

## РЕШЕНИЕ по делу № 06-03-12/22

09.10.2012 года

г. Мурманск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия Мурманского УФАС)

рассмотрев материалы проверки отдела «К» Управления министерства внутренних дел России по Мурманской области и материалы дела от 21.08.2012г. № 06-03-12/21 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в присутствии генерального директора ЗАО «Мобильный интернет» <Б...> (действующего на основании Устава), в присутствии представителя ОАО «Торговый Дом Гермес» <П...> (по доверенности б/№ от 31.08.2012г.)

### УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области поступили материалы проверки Управления министерства внутренних дел России по Мурманской области (далее - УМВД России по Мурманской области) по факту нарушения ОАО «Торговый Дом Гермес» части 1 статьи 18 Федерального Закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (Далее - Закон о рекламе), а именно рассылка посредством мобильной связи рекламных сообщений без согласия на то получателя сообщения.

Согласно предоставленным материалам 09.06.2012 в отдел «К» УМВД России по Мурманской области поступило обращение гражданина <С...> и <Д...> по факту распространения рекламного СМС-сообщения по сети электросвязи.

Из обращения следует, что 11.05.2012 и 25.05.2012 года на мобильный телефон, принадлежащий <Д...> стали приходить СМС сообщение следующего содержания «Мурманск, пр. Кольский 158, МФК Северное нагорное, Велосипеды,- 1990 р., рюкзаки, одежда, обувь, 3 этаж, «Intersport» (8152)25-18-29», которые его никогда не интересовали.

<Д...> не оставлял свой мобильный телефон в торговом центре «Северное

Нагорное» 3 этаж и магазину «Intersport» и не давал согласие на рассылку СМС сообщений. <Д...> обратился в ФАС по Мурманской области для привлечения к административной ответственности организаторов данной СМС-рассылки.

<С...>, проживающий в г. Апатиты, обратился на сайт УМВД России по Мурманской области и на сайт УФАС по Мурманской области с письменным обращением по факту рассылки рекламных СМС-сообщений, поступающих на его мобильный телефон.

В ходе проверки отделом «К» УМВД России по Мурманской области установлено, что 10.05.2012 года на мобильный телефон гр. <С...> поступило СМС – сообщение следующего содержания «Джинсы от 800р., ветровки, кеды, поло, футболки, Северное нагорное, 3 этаж, «HOUSE». Номер отправителя указан «HOUSE».

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе

**реклама** - 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.

**рекламораспространитель** - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств;

**объект рекламирования** - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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.

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 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.

Согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи» под электросвязью понимаются - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

21.08.2012г Управление Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области по материалам отдела «К» УМВД России по Мурманской области возбудило дело № 06-03-12/22 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В ходе заседания были изучены представленные ЗАО «Мобильный интернет» материалы и объяснения, а так же рассмотрено содержание рекламного СМС-сообщения.

По своему содержанию СМС - сообщения, направленные по сети связи, призывает неопределенный круг лиц посетить «Северное нагорное, 3 этаж, «HOUSE» и «Intersport» и приобрести товары «Джинсы от 800р., ветровки, кеды, поло, футболки», «Велосипеды,-1990 р., ролики, рюкзаки, одежду, обувь», тем самым привлекают внимание к объектам рекламирования и продвигая их на рынке, кроме того сообщения не содержит указания на конкретного субъекта их получения, т.е. данная информация является рекламой.

Комиссия Мурманского УФАС выделила объектами рекламирования:

-магазины «HOUSE», «Intersport»;

-товары, продаваемые в магазине «HOUSE» и «Intersport».

Представитель ЗАО «Мобильный интернет» в заседании пояснил, что между ОАО «Торговый Дом Гермес» и ЗАО «Мобильный Интернет» заключен договор № СРМ 498 от 15.12.2011 года (далее – Договор), предметом которого является услуга по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке СМС сообщений в течение определенного периода.

