

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-2-2016

Резолютивная часть решения по делу оглашена 13 сентября 2016 г.

Решение изготовлено в полном объеме 23 сентября 2016 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,

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

рассмотрев дело № 04-6/2-2-2016,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей ООО «Прогресс», ПАО «ВымпелКом», ООО «ОСК», ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее – Заявитель) по факту распространения 20.01.2016 в 17:00 на выделенный ему телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Авиабилеты в Узбекистан и Таджикистан. Хизмат-Авиа! Тел: +74951202022*», отправитель – HIZMAT.

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 оказываемые сервисной компанией «Хизмат» услуги по продаже авиабилетов.

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 рекламораспространителя.

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 рекламораспространителя. 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 ПАО «МегаФон», согласно информации которого (письмо от 08.02.2016 № 52-532562022) отправка смс – сообщения, поступившего 20.01.2016 в 17:00 на телефонный номер <***> была осуществлена абонентом ПАО «МегаФон» - АО «МегаЛабс», которому было выделено буквенное обозначение «HIZMAT» в рамках оказания услуги «Мобильное информирование» на основании Спецификации, утвержденной Дополнительным соглашением 42-4 к Генеральному соглашению, согласно которой Оператор (ПАО «МегаФон») оказывает Партнеру (АО «МегаЛабс») услуги по рассылке смс-сообщений и USSD-сообщений, содержащих рекламные и/или информационные материалы Партнера или третьего лица, от Партнера до оборудования связи Оператора.

Согласно информации АО «МегаЛабс» (письмо от 31.03.2016 № 5824) к отправке смс-сообщения на телефонный номер <***>, выделенный <***>, причастно ООО «ОСК», с которым заключен договор от 10.10.2014 № МР-МИ-ОСК-10.10.2014 (далее – договор № МР-МИ-ОСК-10.10.2014).

В соответствии с условиями договора № МР-МИ-ОСК-10.10.2014 Заказчику (ООО «ОСК») был предоставлен доступ к интерфейсу Исполнителя (АО «МегаЛабс») для размещения рекламных и информационных материалов Заказчика среди абонентов Оператора, которые предоставили Заказчику (клиенту Заказчика) согласие на получение рекламных и информационных материалов (пункт 3.1). В рамках оказания услуги для работы с интерфейсом Заказчику (ООО «ОСК») были присвоены индивидуальные учетные данные, идентифицирующие Заказчика, пользующегося услугой по рассылке смс-сообщений (пункт 3.2). Заказчик (клиент Заказчика) в случае возникновения необходимости осуществления рассылки рекламных и информационных материалов формирует текст с помощью интерфейса. Все действия пользователя интерфейса с использованием учетных

данных признаются действиями Заказчика (клиента Заказчика) (пункты 3.4 и 3.5).

АО «МегаЛабс» в подтверждение реализации договора от 10.10.2014 представило акт выполненных работ от 31.01.2016 № 1800000138 за оказанные в январе 2016 года услуги, подписанный обеими сторонами (в том числе ООО «ОСК»).

Также АО «МегаЛабс» приложило копию письма ООО «ОСК» от 30.03.2016 № 121, направленного в адрес АО «МегаЛабс», в котором ООО «ОСК» сообщает, что инициатором рассылки смс-сообщения на телефонный номер <***> является ПАО «ВымпелКом».

Согласно позиции ООО «ОСК», изложенной в письме от 06.07.2016 № 279, вышеуказанное смс-сообщение было отправлено ПАО «ВымпелКом», которое инициировало рассылку данного сообщения, получив в соответствии с договором оказания услуг от 01.11.2013 № ОСК-ВК-0113 (далее – договор № ОСК-ВК-0113) канал для самостоятельной рассылки смс-сообщений и возможность самостоятельно управлять смс-рассылкой.

Как следует из договора № ОСК-ВК-0113, Исполнитель (ООО «ОСК») предоставляет Заказчику (ПАО «ВымпелКом») возможность формировать и отправлять сообщения адресатам Заказчика (клиентам или иным, указанным Заказчиком, третьим лицам) посредством подключения и обслуживания Заказчика в электронной системе «SMSFinance» (пункт 1.1). Как следует из пункта 1.2 договора № ОСК-ВК-0113, услуги предоставляются в соответствии с Приложением № 2 к настоящему договору.

В Приложении № 2 к договору № ОСК-ВК-0113, поименованному как «Правила предоставления услуг», предусмотрено, что Исполнитель (ООО «ОСК») осуществляет регистрацию Заказчика (ПАО «ВымпелКом») в Системе, правообладателем которой является ООО «ОСК», в срок не позднее 3 (трех) рабочих дней с даты подписания договора. При регистрации Заказчик (ПАО «ВымпелКом») получает индивидуальные логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта [https:// <***>.ru](https://<***>.ru). Заказчик должен обеспечивать конфиденциальность присвоенного ему пароля. При этом Исполнитель (ООО «ОСК») не несет ответственности перед Заказчиком (ПАО «ВымпелКом») за любые убытки, понесенные последним из-за утери присвоенного пароля или по иным основаниям, в результате которых пароль стал известен третьим лицам, независимо от воли Заказчика (пункт 2). Передача информации по отправляемым сообщениям (текст сообщения, номер телефона Абонента и другая требуемая информация) происходит в Системе через сеть Интернет. При отправке смс-сообщений Заказчик (ПАО «ВымпелКом») гарантирует неиспользование услуги для распространения ненужной получателю, незапрошенной последним информации, информации вида СПАМ (пункт 9).

