

Ответчик:

ИП Голицын М.А.

ИНН: 781139532500

<...>

Заявитель:

<...>

<...>

18.06.2015 P/02/591

РЕШЕНИЕ

по делу № 198-02-70-Р/15

«18» июня 2015 г.

г. Санкт-Петербург

Резолютивная часть решения оглашена: 11.06.2015

Решение изготовлено в полном объеме: 18.06.2015

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ленинградской области по рассмотрению дела о нарушении законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Журавлева А.А. – заместителя руководителя, председателя Комиссии;

Овезбердыева А.А. – начальника отдела антимонопольного контроля, члена комиссии;

Шапошникова А.Ю. – государственного инспектора отдела антимонопольного контроля, члена комиссии;

Абейдуллина Р.А. – специалиста 1 разряда отдела антимонопольного контроля, члена комиссии,

рассмотрев дело № 198-02-70-Р/15 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

1. В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Ленинградской области (далее – Ленинградское УФАС России) поступило обращение от <...> (вх. № 70 от 12.01.2015, далее – Заявитель) о получении нежелательной SMS-рекламы на мобильный номер Заявителя <...> 11.08.2014 в 16 часов 27 минут (московское время) от абонента ROLF_JLR следующего содержания: «*В честь нашего Дня рождения в августе до 1 000000 руб. подарков при покупке нового Jaguar или LandRover! +79119307651 Ваш РОЛЬФ*» (далее – SMS-реклама).

Определением Ленинградского УФАС России от 10.03.2015 № О/02/136 возбуждено дело № 198-02-70-Р/15 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе со стороны ИП Голицына М.А. Рассмотрение дела было назначено на 12.05.2015 в 12:00 по адресу: г. Санкт-Петербург, ул. Смольного, д. 3, пом. 3-150.

В материалах дела присутствует ходатайство Заявителя о рассмотрении дела в его отсутствие (вх. № 2072 от 27.03.2015). Ходатайство удовлетворено. В материалах дела содержится информационное письмо ФАС России (вх. № 2236 от 02.04.2015), в соответствии с которым Ленинградское УФАС России наделено полномочиями по возбуждению и рассмотрению данного дела.

Определением Ленинградского УФАС России от 21.04.2015 № О/02/230

рассмотрение дела № 198-02-70-Р/15 отложено ввиду неявки представителя Ответчика и отсутствия в материалах дела сведений о надлежащем уведомлении Ответчика о месте и времени заседания Комиссии и назначено на 12.05.2015 в 12:00.

Определением Ленинградского УФАС России от 14.05.2015 № О/02/278 рассмотрение дела № 198-02-70-Р/15 отложено ввиду неявки представителя Ответчика и отсутствия в материалах дела сведений о надлежащем уведомлении Ответчика о месте и времени заседания Комиссии и назначено на 11.06.2015 в 12:00.

На заседание Комиссии 11.06.2015 в 12:00 представитель Ответчика не явился. В материалах дела присутствует подтверждение о надлежащем уведомлении Ответчика о времени и месте рассмотрения дела (извещение Почты России № 19116386169014). Дело рассмотрено в отсутствие сторон.

2. В ходе рассмотрения материалов дела Ленинградским УФАС России установлено следующее.

В адрес ООО «РОЛЬФ ЭСТЕЙТ САНКТ-ПЕТЕРБУРГ» направлен запрос о предоставлении информации (исх. № 02/406 от 05.02.2015) относительно распространения SMS-рекламы.

В материалах, представленных ООО «РОЛЬФ ЭСТЕЙТ САНКТ-ПЕТЕРБУРГ» (вх. № 1219 от 24.02.2015), содержится Договор возмездного оказания услуг № 06.СМ_13 от 01.12.2013 (с приложениями, далее – Договор), заключенный между ООО «РОЛЬФ ЭСТЕЙТ САНКТ-ПЕТЕРБУРГ» (Заказчик) и ИП Голицыным М.А. (Исполнитель).

