственника номера.

В соответствии со [статьей 2](#) Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ "О связи" электросвязь - это любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам ([пункт 35](#)); абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации ([пункт 1](#)).

Согласно [части 1 статьи 44.1](#) Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной [нормой](#) согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Из письма Федеральной антимонопольной службы от 19.05.2006 N АК/7654 следует, что

требования, предусмотренные [частью 1 статьи 18](#) Закона о рекламе, распространяются в равной мере и на рекламу, распространяемую по сетям связи Интернет, и на мобильные номера абонентов.

Поскольку положениями [Закона](#) о рекламе не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя ([пункт 15](#) постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе").

При этом бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламодателе в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть зафиксировано каким-либо образом.

Из комментируемой нормы следует, что реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Вместе с тем, рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В рассматриваемом случае, на момент распространения рекламы такое согласие не было получено у фактического абонента номера <...>.

Из пояснений ООО «АйДиджитал» и ООО «Галант Авто» следует, что рассылка рекламных смс-сообщений ООО «Галант Авто» осуществлялась ИП Колыско Д.В., который был конечным отправителем рекламы и осуществлял рассылку по самостоятельно сформированной базе со своего оборудования. Участники договорных отношений, ссылаясь на часть 4 договора № 1810/2017 от 18.10.2017, убеждены, что именно ИП Колыско Д.В., будучи рекламодателем обязан был получить согласие абонента <...> на получение рекламного смс сообщения.

Согласно терминологии договора №1810/2017 рекламодатель - это лицо, привлекаемое к оказанию услуг по настоящему договору и получившее соответствующее согласие от абонентов на получение рекламной информации.

В соответствии с [ч. 7 ст. 38](#) Закона о рекламе, рекламодатель несет ответственность за нарушение Закона о рекламе.

Согласно акту выполненных работ №1 от 09.01.2018 рекламная рассылка по заказу ООО «АйДиджитал»(№1810/2017 от 18.10.2017) выполнена ИП Колыско Д.В. в срок без претензий по объему и качеству и оплачено в полном объеме.

Из чего следует, что рекламодателем является индивидуальный предприниматель Колыско Д. В. (ОГРНИП 317505000034842 от 17.10.2017, ИНН 151001414988), который распространил рекламную информацию в виде смс сообщения без получения предварительного согласия абонента номера <...>.

Индивидуальный предприниматель Колыско Д. В. на рассмотрении дела не явился, ходатайств не заявлял, переписку ведет только с участником договорных отношений ООО «АйДиджитал», не содействует антимонопольному органу установить все обстоятельства дела (корреспонденцию, направленную в его адрес не получает).

ИП Колыско Д.В. не представил доказательств получения согласия фактического абонента номера <...>

Комиссия признала рекламу, распространявшуюся 23.11.2017 и 12.12.2017 в виде смс-сообщений ООО «Галант Авто» следующего содержания: «Мега черная пятница в Галант-авто! а/м с выгодой до 650 т.р.! Кредит.... только до 24.11.17! звони, раскупят тел...» и «Галант –Авто 10 лет! Весь декабрь новые Mitsubishi с выгодой до 32%, скидка 10% на услуги сервиса и запчастей! Звони 88152 <...> ГВ», без получения предварительного согласия абонента <...>, ненадлежащей и нарушающей часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Из письменных пояснений ИП Колыско Д.В. от 31.01.2018, следует, что абонентский номер <...>, поставлен в стоп лист, рассылка рекламы в адрес <...> прекращена.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 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, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1.Признать рекламу: «Мега черная пятница в Галант-авто! а/м с выгодой до 650 т.р.! Кредит.... только до 24.11.17! звони, раскупят тел...» и «Галант –Авто 10 лет! Весь декабрь новые Mitsubishi с выгодой до 32%, скидка 10% на услуги сервиса и запчастей! Звони 88152 <...> ГВ», распространенную 23.11.2017 и 12.12.2017 в виде смс-сообщений, без получения согласия абонента ненадлежащей, нарушающей требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2.Предписание не выдавать в связи с прекращением распространения рекламы в адрес абонента.

3.Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Мурманского УФАС России для возбуждения дел об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении индивидуального предпринимателя Колыско Д. В. (ИНН 151001414988).

Резолютивная часть решения объявлена 11 мая 2018 года.

Решение в полном объеме изготовлено 11 мая 2018 года.

Решение может быть обжаловано в суд (арбитражный суд) в течение трех месяцев со дня изготовления решения в полном объеме.

Председатель комиссии:

И.Н. Попова

Члены комиссии:

С.В. Мороз

О.Е. Яшина