

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-10-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 09 апреля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 17 апреля 2015 г.

г.

Тверь

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 контроля органов власти,

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

рассмотрев дело № 04-6/2-10-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 03.07.2014 в 19:02 на выделенный <***> телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: *«Доставка суши и пицци. Закажи на 1000р. получи 10% скидки, 2000р-10%+ролл»*,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей ЗАО «ГрандТелеком»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее также заявитель) по факту распространения 03.07.2014 в 19:02 на выделенный заявителю телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: *«Доставка суши и пицци. Закажи на 1000р. получи 10% скидки, 2000р-10%+ролл»*, СМС - центр – <***>.

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 услуги по доставке суши и пиццы.

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 заявителя <***> входит в ресурс нумерации оператора связи ОАО «МегаФон», согласно информации которого (письмо от 22.07.2014 № 5/1-18-ОГ исх.155), вышеуказанное смс - сообщение поступило 03.07.2014 в 19:02:22 с номера <***> смс - центра <***>, относящегося к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «СМАРТС».

Согласно информации ОАО «СМАРТС» (письмо от 21.08.2014 № 1-5250) номер <***> закреплен за SMS-центром ЗАО «СМАРТС-Уфа».

Согласно информации ЗАО «СМАРТС-Уфа» отправителем вышеназванного смс - сообщения с номера <***> является ЗАО «ГрандТелеком» на основании договора предоставления услуг от 15.10.2013 № 10-01-212 (далее – договор № 10-01-212).

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (ЗАО «СМАРТС-Уфа») предоставил Услуги по конвертированию телематических протоколов, используемых Заказчиком (ЗАО «ГрандТелеком») для отправки SMS-сообщений, в протоколы сетей подвижной связи с необходимым уровнем качества.

Пунктом 2.2 договора № 10-01-212 предусмотрено, что именно ЗАО «ГрандТелеком»

формирует текст смс - сообщений и производит набор абонентского номера для доставки смс-сообщения (пункт 2.5 договора № 10-01-212), для чего ЗАО «ГрандТелеком» был предоставлен доступ к Комплексу ЗАО «СМАРТС-Уфа». При этом условием предоставления услуг был запрет на рассылку смс-сообщений без предварительного письменного согласия Абонента, а также запрет на автоматическую рассылку без участия человека.

Согласно условиям договора № 10-01-212 Заказчик (ЗАО «ГрандТелеком») обязался: не использовать свой Комплекс и Комплекс Исполнителя для организации СПАМА (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 закона о рекламе (пункт 3.2.5). Согласно пункту 5.9 договора № 10-01-212 Исполнитель (ЗАО «СМАРТС-Уфа») 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 Заказчик.

В пункте 2.7 договора № 10-01-212 предусмотрен порядок осуществления доступа Заказчика к Комплексу Исполнителя:

- Заказчик производит предоплату услуг в размере стоимости пакета в соответствии с Приложением № 2 к договору;
- Заказчик направляет заявку на подключение к Комплексу Исполнителя по форме Приложения № 5 к договору (подпункт 2.7.2);
- для идентификации Заказчика Комплексом Исполнителя Заказчику присваивается индивидуальный пароль и системный ID (подпункт 2.7.3).

Оператор связи ЗАО «СМАРТС-Уфа» также сообщил, что ЗАО «ГрандТелеком» отправляло смс – сообщения, используя ip-адрес 5.178.80.10.

В ходе рассмотрения дела Комиссией Тверского УФАС России было установлено, что на официальном сайте Федеральной налоговой службы www.nalog.ru размещена информация о переименовании ЗАО «СМАРТС-Уфа» в АО «СМАРТС - Уфа», о чем 06.03.2015 регистрирующим органом внесены соответствующие сведения в Единый государственный реестр юридических лиц.

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 03.07.2014 в 19:02 на выделенный ему телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: «Доставка суши и пицци. Закажи на 1000р. получи 10% скидки, 2000р-10%+ролл», 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.

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ЗАО «ГрандТелеком», данный факт подтверждается сведениями АО «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», которое, в свою очередь самостоятельно (используя ip-адрес 5.178.80.10) производило все необходимые действия, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой SMS-сообщений, а также наличием и содержанием договора № 10-01-212, что в совокупности свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ЗАО «ГрандТелеком» к распространению смс-сообщения 03.07.2014 в 19:02 на телефонный номер <***> <***>, а его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

Действия ЗАО «ГрандТелеком» по распространению 03.07.2014 в 19:02 на телефонный номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «*Доставка суши и пицци. Закажи на 1000р.получи 10% скидки,2000р-10%+ролл*», 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: «*Доставка суши и пицци. Закажи на 1000р.получи 10% скидки,2000р-10%+ролл*», распространенную 03.07.2014 в 19:02 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ЗАО «ГрандТелеком» (129085, г. Москва, ул. Бочкова, д. 6, корп. 1; ОГРН 1057748240516, ИНН 7722556255) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ЗАО «ГрандТелеком» (129085, г. Москва, ул. Бочкова, д. 6, корп. 1, ОГРН 1057748240516, ИНН 7722556255) и АО «СМАРТС-Уфа» (450044, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Первомайская, д. 8А, ОГРН 1126315004727, ИНН 0277900347) 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 услуг по доставке суши и пиццы посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Передать материалы дела № 04-6/2-10-2015 уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 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: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, М.Ю. Шуклина

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-10-2015
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

17 апреля 2015 г.

г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: Фомин В.М.- руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Манюгина Е.И., начальник контроля органов власти,

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

на основании решения от 17.04.2015 по делу № 04-6/2-10-2015 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, ул. Бочкова, д. 6, корп. 1, ОГРН 1057748240516, ИНН 7722556255) и АО «СМАРТС-Уфа» (450044, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Первомайская, д. 8А, ОГРН 1126315004727, ИНН 0277900347) в **10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «Доставка суши и пицци. Закажи на 1000р. получи 10% скидки, 2000р-10%+ролл» 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, ул. Бочкова, д. 6, корп. 1, ОГРН 1057748240516, ИНН 7722556255) и АО «СМАРТС-Уфа» (450044, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Первомайская, д. 8А, ОГРН 1126315004727, ИНН 0277900347) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 01.06.2015 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: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, М.Ю. Шуклина