

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-64-2014

(после объявления перерыва до __ часов __ минут 23.09.2014)

Резолютивная часть решения по делу оглашена 07 октября 2014 г.

Решение изготовлено в полном объеме 07 октября 2014 г.

Тверь

г.

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,

Грицай Г.В. - специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-64-2014, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 31.10.2013 в 15:49 на выделенный <...> телефонный номер <...> <...> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Договор купли-продажи от 750р. ОСАГО,ТО. Выезд агента тел. 8<...>*»,
отправитель – DogovorAuto,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>., а также представителей ЗАО «Гранд Телеком» и ЗАО «СМАРТС-УФА»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <...> (далее – Заявитель) по факту распространения 31.10.2013 в 15:49 на выделенный ему телефонный номер <...> <...> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «*Договор купли-продажи от 750р. ОСАГО,ТО. Выезд агента тел. 8<...>*».

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 являются посреднические услуги по оформлению договоров купли-продажи транспортных средств и сопутствующих с ними услуг (ОСАГО, ТО).

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 абонента +79<...> относится к ресурсу нумерации ОАО «МегаФон».

Согласно скриншоту с мобильного телефона, представленного Заявителем, вышеуказанное смс-сообщение было отправлено с номера SMS-центра +79<...>.

Номер SMS-центра +79<...> является частью ресурса нумерации с кодом 902 в пределах диапазона 3700000-3799999, оператором которого является ОАО «СМАРТС», регион Самарская область, что подтверждено выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации.

Согласно информации ОАО «СМАРТС» (письмо от 20.12.2013 № 1-2992) номер SMS-центра +79<...> был выделен ЗАО «СМАРТС-Уфа».

Согласно информации ЗАО «СМАРТС-Уфа» (письмо от 22.01.2014 № 10-44), смс-сообщение 31.10.2013 в 15:49 на телефонный номер Заявителя +79<...> было

отправлено ЗАО «ГрандТелеком» на основании договора от 15.10.2013 № 10-01-212 (далее – договор).

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (ЗАО «СМАРТС-Уфа») обязуется предоставлять Услуги по конвертированию телематических протоколов, используемых Заказчиком (ЗАО «ГрандТелеком») для отправки SMS-сообщений, в протоколы сетей подвижной связи с необходимым уровнем качества, а также обеспечить учет объема предоставляемых Услуг.

Согласно условиям договора Заказчик обязан: не использовать свой Комплекс и Комплекс Исполнителя для организации СПАМА, для намеренной передачи сообщений, которые могут привести к нарушению работоспособности оборудования Исполнителя (пункт 3.2.2.); в обязательном порядке получить предварительное письменное согласие от Абонента, на абонентский номер которого будет производиться отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика (пункт 3.2.3); осуществлять рассылку SMS-сообщений в соответствии с законодательством РФ, в том числе нормам законов об охране авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, о рекламе, действующих на территории Российской Федерации (пункт 3.2.5). Согласно пункту 5.9. в связи с тем, что Исполнитель не является создателем (изготовителем) и распространителем SMS-сообщений, начиная с момента подготовки текста SMS-сообщения, его редактирования и заканчивая отправкой SMS-сообщений Абонентам, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее и незаконное распространение SMS-сообщений, отправленных с Комплекса Заказчика и их содержание и присваиваемый Адрес отправителя в полном объеме несет Заказчика.

При этом в преамбуле договора утверждены интерпретации терминов и понятий, используемых для описания характера договорных отношений между ЗАО «СМАРТС-Уфа» и ЗАО «ГрандТелеком», в частности, дано понятие:

«Комплекса Заказчика», под которым понимается совокупность программно-аппаратных средств, Заказчика, позволяющих формировать SMS-сообщения Абонентам с использованием Услуг Исполнителя, отслеживать их статус, а также получать от Исполнителя информацию, связанную с оказанием Услуг.

В пункте 2.7 договора утвержден порядок осуществления доступа Заказчика к Комплексу Исполнителя:

2.7.1. Заказчик производит предоплату услуг в размере стоимости пакета в соответствии с Приложением № 2 к договору;

2.7.2. Заказчик направляет заявку на подключение к Комплексу Исполнителя по форме Приложения № 5 к договору;

2.7.3. для идентификации Заказчика Комплексом Исполнителя Заказчику присваивается индивидуальный пароль и системный ID.

В письме от 22.01.2014 № 10-44 ЗАО «СМАРТС-Уфа» сообщило, что отправка вышеуказанного смс-сообщения осуществлена ЗАО «Гранд Телеком», которому был присвоен ip-адрес - 5.178.80.10

ЗАО «ГрандТелеком», будучи надлежаще уведомленным о дате, времени и месте

рассмотрения дела, затребованные от него пояснения и документы не предоставило, позицию о факте распространения рекламы не выразило.

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 31.10.2013 в 15:49 на выделенный Заявителю телефонный номер <...> <...> рекламы следующего содержания: «*Договор купли-продажи от 750р. ОСАГО,ТО. Выезд агента тел. 8<...>*», 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.

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ЗАО «ГрандТелеком», данный факт подтверждается сведениями ЗАО «СМАРТС-Уфа», согласно которым Общество производит техническое сопровождение (транзит) доставки SMS-сообщений и предоставляет доступ к SMS-центру ряду компаний – Заказчиков, одной из которых является ЗАО «ГрандТелеком», который, в свою очередь самостоятельно (после авторизации по логину и паролю) производит все необходимые действия, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая формированием списков абонентов для отправки SMS-сообщений, а также наличием договора между ЗАО «СМАРТС-Уфа» и ЗАО «ГрандТелеком», что в совокупности свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ЗАО «ГрандТелеком» к распространению смс-сообщения 31.10.2013 в 15:49 на телефонный номер Заявителя +79<...>, а его действия подлежат квалификации как действия рекламораспространителя.

Действия ЗАО «ГрандТелеком» по распространению 31.10.2013 в 15:49 на телефонный номер <...> <...>, выделенный <...>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «*Договор купли-продажи от 750р. ОСАГО,ТО. Выезд агента тел. 8<...>*», 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: «*Договор купли-продажи от 750р. ОСАГО,ТО. Выезд агента тел. <...>*», распространенную 31.10.2013 в 15:49 на

выделенный <...> телефонный номер <...> <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ЗАО «ГрандТелеком» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ЗАО «ГрандТелеком» и ЗАО «СМАРТС-Уфа» 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 посреднических услуг посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонентов.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении 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.

Председатель Комиссии

Л.В. Посохова

Члены Комиссии

Е.И. Манюгина

Г.В. Грицай

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-64-2014

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

09 октября 2014 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: Посохова Л.В. - заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

Грицай Г.В. - специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

на основании решения от 09.10.2014 по делу № 04-6/2-64-2014 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. ЗАО «ГрандТелеком» (129085, г. Москва, <...>) и ЗАО «СМАРТС-Уфа» (450044, г. Уфа, <...>) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Договор купли-продажи от 750р. ОСАГО,ТО. Выезд агента тел. 8<...>*» 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. ЗАО «ГрандТелеком» (129085, г. Москва, <...>) и ЗАО «СМАРТС-Уфа» (450044, г. Уфа, <...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 17.11.2014 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

Г.В. Грицай