

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-76-2013

24 февраля 2014 г.

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: 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 № 04-6/2-76-2013 по факту распространения 13.09.2013 в 15:44 на телефонный номер <...> -*** без предварительного согласия абонента рекламы следующего содержания: «Попробуйте тончайшую пиццу и суши по рецепту от «Итальянского самурая». Заказ *ital.-sam.ru* и по тел. ***. Скидка в сентябре 15%»,

в присутствии представителя ООО «Самурай»: <...> (по доверенности от 01.08.2013),

в отсутствие надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>, <...>, а также представителей ООО «Гранд Телеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России 25.11.2013 по заявлению <...> (далее также заявитель) по факту распространения 13.09.2013 в 15:44 на телефонный номер заявителя 8-903-*** смс - рекламы: «Попробуйте тончайшую пиццу и суши по рецепту от «Итальянского самурая». Заказ *ital.-sam.ru* и по тел. ***». Скидка в сентябре 15%». В заявлении <...> сообщил, что согласия на получение рекламы не давал.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ (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.

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.

Содержащаяся в смс – сообщении, поступившем на телефонный номер 8-903-695-50-22, 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 персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования является производимая ООО «Самурай» продукция - пицца и суши, а также услуги по ее доставке.

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 доказывания наличия согласия абонента 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».

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение рекламы продукции ООО «Самурай» (пиццы и суши), при распространении 13.09.2013 в 15:44 на телефонный номер заявителя 8-*** рекламы «*Попробуйте тончайшую пиццу и суши по рецепту от «Итальянского самурая»*», *Заказ ital.-sam.ru и по тел. ***. Скидка в сентябре 15%*», 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.

Статьей 3 Закона определено, что рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Телефонный номер 8-***, выделенный заявителю, относится к ресурсу нумерации ОАО «ВымпелКом».

Согласно информации, полученной от оператора связи ОАО «ВымпелКом» от 22.10.2013 № 00808/13-ИЦР-ТВР, смс – сообщение, поступившее 13.09.2013 в 15:44 на телефонный номер заявителя, отправлено с телефонного номера ***.

В ходе рассмотрения дела представитель ООО «Самурай» пояснил, что рассылку смс-сообщений с рекламой производимой продукции ООО «Самурай» осуществлял Рассолов В.В., который по поручению ООО «Самурай» совершал действия по распространению рекламных смс - сообщений посредством сервисов в сети Интернет.

В целях продвижения продукции, производимой ООО «Самурай», 01.05.2013 ООО «Самурай» и <...> заключили договор возмездного оказания услуг № 3, согласно пункту 2.1 которого Исполнитель <...> обязуется оказать услуги по распространению рекламной информации Заказчика (ООО «Самурай») путем рассылки на мобильные телефонные номера абонентов, давших согласие на получение рекламной информации, коротких текстовых сообщений и услуги рекламы. При этом Исполнитель <...> предоставляет базу данных абонентов, а Заказчик (ООО «Самурай») предоставляет Исполнителю согласованный текст смс - сообщений.

На заседании Комиссии Тверского УФАС России 23.01.2014 <...> подтвердил факт отправки им на телефонный номер заявителя вышеуказанного смс – сообщения.

В представленных ООО «Самурай» пояснениях (письмо вх. № 273 от 24.01.2014) также подтверждается факт заключения с <...> договора возмездного оказания услуг № 3 на оказание услуг по смс - рассылке.

В данном случае ООО «Самурай» являлось рекламодателем вышеуказанного смс - сообщения, поскольку предоставляло готовый текст смс – сообщения <...> для последующего совершения действий по отправке смс - сообщений на мобильные номера абонентов.

Из дополнительно представленного <...> объяснения (письмо вх. № 791 от 24.02.2014) следует, что рассылка смс – сообщений осуществлялась через различные Интернет-ресурсы: <http://lk.smsorg.ru/cabinet.html> и <http://web.sms-diskount.ru/cabinet.html>. Оплата за пользование Интернет-ресурсами производилась посредством электронных денег, квитанции не сохранились.

Факт оказания <...> в 2013 году услуг по распространению смс - рекламы подтверждается подписанным с обеими сторонами актом выполненных работ от 31.12.2013 б/н. В соответствии с представленным в материалы дела актом выполненных работ от 31.12.2013 б/н услуги по рассылке смс – сообщений за период с 01.05.2013 по 31.12.2013 выполнены в полном объеме и в срок; актом определена стоимость услуг.

Таким образом, действия по распространению 13.09.2013 в 15:44 на телефонный номер заявителя 8-*** смс – сообщения следующего содержания: «*Попробуйте тончайшую пиццу и суши по рецепту от «Итальянского самурая»*», *Заказ ital.-sam.ru и по тел. ***. Скидка в сентябре 15%*» совершил <...>, который осуществлял фактическое доведение смс - сообщений до абонента, в данном случае, заявителя, о рекламе продукции ООО «Самурай», который распространял рекламу с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона.

Факт причастности привлеченных к участию в деле лиц – ООО «Гранд Телеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» не установлен.

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: «Попробуйте тончайшую пиццу и суши по рецепту от «Итальянского самурая». Заказ *ital-sat.ru* и по тел. ***. Скидка в сентябре 15%», распространенную 13.09.2013 в 15:44 на телефонный номер <...> -*** посредством смс - сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия <...> нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «Самурай» и <...> предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении в отношении <...>, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.
4. Прекратить рассмотрение дела № 04-6/2-76-2013 в отношении ООО «Гранд Телеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг».

Решение изготовлено в полном объеме 11 марта 2014 года.

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

Г.В. Грицай

**ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-76-2013
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ**

24 февраля 2014 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 отдела контроля органов власти,

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

на основании решения от 24.02.2014 по делу № 04-6/2-76-2013 о признании ненадлежащей рекламы «Попробуйте тончайшую пиццу и суши по рецепту от «Итальянского самурая». Заказ *ital-sat.ru* и по тел. ***. Скидка в сентябре 15%» посредством смс – сообщения, направленной 13.09.2013 в 15:44 на телефонный номер <...> -*** без предварительного согласия абонента, и в соответствии с [пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 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. ООО «Самурай» (170001, г. Тверь, ул. Большевиков, д. 5а) и <...>. (171255, Тверская область, г. Конаково, пр. Ленина, д. 23, кв. 74) в **10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: **прекратить распространение смс-сообщений с текстом производимой продукции ООО «Самурай»** на телефонный номер <...> -903-*** и при распространении рекламы посредством смс – сообщений на телефонный номер <...> -903-*** обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. ООО «Самурай» (170001, г. Тверь, ул. Большевиков, д. 5а) и <...> (171255, Тверская область, <...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 25.04.2014 либо в течение пяти дней со дня получения настоящего предписания.**

Предписание изготовлено в полном объеме 11 марта 2014 года.

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

Г.В. Грицай