

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-16-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 18 ноября 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 01 декабря 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: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

Балан А.Э., специалист - эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-16-2015,

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

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее – Заявитель) по факту распространения 24.10.2014 в 14:49 на выделенный ему телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Деньги за Ваш авто уже сегодня! Звоните 8(495)747-80-80 carrbon.ru*», отправитель – <***>.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) **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 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; **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 компании «CARRBON» (ООО «КАРРБОН») по выкупу автомобилей.

Согласно части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе 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 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.

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 <***> относится к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «МТС». Согласно представленной ООО «МТС» детализации (письмо от 13.11.2014 № М01-6/0937и) вышеуказанное смс-сообщение поступило 24.10.2014 в 14:47 с номера смс-центра <***>, относящегося к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «СМАРТС».

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

Согласно информации ЗАО «Астрахань-GSM» (письмо от 07.05.2015 № 02-02/883) вышеуказанное смс-сообщение 24.10.2014 было отправлено ООО «СМС-Оценка» с номера <***> через смс-центр <***> на основании договора на предоставление услуг цифровой радиотелефонной связи от 23.10.2014 № 790691, согласно приложению № 2 к которому ЗАО «Астрахань-GSM» предоставило ООО «СМС-Оценка» абонентский номер <***> и возможность оказывать услуги, в том числе отправлять смс-сообщения.

Согласно информации ООО «СМС-Оценка» (письмо от 26.05.2015 № 002) для отправки различного рода смс – сообщений ООО «СМС-Оценка» предоставляет другим организациям и индивидуальным предпринимателям сервис. Для этого у ООО «СМС-Оценка» создан сайт, на котором регистрируются все клиенты. После регистрации каждый клиент получает доступ в «Личный кабинет», зайдя в который, они могут формировать тексты смс-сообщений и осуществлять рассылку по своей клиентской базе. Вход в «Личный кабинет» возможен только по индивидуальному паролю и логину, которые известны только самому клиенту. Каждый клиент осуществляет рассылку по собственной клиентской базе, которая также не доступна для ООО «СМС-оценка».

ООО «СМС-Оценка» сообщило, что вышеуказанное смс – сообщение было отправлено клиентом ООО «СМС-Оценка» - ООО «КАРРБОН», с которым заключен договор предоставления услуг от 31.07.2013 № 80003074526/1 (далее - договор).

Согласно подпункту 3.1.1 договора и пункту 2.1 дополнительного соглашения к договору № 1 от 31.07.2013 Исполнитель (ООО «СМС-Оценка») предоставил Заказчику (ООО «КАРРБОН») возможность осуществлять передачу различного рода информации путем рассылки SMS-сообщений. Условия отправки SMS-сообщений установлены в разделе 4 вышеназванного дополнительного соглашения. Услуги по отправке SMS-сообщений осуществляются в следующем порядке:

А) через «Личный кабинет» (пункт 4.1 дополнительного соглашения № 1 к договору):

- заказчик заходит на сайт Исполнителя <http://sms-uslugi.ru/> , вносит в записную книжку свою базу номеров Адресатов, которым следует отправлять SMS-сообщения;

- по мере необходимости отправки SMS-сообщений Заказчик заходит на сайт Исполнителя, где указывает следующие данные:

- текст SMS-сообщения, которое необходимо отправить;
- группу Адресатов, которой необходимо отправить SMS-сообщение (если Адресаты разбиты на группы).

В «Личном кабинете» Заказчик может получить информацию о доставке SMS-сообщений, об остатке денежных средств на его виртуальном счете.

Б) через систему «Транспорт» (пункт 4.2 дополнительного соглашения № 1 к договору):

- для пользования системой «Транспорт HTTPS»/ протокола SMPP Заказчик должен обладать некоторыми знаниями в области программирования, иметь персональный компьютер с выходом в Интернет, собственную базу данных номеров, на которые будет производиться рассылка. Формат номеров указан в Руководстве пользователя;

- Исполнитель присваивает Заказчику индивидуальный Login и пароль для предоставления доступа к серверу Исполнителя, далее Заказчик самостоятельно производит отправку SMS-сообщений через https-протокол;

- отчет об отправленных SMS-сообщениях Заказчик формирует самостоятельно через https-протокол в соответствии с Руководством пользователя.

