

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-1-2014

06 июня 2014 г.

г. Тверь

Комиссия Тверского УФАС России 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,

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

в отсутствие надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя - <...> и представителей ОАО «СМАРТС», ООО «СофтПрофи», ООО «РегионИнфоЛидер», ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ», ООО «Таксисистел», сведения о надлежащем извещении которых отсутствуют,

рассмотрев дело № 04-6/2-1-2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело Тверским УФАС России возбуждено 28.01.2014 по заявлению Смирнова И.С. о распространении 20.10.2013 в 16:31 на выделенный ему телефонный номер <...> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: *«Заказ такси в СПб по низким ценам от 230 р <...>. Удачного дня»*, отправитель *xуfulgihkj*.

Факт поступления смс-сообщения подтверждается фотографией дисплея телефона, представленной заявителем, и детализацией оказанных услуг за 20.10.2013.

Согласно детализации за 20.10.2013, представленной заявителем, вышеуказанное смс-сообщение поступило с номера <...>.

В соответствии с размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи в информационно – телекоммуникационной сети «Интернет информации (адрес сайта <http://www.rossvyaz.ru>) оператором сети с ресурсом нумерации в пределах кода 902 диапазон с 370000 по 3799999 (номер <...>) является ОАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем» (далее – ОАО «СМАРТС»).

В соответствии с информацией, представленной ОАО «СМАРТС» (письмо от

28.12.2013 № 1-3111), вышеуказанное смс-сообщение было отправлено ООО «СофтПрофи», которое действовало в соответствии с договором <...> от 12.11.2012, в рамках которого ОАО «СМАРТС» организовало доступ к оборудованию SMS-центра по smpp- протоколу.

Из письма ООО «СофтПрофи» (объяснительная от 31.01.2014 № 265) следует, что отправителем вышеназванного смс-сообщения является ООО «РегионИнфоЛидер», которому ООО «СофтПрофи» предоставляло услуги доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке коротких и длинных смс-сообщений по сети оператора связи, на основании договора от 16.07.2013 <...>.

Согласно информации ООО «РегионИнфоЛидер» (объяснительная от 25.02.2014 № 143) вышеуказанное смс-сообщение действительно проходило через программное приложение ООО «РегионИнфоЛидер», но было отправлено не ООО «РегионИнфоЛидер», а Заказчиком, имеющем login ID: Fedorova: 1224 - ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ», с которым ООО «РегионИнфоЛидер» заключило договор возмездного оказания услуг (доступ к отправке SMS) от 11.07.2013 <...>.

Согласно договору <...> ООО «РегионИнфоЛидер» (Исполнитель) предоставляет за плату ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» (Заказчик) услуги по предоставлению доступа к Программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке коротких и длинных смс-сообщений по сети оператора связи, выбора тарифа и других функций и параметров доступных через WEB-интерфейс страниц сайта skynest.ru и протоколы обмена Интернет после авторизации с уникальным логин-паролем (пункт 1.1 договора <...>). К обязанностям исполнителя (ООО «РегионИнфоЛидер») отнесено обеспечение работоспособности программного приложения, связанного с ним оборудования и сайта в максимально возможной степени (пункт 3.1 договора № ДУ110713/1).

При этом программное приложение Заказчика (ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ») обеспечивает доступ для отправки SMS и получения текущего статуса SMS по сети Оператора в соответствии с протоколами обмена стандарта GSM (пункт 4.5 договора № <...>).

ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» в своей объяснительной (вх. № 2120 от 05.05.2014) указывает, что база для смс-рассылки была предоставлена ООО «РегионИнфоЛидер» и не отрицает факты заключения договора с ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» и рассылки смс-сообщения на телефонный номер <...>, а также сообщает о включении телефонного номера <...> в глобальный стоп-лист.

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 N 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.

То, что смс-сообщение в адрес Заявителя не носит персонифицированный характер, следует из содержания смс-сообщения; кроме того, смс-сообщения аналогичного содержания распространялись в массовом порядке, о чем свидетельствует сообщения других абонентов в блоге сайта <http://impravo.ru>.

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 сервиса «Знакомств».

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 возложено на рекламодателя.

Смирнов И.С. в заявлении указал на отсутствие его согласия на получение посредством смс-сообщений какой-либо рекламы.

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».

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение рекламы услуг такси при распространении на телефон Заявителя 20.10.2013 в 16:31 рекламы следующего содержания: *«Заказ такси в СПб по низким ценам от 230 р <...>. Удачного дня»*, отправитель *xyfulgihkj*, 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.

ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» является лицом, распространившим 20.10.2013 в 16:31 на телефонный номер Заявителя <...> без его предварительного согласия посредством смс - сообщения рекламы следующего содержания: *«Заказ такси в СПб по низким ценам от 230 р <...>. Удачного дня»*, отправитель *xyfulgihkj*. Учитывая вышеизложенное ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» нарушило требования части 1 статьи 18 Закона при распространении вышеуказанной рекламы.

Позиция ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» о том, что ООО «РегионИнфоЛидер» определило список получателей рекламы не подтверждается документами и противоречит пунктам 6.6 и 6.8 договора № ДУ110713/1, согласно которым именно ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» (Исполнитель) предоставляет номера Абонентов и несет ответственность за содержание (текст) передаваемых SMS.

Кроме того, даже если ООО «РегионИнфоЛидер» и определяло список получателей рекламы, оно не отвечает понятию рекламодатель, поскольку рекламодателем является не то лицо, которое определило содержание рекламы, а лицо, которое совершило действия по распространению рекламы.

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: *«Заказ такси в СПб по низким ценам от 230 р <...>. Удачного дня»*, отправитель xfulgihkj, распространенную 20.10.2013 в 16:31 на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении вышеуказанной рекламы 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, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении рекламодателя указанной рекламы ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ».

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

М.Ю. Шуклина

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-1-2014
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«19» июня 2014 года

г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) 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,

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

на основании решения от 06.06.2014 по делу № 04-6/2-42-2013 о признании ненадлежащей рекламы следующего содержания: «*Заказ такси в СПб по низким ценам от 230 р <...>. Удачного дня*», отправитель хуfulgihkj и в соответствии с пунктом 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:

1.000 «БИЗНЕС КОНСАЛТ» (<...>) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Заказ такси в СПб по низким ценам от 230 р <...>. Удачного дня*»,

отправитель хуfulgihkj на телефонный номер <...> и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> -911-212-59-64 обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «БИЗНЕС КОНСАЛТ» (<...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1.1 настоящего предписания **в срок до 21.07.2014.**

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

М.Ю. Шуклина