

РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть оглашена 15 апреля 2016 г.

Полный текст решения изготовлен 18 апреля 2016 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе: <...>

рассмотрев дело № 02-38/4р-2016, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения 07.01.2016 в 18:04 СМС-сообщения рекламного характера с именного номера GALAKTIKA на номер абонента – <...> (+7914<...>) с текстом следующего содержания: «ТЦ ГАЛАКТИКА поздравляет с Рождеством и напоминает о скидках до 25 % по 16 января 2016 г! ТЦ ГАЛАКТИКА, ул. Зайцева, 1г, тел. 637-018» в отсутствие предварительного письменного согласия абонента на получение такого сообщения,

при участии представителей лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе (ИП Киселев М.М.):

- <...> – (доверенность <...>); <...> – менеджер по маркетингу и рекламе Магазина «XXI век» (приказ о приеме работника на работу <...>),

УСТАНОВИЛА:

Магаданским УФАС рассмотрено заявление <...> (вх. № 02/44 от 13.01.2016) по факту распространения 07.01.2016 в 18:04 на принадлежащий ей телефонный номер <...> <...>) СМС-сообщения рекламного характера. Данное сообщение было отправлено с именного номера GALAKTIKA и содержало следующий текст: «ТЦ ГАЛАКТИКА поздравляет с Рождеством и напоминает о скидках до 25 % по 16 января 2016 г! ТЦ ГАЛАКТИКА, ул. Зайцева, 1г, тел. 637-018». Сообщение направлено посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Установлено, что <...> является абонентом ПАО «МТС». Согласно отчетам о доставке СМС-сообщений с сервисных платформ ПАО «МТС», участвующих в отправке СМС-сообщений до конечных абонентов, представленным ПАО «МТС» на запрос Магаданского УФАС России (вх. 02/472 от 04.02.2016), СМС-сообщение с буквенным идентификатором «GALAKTIKA» поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через СМС-Центр ПАО «МТС» на абонентский номер <...> в рамках заключенного с ЗАО «СмартКардЛинк» агентского договора <...> .

По условиям вышеуказанного договора ЗАО «СмартКардЛинк» по поручению ПАО «МТС» обязалось от своего имени совершать фактические действия по оказанию услуг Заказчикам СМС-рассылки. Также ЗАО «СмартКардЛинк» обязалось по

поручению ПАО «МТС», но от своего собственного имени, осуществлять заключение договоров на оказание услуг по СМС-рассылке.

В ответ на запрос Магаданского УФАС России № 01-10/336 от 16.02.2016 ЗАО «СмартКардЛинк» сообщило следующее.

На абонентский номер <...> <...> было направлено SMS-сообщение 07.01.2016 в 18.04 с именем отправителя «GALAKTIKA». Инициатором рассылки данных SMS-сообщений является ООО «СМС Трафик». Согласно договору <...> (далее - Договор), заключенному между ЗАО «СмартКардЛинк» и ООО «СМС Трафик», ЗАО «СмартКардЛинк» (Исполнитель) оказывает ООО «СМС Трафик» (Заказчик) услуги по информационному и технологическому обеспечению проекта Заказчика, включая оказание услуг по приему от Заказчика сообщений, их обработке и отправке на SMS Оператора для передачи пользователям информационных SMS-сообщений.

ЗАО «СмартКардЛинк» по Договору является поставщиком услуг связи, действующим на основании соответствующих лицензий - Лицензии № 121141 от 09.02.2012 на оказание телематических услуг связи и Лицензии № 129206 от 08.09.2015 на оказание услуг связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации в связи и не является рекламодателем.

Дополнительно ЗАО «СмартКардЛинк» сообщило, что согласно пояснениям ООО «СМС Трафик», представленным в адрес Общества, инициатором рассылки данного SMS-сообщения является ООО «Т2 Мобайл». Услуги по короткому номеру ООО «СМС Трафик» не предоставлялись.

