

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 069/05/18-17/2019

Резолютивная часть решения объявлена 24 октября 2019 года

Решение изготовлено в полном объеме 31 октября 2019 года

г.

Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии: Посохова Л.В., временно исполняющий обязанности руководителя управления,

Члены Комиссии:

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

Бакулина А.А., специалист 2 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 069/05/18-17/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей индивидуального предпринимателя <***> (далее – ИП <***>) и Публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» (далее – ПАО «МТС»),

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело № 069/05/18-17/2019 возбуждено в отношении ИП <***> (ИНН <***>) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в связи с распространением 19.04.2019 в 17:00 на выделенный <***> телефонный номер <...> <***> без его предварительного согласия посредством смс - сообщения рекламы следующего содержания: «3 средние пиццы всего за 888 р.! Domino`s Pizza Тел +7(4822)39-68-68», отправитель – DominosTver, смс-центр +7921<***>.

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 о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством телефонной 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.

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 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 доказать 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 абонента закреплен за оператором связи ПАО «МегаФон». ПАО «МегаФон» подтвердило факт поступления смс – сообщения 19.04.2019 в 17:00.

Согласно информации ПАО «МегаФон» (письмо от 08.05.2019 № 5/1-18-исх 68) между оператором связи и АО «МегаЛабс» (Партнер) заключен договор от 01.01.2017 № РМИ-МГФ01012017, в рамках которого ПАО «МегаФон» предоставило АО «МегаЛабс» доступ к Интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов абонентам ПАО «МегаФон».

Также ПАО «МегаФон» указало, что рассылка указанного выше сообщения осуществлялась ООО «СМС Трафик», которому АО «МегаЛабс» в соответствии с договором от 01.07.2016 № ДМИ-СМСТРФК-01072016

предоставило доступ к Интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов (РИМ) среди абонентов (пункт 3.1) и присвоило индивидуальные учетные данные (пункт 3.2). В соответствии с пунктом 3.7 договора все действия доверенного лица (третьего лица, которому ООО «СМС Трафик» предоставило учетные данные и возможность пользоваться интерфейсу) признаются действиями заказчика (ООО «СМС Трафик»).

Согласно пунктам 3.9, 4.7, 4.8, и 4.11 договора 01.07.2016 № ДМИ-СМСТРФК-01072016 ООО «СМС Трафик» обязалось и гарантировало до размещения РИМ получение надлежащим образом оформленного согласия абонентов на получение рекламы и использование в Интерфейсе только тех абонентских номеров, по которым получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы.

ООО «СМС Трафик» представило пояснения, из которых следует, что инициатором рассылки вышеуказанного смс-сообщения с буквенным обозначением DominosTver является ООО «Мобайл Парк», которому на основании договора от 25.11.2013 № 486/13 предоставлен доступ к программно-аппаратному комплексу, для формирования и отправки сообщений.

ООО «Мобайл Парк» сообщило (письмо от 24.05.2019 № 20190524-01), что ООО «Мобайл Парк» является разработчиком технологической платформы услуги «МТС Коммуникатор» для ПАО «МТС» (заказчик) и оказывает ПАО «МТС» услуги технической поддержки на основании договора от 12.03.2008 № D0810232. В целях исполнения данного договора в части обеспечения обработки, маршрутизации и доставки части смс-трафика услуги «МТС Коммуникатор» на абонентов сетей, отличных от МТС, и так как ООО «Мобайл Парк» не имеет технической возможности самостоятельно обеспечить такую обработку, маршрутизацию и доставку смс-трафика, ООО «Мобайл Парк» заключило с ООО «СМС Трафик» договор от 25.11.2013 № 486/13.

ООО «Мобайл Парк» пояснило, что суть услуг, оказанных ООО «Мобайл Парк» по договору технической поддержки по услуге «МТС Коммуникатор», заключается в обеспечении клиентам ПАО «МТС» технической возможности (создания необходимых условий) в формировании и отправке смс-сообщений. При этом клиенты ПАО «МТС» самостоятельно без участия ООО «Мобайл Парк» определяют содержание данных смс-сообщений и их получателей и несут ответственность в соответствии с соглашением о пользовании услугой «МТС Коммуникатор».

ПАО «МТС» письмом от 02.08.2019 № 4685 подтвердило, что абонент «DominosTver» является корпоративным клиентом ПАО «МТС» и сообщило, что спорное смс-сообщение было направлено на абонентский номер <...> <***> ИП <***> в рамках подключенной услуги «МТС Коммуникатор» к договору на оказание услуг связи № 169304563977 от 07.02.2019. Услуга «МТС

Коммуникатор» была подключена ИП <***> на абонентский номер <...> <***> с выделением нейминга (буквенного номера) DominosTver 11.04.2019. Формирование и отправка смс-сообщения с абонентского номера +7910<***>, принадлежащего ресурсу нумерации ПАО «МТС» на номер <...> <***>, принадлежащий ресурсу нумерации другого оператора связи, осуществлялись ИП <***> через личный кабинет, выделенный в рамках услуги «МТС Коммуникатор».

ИП <***> письмом от 23.10.2019 № б/н подтвердила факт отправки 19.04.2019 в 17:00 смс-рекламы абоненту ПАО «МегаФон» <***> на телефонный номер <...> <***> и пояснила, что данную рассылку осуществил директор ресторана <***> в соответствии с должностной инструкцией. Телефонный номер <***> был указан ошибочно.

Таким образом, действия ИП <***> по распространению 19.04.2019 в 17:00 на выделенный <***> телефонный номер <...> <***> без его предварительного согласия посредством смс - сообщения рекламы следующего содержания: «3 средние пиццы всего за 888 р.! Domino`s Pizza Тел +7(4822)39-68-68», совершены с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

В данном случае рекламораспространителем является ИП <***> (адрес, ИНН <***>).

В связи с отсутствием на дату рассмотрения дела доказательств прекращения распространения рекламы, Комиссия Тверского УФАС России пришла к выводу о необходимости выдачи ИП <***> (адрес, ОГРНИП <***>, ИНН <***>) и ПАО «МТС» (109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4, ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076) как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе, предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 2 части 1 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, распространенную 19.04.2019 в 17:00 посредством смс-сообщения (номер заявителя +7920<***>) ненадлежащей; признать действия ИП <***> (адрес, ОГРНИП <***>, ИНН <***>) при распространении

вышеуказанной рекламы без предварительного согласия абонента нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ИП <***> (адрес, ОГРНИП <***>, ИНН <***>) и ПАО «МТС» (109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4, ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076) 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».

3. Передать материалы дела № 069/05/18-17/2019 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 в отношении рекламодателя вышеуказанной рекламы – ИП <***>.

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.А. Бакулина