ООО «ОСК» в подтверждение факта отправки именно ПАО «ВымпелКом» вышеуказанного смс-сообщения письмом от 22.08.2016 № 351 представило скриншот страницы из электронной системы «SMSFinance», заверенный генеральным директором ООО «ОСК» <***>, согласно которому данными системы ООО «ОСК» в автоматическом режиме зафиксирован факт отправки 20.01.2016 на телефонный номер заявителя <***> вышеуказанного смс – сообщения. При этом системой зафиксированы следующие сведения об отправителе смс-сообщения: «2016/01/20 17:00:20 beeline HIZMAT <***> Авиабилеты в У», включая буквенное обозначение отправителя «HIZMAT».

ПАО «ВымпелКом», не отрицая факта использования возможностей электронной системы «SMSFinance» для отправки смс-сообщения на телефонный номер <***>, выделенный <***>, указало, что действия совершены не ПАО «ВымпелКом», а ООО «Прогресс». Однако доказательств этому не представлено.

Как следует из договора об оказании услуг связи «Билайн» от 15.09.2014 № 534467059 (далее – договор № 534467059), ООО «Прогресс» является абонентом ПАО «ВымпелКом», которому был выделен телефонный номер <***>. При этом в представленном договоре отсутствуют какие-либо сведения о предоставлении ООО «Прогресс» доступа к системе «SMSFinance», предусматривающей возможность совершать действия по массовой смс-рассылке.

Следовательно, указанный абонентский договор не подтверждает причастность ООО «Прогресс» к отправке смс-сообщения 20.01.2016 на телефонный номер <***>, выделенный <***>.

Представленные ПАО «ВымпелКом» письмом от 12.09.2016 вх. № 4011 скриншоты, выполненные в виде таблиц, не позволяют установить источник, с которого сделаны скриншоты, а из содержания информации не усматривается, что именно ООО «Прогресс» отправило вышеуказанное смс-сообщение.

Вместе с тем, представленные правообладателем системы «SMSFinance» ООО «ОСК» сведения подтверждают активные действия ПАО «ВымпелКом» (регистрация в системе «SMSFinance» путем ввода личного логина и пароля, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта https://<***>.ru; после доступа к системе – предоставляется возможность производить рассылку рекламных смс-сообщений клиентам через Интернет, управлять списками номеров адресатов (производить загрузку/выгрузку списков номеров из файлов), вести учет полученных и отправленных сообщений, использовать произвольную буквенную подпись при отправке сообщений)) при использовании этой системы.

Учитывая, что ПАО «ВымпелКом» не представило надлежащие доказательства причастности ООО «Прогресс» к отправке вышеуказанного смс-сообщения, у Комиссии Тверского УФАС России отсутствуют основания для признания в действиях ООО «Прогресс» нарушения законодательства о рекламе.

ООО «Прогресс», будучи надлежаще уведомленным о дате, времени и месте рассмотрения дела, затребованные от него пояснения и документы не представило, позицию по факту распространения рекламы не выразило.

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение рекламы, при распространении 20.01.2016 в 17:00 на выделенный ему телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: «Авиабилеты в Узбекистан и Таджикистан. *Хизмат-Авиа! Тел: +74951202022*», 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.

Действия ПАО «ВымпелКом» по распространению 20.01.2016 в 17:00 на телефонный

номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «Авиабилеты в Узбекистан и Таджикистан. Хизмат-Авиа! Тел: +74951202022», совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

При этом Комиссия Тверского УФАС России приходит к выводу о необходимости прекращения дела в отношении ООО «Прогресс», ООО «ОСК» и АО «МегаЛабс» в связи с отсутствием документальных доказательств о наличии в их действиях нарушения законодательства 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 Тверского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Авиабилеты в Узбекистан и Таджикистан. Хизмат-Авиа! Тел: +74951202022», распространенную 20.01.2016 в 17:00 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14 ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14, ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301) и ООО «ОСК» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1, ОГРН 1057746705631, ИНН 7705658056) 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 посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Прекратить дело в отношении ООО «Прогресс», ООО «ОСК» и АО «МегаЛабс» в связи с отсутствием доказательств о наличии в их действиях нарушения законодательства о рекламе.

4. Передать материалы дела № 04-6/2-2-2016 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: Л.В. Посохова

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

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-2-2016

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

23 сентября 2016 г.
Тверь

г.

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,

Федина А.Э. – специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

на основании решения от 23.09.2016 по делу № 04-6/2-2-2016 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. Выдать ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14 ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301) и ООО «ОСК» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1; ОГРН 1057746705631, ИНН 7705658056) как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе, **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «Авиабилеты в Узбекистан и Таджикистан. Хизмат-Авиа! Тел: +74951202022» 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 .ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14 ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301) и ООО «ОСК» (115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1; ОГРН 1057746705631, ИНН 7705658056) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 02.11.2016 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: Л.В. Посохова

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