Таким образом, согласно информации, имеющейся у Магаданского УФАС России по состоянию на 11.03.2016, рекламодателем в рассматриваемом случае являлось ООО «Т2 Мобайл», в связи с чем Определением № 29 от 11.03.2016 было возбуждено дело № 02-38/4р-2016 в отношении ООО «Т2 Мобайл», а также запрошены документы и пояснения, имеющие значение для правильного и всестороннего рассмотрения дела.

До начала заседания Комиссии от ООО «Т2 Мобайл» поступила информация (вх. 02/938 от 25.03.2016), согласно которой ООО «Т2 Мобайл» не является рекламодателем, так как имеет договорные отношения с ИП Киселевым Михаилом Михайловичем (Абонент) (договор об оказании услуг связи <...>). Для оказания услуг подвижной радиосвязи ИП Киселеву М.М. выделен абонентский номер <...> <...>.

В целях рассылки своим клиентам СМС-сообщений ИП Киселев М.М. при заключении указанного договора подключил дополнительную услугу «Бизнес СМС».

Согласно п. 3.9 Условий предоставления «Бизнес СМС» (далее – Условия) использование Услуги Абонентом для отправки СМС-сообщений означает наличие у Абонента согласия Адресата, предусмотренного п. 3.8.3. Условий: «Абонент получил от адресата письменное согласие на получение СМС-сообщения от Абонента. Письменное согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер <...> по которому Адресат дал согласие на получение СМС-

сообщений...».

В связи с изложенным, Определением Магаданского УФАС России от 31.03.2016 № 43 рассмотрение настоящего дела было отложено в связи с необходимостью замены ненадлежащего лица, в отношении которого может быть принято решение по делу (ООО «Т2 Мобайл»), на надлежащее (ИП Киселев Михаил Михайлович), а также с целью получения дополнительных пояснений и документов по делу.

13.04.2016 (вх. № 02/1172) в адрес Магаданского УФАС России поступили пояснения от специалиста по рекламе и маркетингу сети «В-Лазер», руководителем которой является Киселев М.М. (копия приказа о приеме на работу <...>).

Как следует из представленных пояснений, заявитель <...> дала согласие на получение информационных и рекламных сообщений от магазина «Орби», который, в свою очередь, как и торговый центр «Галактика», входит в сеть магазинов «В-Лазер». Телефонные номера клиентов сети «В-Лазер» находятся в пользовании у <...>, и при формировании списка СМС-рассылки рассматриваемого СМС-сообщения номер <...> был ошибочно внесен в список. СМС-рассылка осуществлялась с личного кабинета ИП Киселева М.М., который является абонентом ООО «Т2 Мобайл».

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «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.

В соответствии с пунктом 1 статьи 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.

Как следует из статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

- электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Соответственно, термин «реклама», примененный в пункте 1 статьи 18 Закона о рекламе, предполагает значение, отличающееся от общего определения, данного в статье 3 Закона о рекламе, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как её адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

Рассматриваемое СМС-сообщение является неперсонифицированной информацией, направленной на привлечение внимания к торговому центру «Галактика», имеет целью формирование и поддержание интереса к данному торговому центру. Таким образом, данная информация является рекламой.

В силу пункта 1 статьи 5 Закона о рекламе реклама должна быть добросовестной и достоверной. Под ненадлежащей рекламой понимается реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (пункт 4 статьи 3 Закона). Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

В соответствии с пунктами 5, 7 статьи 3 Закона о рекламе изготовитель либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо является рекламодателем, а лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств – рекламораспространителем.

Таким образом, рекламораспространителем в данном случае является ИП Киселев М.М.

Согласно положениям части 1 статьи 18 Закона о рекламе обязанность доказывать получение предварительного согласия абонента на распространение рекламы по сетям электросвязи возложена на рекламораспространителя.

Между тем, в ходе рассмотрения дела установлено, что заявитель <...> не давала своего письменного согласия на получение информационных и рекламных сообщений от *Торгового центра «Галактика»* на принадлежащий ей абонентский номер.