Согласно пункту 3.1 дополнительного соглашения к договору Заказчик (ООО «КАРРБОН») обязан получить от адресата, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика, письменное согласие на получение таких сообщений.

В соответствии с пунктом 1.3 договора для идентификации Заказчика в системе Исполнителя Заказчику (ООО «КАРРБОН») были присвоены индивидуальные номер электронного лицевого счета – <***> и логин – «carrbon» и именно ООО «КАРРБОН», используя индивидуальные логин и номер электронного лицевого счета, совершило действия по отправке смс – сообщения через систему ООО «СМС-Оценка».

В рамках рассмотрения дела получена позиция ООО «КАРРБОН» (письмо от

24.12.2014 вх. № 6326), которая заключается в том, что ООО «КАРБОН» осуществляет торговлю автотранспортными средствами, в том числе, путем приобретения с последующей комиссионной продажей. По информации ООО «КАРБОН», <***> обращался в ООО «КАРБОН» по вопросу выкупа у него автомобиля и предоставил свои контактные данные, а также согласие на получение уведомлений от ООО «КАРБОН».

При этом документальное подтверждение согласия <***> на получение смс - рекламы ООО «КАРБОН» не представило.

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение рекламы, при распространении 24.10.2014 в 14:47 на выделенный ему телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: «*Деньги за Ваш авто уже сегодня! Звоните 8(495)747-80-80 carrbon.ru*», были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ООО «КАРБОН», что подтверждается наличием и реализацией договора, согласно которому ООО «СМС-Оценка» выделило ООО «КАРБОН» индивидуальные логин и номер электронного виртуального счета для предоставления доступа к системе ООО «СМС-Оценка», обеспечивающему формирование и отправку смс - сообщений, что свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ООО «КАРБОН» к распространению смс-сообщения 24.10.2014 в 14:47 на телефонный номер Заявителя <***>, а его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

Действия ООО «КАРБОН» по распространению 24.10.2014 в 14:47 на телефонный номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс - сообщения рекламы следующего содержания: «*Деньги за Ваш авто уже сегодня! Звоните 8(495)747-80-80 carrbon.ru*», совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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: «*Деньги за Ваш авто уже сегодня! Звоните 8(495)747-80-80 carrbon.ru*», распространенную 24.10.2014 в 14:47 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ООО «КАРБОН» (125167, г. Москва, Ленинградский проспект, д. 37, корп. 6, офис V, комната 1, ИНН

7727785851) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «КАРРБОН» (125167, г. Москва, Ленинградский проспект, д. 37, корп. 6, офис V, комната 1, ОГРН 1127746644046, ИНН 7727785851) и ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, г. Астрахань, ул. Лычманова, д. 44, ОГРН 1023000816486, ИНН 3015038500) 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 выкупу автомобилей посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Направить копию настоящего решения в адрес ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, г. Астрахань, ул. Лычманова, д. 44, ОГРН 1023000816486, ИНН 3015038500).

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, А.Э. Балан

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-16-2015

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

01 декабря 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: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

Балан А.Э., специалист - эксперт отдела контроля органов власти,

на основании решения от 01.12.2015 по делу № 04-6/2-16-2015 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. ООО «КАРРБОН» (125167, г. Москва, Ленинградский проспект, д. 37, корп. 6, офис V, комната 1, ИНН 7727785851) и ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, г. Астрахань, ул. Лычманова, д. 44, ИНН 3015038500) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: *«Деньги за Ваш авто уже сегодня! Звоните 8(495)747-80-80 carrbon.ru»* 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. ООО «КАРРБОН» (125167, г. Москва, Ленинградский проспект, д. 37, корп. 6, офис V, комната 1, ОГРН 1127746644046, ИНН 7727785851) и ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, г. Астрахань, ул. Лычманова, д. 44, ОГРН 1023000816486, ИНН 3015038500) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 15.01.2016 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.**

Председатель Комиссии: Л.В. Посохова

Члены Комиссии: Е.И. Манюгина, А.Э. Балан