Пунктом 1.1 Договора установлено: «По настоящему Договору **Исполнитель** по заданию Заказчика **обязуется** оказать Заказчику комплекс услуг по продвижению торговых марок и товаров Заказчика на потребительском рынке с целью распространения среди потребителей информации о товарах Заказчика, создания их благоприятного имиджа у потребителей, увеличения их потребительской узнаваемости, а Заказчик обязуется принять и оплатить данные Услуги в соответствии с условиями настоящего Договора».

Из пункта 1 Дополнительного соглашения № 1 от 01.08.2014 к Договору следует: «Пункт 1.2. Договора возмездного оказания услуг № 06.СМ13 от 01 декабря 2013 г. изложить в следующей редакции: «Исполнитель оказывает Заказчику услуги, согласованные в Приложении к настоящему Договору. **Список** (базу) телефонов рассылки предоставляет Исполнитель и несет ответственность за законность действий по отправке/ рассылки информации указанной п. 1.1 настоящего договора».

В соответствии с пунктом 5 Дополнительного соглашения № 1 от 01.08.2014 к Договору: «Пункт п.4.8 Договора изложить в следующей редакции: «Исполнитель гарантирует получение **согласия** абонента на рассылку ему смс сообщений. В случае возникновения споров с абонентами по вопросу наличия (или) отсутствия такого согласия, Исполнитель обязуется урегулировать данный спор самостоятельно и за свой счет. Исполнитель несет ответственность за отсутствие

такого согласия в соответствии с действующим законодательством».

Из раздела 3 Приложения № 2 от 01.08.2014 к Договору, акта № 119 от 18.08.2014, счета-фактуры № 119 от 18.08.2014, платежного поручения № 003826 от 06.10.2014 следует, что ИП Голицин М.А. осуществил рассылку SMS-сообщений следующего содержания: *«В честь нашего Дня рождения в августе до 1 000000 руб. подарков при покупке нового Jaguar или LandRover! +791 19307651 Ваш РОЛЬФ»* в адрес **864000** абонентов.

3. Таким образом, ИП Голицин М.А. является рекламодателем, то есть лицом, осуществившим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, в соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе. Рассматриваемая реклама распространена в нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе по следующим основаниям.

3.1 В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального Закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи – автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку рассматриваемое SMS-сообщение было передано абоненту не автоматически, не с использованием нумерации, несоответствующей российской системе и плану нумерации, и не по договору о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи, то данное SMS-сообщение **не является рассылкой** по смыслу нормы, установленной пунктом 22.1 статьи 2 Закона о связи.

Пункт 1 статьи 3 Закона о рекламе определяет термин «реклама» как информацию, распространенную любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В письменной позиции (вх. № 2077 от 27.03.2015) Ответчик указывает, что поскольку получатель SMS-сообщений всегда является персонифицированным субъектом (абонентом операторов сотовой связи), то и информация, отправляемая/передаваемая посредством использования подвижной радиосвязи всегда предполагает индивидуализированного абонента, который ее получает. Следовательно, по мнению Ответчика, SMS-рассылка не может являться рекламой, поскольку отсутствует основной признак рекламы – ее адресованность неопределенному кругу лиц.

Вместе с тем, Письмом ФАС России 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.

При этом, Постановлением Девятого Арбитражного Апелляционного Суда от 23.01.2015 № 09АП-53718/2014 (далее – Постановление № 09АП) определено, что под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется **по определенному адресному списку**.

В Постановлении № 09АП также указано, что рассылка SMS-сообщений по каналам телефонной связи не может быть произведена иначе как на конкретный абонентский номер <...> что позволяет говорить об адресном характере отправок. Однако, специфика связи с абонентами, сама по себе **не может** являться основанием для признания информации, содержащейся в спорных SMS-сообщениях, как предназначенной **исключительно для конкретного абонента**.

Более того, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 № 4-П указано, что реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Из Постановления № 09АП следует, что согласно Международному кодексу рекламной практики под потребителем рекламы понимается **любое лицо**, которому адресуется реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли оно конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем.

Таким образом, довод Ответчика, что SMS-рассылка не может являться рекламой, поскольку отсутствует основной признак рекламы (адресованность неопределенному кругу лиц), Комиссия находит несостоятельным. Рассматриваемое SMS-сообщение является рекламой, распространенной по сетям подвижной радиотелефонной связи.