ИП Киселевым М.М. к материалам дела представлено письменное согласие <...> на получение различного вида информации, данное ею *магазину детской одежды «Орби»*. Однако указанное согласие не свидетельствует о согласии абонента на получение рекламных сообщений от иных магазинов, в том числе от ТЦ «Галактика».

Таким образом, ИП Киселев М.М. осуществил рассылку рекламного СМС-сообщения на мобильный телефон <...> без ее предварительного согласия.

На заседании комиссии от 15.04.2016 представители Киселева М.М. с вменяемым нарушением согласились. Дополнительно пояснили, что ошибочно полагали о допустимости использования согласия участника «Клуба Орбики» при рассылке СМС-сообщений ТЦ «Галактика», так как владельцем магазина «Орби» и ТЦ

«Галактика», которые входят в группу лиц сети «В-Лазер» в городе Магадане, является Киселев М.М.

Указанное обстоятельство не может служить доказательством правомерности действий ИП Киселева М.М., поскольку, руководствуясь требованиями части 1 статьи 18 Закона о рекламе, рекламодатель, прежде, чем направлять рекламное СМС-сообщение какому-либо абоненту подвижной радиотелефонной связи, должен был удостовериться, что абонент выразил свое согласие на получение рекламы от торгового центра «Галактика». Однако со стороны ИП Киселева М.М. таких действий предпринято не было.

Таким образом, рассматриваемая реклама: *«ТЦ ГАЛАКТИКА поздравляет с Рождеством и напоминает о скидках до 25 % по 16 января 2016 г! ТЦ ГАЛАКТИКА, ул. Зайцева, 1г, тел. 637-018»*, в соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, содержит признаки ненадлежащей рекламы, так как в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В силу части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями и рекламодателями рекламного законодательства влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Частью 7 статьи 38 Закона о рекламе определено, что рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе.

Материалами дела установлено, что ИП Киселев М.М. является рекламодателем.

На основании изложенного, руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 с текстом: *«ТЦ ГАЛАКТИКА поздравляет с Рождеством и напоминает о скидках до 25 % по 16 января 2016 г! ТЦ ГАЛАКТИКА, ул. Зайцева, 1г, тел. 637-018»*, распространенную ИП Киселевым М.М. 07.01.2016 в 18:04 посредством использования подвижной радиотелефонной связи с именного номера GALAKTIKA на номер абонента – <...> (+7914<...>) в отсутствие предварительного письменного согласия абонента на получение такой рекламы, **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Выдать ИП Киселеву М.М. (<...>) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Магаданского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 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.

ПРЕДПИСАНИЕ О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«18» апреля 2016 г.

г. Магадан

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе: <...>

на основании своего решения от 18 февраля 2016 года по делу № 02-38/4р-2016 о признании рекламы с текстом: «ТЦ ГАЛАКТИКА поздравляет с Рождеством и напоминает о скидках до 25 % по 16 января 2016 г! ТЦ ГАЛАКТИКА, ул. Зайцева, 1г, тел. 637-018», распространенной ИП Киселевым М.М. 07.01.2016 в 18:04 посредством использования подвижной радиотелефонной связи с именем номера GALAKTIKA на номер абонента – <...> (+7914<...>) в отсутствие предварительного письменного согласия абонента на получение такой рекламы, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»,

и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 17 августа 2006 № 508,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. Индивидуальному предпринимателю **Киселеву Михаилу Михайловичу** (<...>) в срок **до 28 апреля 2016 года** прекратить нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе», а именно: прекратить распространение рекламных SMS-сообщений посредством использования подвижной радиотелефонной связи на принадлежащий заявителю телефонный номер <...> <...> в отсутствие предварительного письменного согласия абонента на получение такой рекламы.

2. ИП Киселеву М.М. (<...>) представить в Магаданское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в срок **до 29 апреля 2016 года**.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Магаданское УФАС 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.