

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-91-2014

Резолютивная часть решения по делу оглашена 22 октября 2014 г.

Решение изготовлено в полном объеме 27 октября 2014 г.
Тверь

г.

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,

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

рассмотрев дело № 04-6/2-91-2014, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 09.11.2013 в 10:45 на выделенный <...> телефонный номер <...> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Уменьшу пробег на Вашем авто в Москве. Выезд к машине 7<...>», отправитель – «<...>»,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>, а также Индивидуального предпринимателя <...>,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <...> (далее – Заявитель), поступившему из ФАС России, по факту распространения 09.11.2013 в 10:45 на выделенный ему телефонный номер <...> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Уменьшу пробег на Вашем авто в

Москве. Выезд к машине 7<...>», отправитель – «+79<...>».

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (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 № 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 по коррекции пробега

транспортных средств.

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 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 +7<...> относится к ресурсу нумерации ОАО «ВымпелКом», согласно информации которого (писем от 18.02.2014 № 00189/14-ИЦР-ТВР и от 19.03.2014 № 00275/14-ИЦР-ТВР) смс-сообщение 09.11.2013 в 10:41:56 на телефонный номер заявителя +7<...> было отправлено с номера СМС-центра +7<...>, принадлежащего ОАО «СМАРТС».

Согласно информации ОАО «СМАРТС» номер <...> выделен ЗАО «Астрахань-GSM».

Согласно информации ЗАО «Астрахань-GSM» (письмо от 07.04.2014 № 02-02/1079), отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»

на основании договора от 01.01.2011 № 06-02-02/24, в рамках которого Оператор обязуется обеспечить круглосуточное функционирование своего Комплекса для получения СМС-сообщений через Комплекс Абонента и совместный с Абонентом информационный канал.

Согласно информации ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (письмо от 10.09.2014 № б/н) смс-сообщение 09.11.2013 в 10:41 на телефонный номер заявителя +79<...> было отправлено Индивидуальным предпринимателем <...> (далее – ИП <...>) посредством предоставления технической возможности отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора от 30.05.2013 № ДТ-А/013511 (далее – договор), а также Дополнительного соглашения к договору от 30.05.2013 № 1 (далее – Дополнительное соглашение).

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») предоставил Заказчику (ИП <...>) доступ к Личному кабинету пользователя на DEVINO Platform, позволяющий Заказчику самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды Услуг (пункт 2.1.). При этом под «Личным кабинетом пользователя» в Дополнительном соглашении понимается многофункциональный виртуальный рабочий стол Заказчика, доступ в который осуществляется после авторизации – ввода логина и пароля. В пределах личного кабинета Заказчик производит выбор конкретных Услуг, инициирует отправку/прием Сообщений/HLR-запросов, формирует отчеты о статусе каждого отправленного/принятого Сообщения/HLR-запроса и пр., а также получает информацию о перечне Услуг, Тарифах, зачислении платежей, состоянии личного Электронного виртуального счета и др. данные в рамках оказания услуг по настоящему Дополнительному соглашению (пункт 1.3 Дополнительного соглашения).

В рамках исполнения обязательств Заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении Дополнительного соглашения в отношении использования Услуг, в том числе Федеральный закон «О рекламе» от 13.06.2006 № 38-ФЗ РФ (пункт 3.3.1 Дополнительного соглашения); самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно получить от Подписчика, на Мобильный терминал/Электронный почтовый ящик которого планируется отправка Сообщений, письменное согласие на получение таких Сообщений (пункт 3.3.2 Дополнительного соглашения); не использовать подключение к DEVINO Platform для организации СПАМА (пункт 3.3.4. Дополнительного соглашения).

Ответственность за содержание Сообщений и присваиваемый адрес отправителя несет Заказчик (пункт 5.1. Дополнительного соглашения); Заказчик инициирует оказание Услуг путем передачи команды на отправку или прием Сообщений через WEB-интерфейс Личного кабинета пользователя, либо по протоколам передачи данных: SMTP, HTTP/XML, SMPP 3.4 (пункт 6.2. Дополнительного соглашения).

В подтверждение того, что отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ИП <...>, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» представлено платежное поручение от 16.01.2014 № 000011, плательщиком по которому значится ИП <...>, подтверждающее факт оплаты ИП <...>. услуг по рассылке СМС-сообщений.

ИП <...>, будучи надлежаще уведомленным о дате, времени и месте рассмотрения дела, затребованные от него пояснения и документы не предоставило, позицию о факте распространения рекламы не выразил.

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 09.11.2013 в 10:41 на выделенный Заявителю телефонный номер <...> <...> рекламы следующего содержания: «Уменьшу пробег на Вашем авто в Москве. Выезд к машине 7<...>», 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.

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ИП <...>, основанием для такого вывода являются сведения ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», согласно которым ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставило ИП <...> техническую возможность для отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора от 30.05.2013 № ДТ-А/013511 и Дополнительного соглашения к договору от 30.05.2013 № 1, положения которых свидетельствуют о том, что именно ИП <...> прямо и непосредственно причастен к распространению смс-сообщения на телефонный номер Заявителя +7<...>, а его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

Действия ИП <...> по распространению 09.11.2013 в 10:41 на телефонный номер <...> <...>, выделенный <...> без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «Уменьшу пробег на Вашем авто в Москве. Выезд к машине 79<...>», нарушают требования части 1 статьи 18 Закона.

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: «Уменьшу пробег на Вашем авто в Москве. Выезд к машине 7<...>», распространенную 09.11.2013 в 10:45 на выделенный <...> телефонный номер <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия Индивидуального предпринимателя <...> нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать Индивидуальному предпринимателю <...> и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» 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 коррекции пробега транспортных средств посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

Решение изготовлено в полном объеме 27 октября 2014 г.

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

Г.В. Грицай

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-91-2014

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

23 октября 2014 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,

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

на основании решения от 23.10.2014 по делу № 04-6/2-91-2014 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. Индивидуальному предпринимателю <...> (634012, г. Томск, <...>) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (127018, г. Москва, <...>) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «Уменьшу пробег на Вашем авто в Москве. Выезд к машине 7<...>» на телефонный номер <...> <...> **без предварительного согласия абонента** – <...>, и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер +79<...> обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Индивидуальному предпринимателю <...> (634012, г. Томск, <...>) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (127018, г. Москва, <...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 05.12.2014 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