3.2 Рассматриваемая реклама, распространенная путем отправки SMS-сообщения, должна быть соответствовать требованиям, установленным Законом о рекламе.

Частью 1 статьи 18 Закона о рекламе закреплено, что 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.

В материалах дела присутствует представленное Ответчиком информационное письмо (далее – Письмо абоненту), адресованное Ответчиком абоненту телефонного номера <...> (принадлежит Заявителю), из которого следует, что на номер <...> были зачислены денежные средства 09.10.2013, 01.07.2013, 03.04.2013, 26.03.2013, 14.12.2012 с использованием терминалов Банка Балтики,

предварительно акцептовав условия оферты, содержащейся в интерфейсе терминала, в соответствии с условиями которой платательщик выражает согласие на отправку по указанному номеру SMS-сообщений информационного характера.

Согласно пункту 1 статьи 2 Закона о связи, абонент – пользователь услугами связи, с которым **заключен договор** об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это **гражданин** или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или **иное сообщение**.

В материалах дела содержится Договор об оказании услуг связи № <...> от <...>, заключенный между Большаковой Е.Ю. и ОАО «Мегафон», в соответствии с которым Большаковой Е.Ю. предоставлен абонентский номер <...>.

Таким образом, согласие на получение рекламы на абонентский номер <...> должно быть выражено **гражданином, пользователем, заключившим договор** с оператором сотовой связи, <...>. Ответчик не представил доказательств того, что указанное согласие было дано именно <...>

При этом, в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

Таким образом, реклама «*В честь нашего Дня рождения в августе до 1 000000 руб. подарков при покупке нового Jaguar или LandRover! +79119307651 Ваш РОЛЬФ*», распространенная путем отправки SMS-сообщения на абонентский номер <...>, является ненадлежащей.

В правовой позиции (вх. № 2077 от 27.03.2015) Ответчик указывает, что в материалах дела отсутствуют доказательства отправки рассматриваемого SMS-сообщения именно ИП Голицыным М.А., поскольку в условиях Договора возмездного оказания услуг № 06.СМ_13 от 01.12.2013 не содержится обязательство предпринимателя отправить SMS-сообщение непосредственно на абонентский номер Заявителя <...>.

Комиссия находит данный довод несостоятельным, поскольку текст SMS-сообщения, полученного Заявителем идентичен тексту, содержащемуся в Приложении № 2 к Договору, SMS-сообщение получено Заявителем 11.08.2014, то есть в регламентированный Приложением № 2 период распространения SMS-сообщений с указанным текстом (с 05.08.2014 по 16.08.2014).

При этом, в Письме абоненту, направленному ИП Голицыным М.А. Заявителю, указывается, что направленное на абонентский номер Заявителя рассматриваемое SMS-сообщение распространено с согласия абонента, данного при пополнении баланса с использованием терминалов Банка Балтика. Таким образом, из указанного письма следует, что ИП Голицын М.А. признает, что им была

осуществлена отправка рассматриваемого SMS-сообщения Заявителю.

Указанная реклама направлена ИП Голицыным М.А. Заявителю в нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе без данного абонентом согласия на получение рекламы посредством подвижной радиотелефонной связи.

Из пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе следует, что рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Частью 1 статьи 18 Закона о рекламе установлено, что 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.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, 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,

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу *«В честь нашего Дня рождения в августе до 1 000000 руб. подарков при покупке нового Jaguar или LandRover! +79119307651 Ваш РОЛЬФ»* ненадлежащей.
2. Признать в действиях ИП Голицына М.А., как рекламораспространителя, нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
3. Выдать ИП Голицыну предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
4. Передать материалы уполномоченному должностному лицу Ленинградского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении и проведении административного расследования, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в суде или в арбитражном суде в порядке, предусмотренном статьей 37 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Председатель Комиссии

А.А. Журавлев

Члены Комиссии:

А.А. Овезбердыев

А.Ю. Шапошников

Р.А. Абейдуллин