Согласно п.2.1 Договора, Заказчику предоставляется комплекс аппаратно - программных средств, позволяющих ему отправлять СМС-сообщения абонентам, отслеживать их статус и контролировать количество отправляемых СМС-сообщений.

Из объяснений представителя ЗАО «Мобильный Интернет» следует, что рассылка рекламных СМС-сообщений осуществлялась непосредственно специалистами ОАО «Торговый Дом Гермес» через специальное программное приложение-WEB-интерфейс. ОАО «Торговый Дом Гермес» самостоятельно сформировало абонентскую базу, график рассылок, определило содержание рекламных сообщений и осуществило рассылку посредством использования телефонной связи. Об этом свидетельствует Руководство пользователя WEB-интерфейсом «Корпоративные рассылки», которое находится в свободном доступе на сайте [www.com.mts.ru](http://www.com.mts.ru) в разделе «Корпоративным клиентам - Мобильная реклама» и по сути являет собой развернутую инструкцию по использованию предоставленного по Договору ОАО «Торговый Дом Гермес» комплекса аппаратно-программных средств.

Из анализа Договора и Руководства пользователя WEB-интерфейсом «Корпоративные рассылки», следует, что ЗАО «Мобильный Интернет» была предоставлена только техническая возможность рассылки СМС-сообщений.

Непосредственное распространение рекламы в виде рассылки СМС-сообщений осуществлял своими силами ОАО «Торговый Дом Гермес».

ЗАО «Мобильный Интернет» не признает себя рекламораспространителем в виду того, что рассылку СМС-сообщений общество не осуществляло и считает, что предприняло меры для соблюдения рекламного законодательства, внеся в договор требования по соблюдению сторонами рекламного законодательства.

Пунктом 3.2.2 договора № СРМ 498 от 15.12.2011г. предусмотрено, что Заказчик в обязательном порядке должен получить от абонента-адресата (непосредственно или через Клиента Заказчика), на телефон которого планируется отправка СМС-сообщения с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений в

такой форме, которая может быть предъявлена Исполнителю в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение СМС-сообщений.

Пунктом 3.2.5 предусмотрено, что заказчик обязан строго соблюдать Правила предоставления услуг (Приложение №1 к договору).

Согласно пункту 7 Приложения №1 к договору № СРМ 498 от 15.12.2011г. Заказчик обязуется использовать Услугу в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим согласие на её получение, которое может быть предъявлено исполнителю в качестве безоговорочного доказательства согласия адресата на её получение.

Представитель ОАО «Торговый Дом Гермес» в ходе заседания **не представил в полном объеме запрашиваемые материалы**, а именно не были представлены:

- акты выполненных работ и иные документы, подтверждающие оплату по отправке пакетов СМС-сообщений с 15.12.2011 года по 15.07.2012года;

- список абонентов, которым была разослана указанная реклама с доказательством согласия адресатов на получение рекламных СМС сообщений, в том числе согласие <С...> и <Д...>.

ОАО «Торговый Дом Гермес» без сопроводительного листа в одном экземпляре после повторного запроса представило к заседанию 09.10.2012 года:

- учредительные документы (Устав, ОГРН, ЕГРЮЛ);

- свидетельство о государственной регистрации юридического лица;

- свидетельство о внесении записи в Единый государственный реестр юридических лиц от 25.04.2011, от 13.06.2012, и от 24.08.2012г.

Представитель ОАО «Торговый Дом Гермес» <П...> сообщил в заседании, что

общество не имеет специалистов, которые занимаются делопроизводством, поэтому документы не оформлены должным образом.

Со слов <П...> список абонентов, которым была разослана указанная реклама, с доказательством согласия адресатов на получение рекламных СМС сообщений общество не может предоставить, т.к. список большой и имеется только в электронном виде.

Комиссия Мурманского УФАС считает довод о невозможности предоставления информации в электронном виде несостоятельным, так как не установлено объективных причин непредставления информации.

<П...> по существу дела № 06-03-12/22 пояснил, что по договору коммерческой концессии (договору франчайзинга) ОАО «Гермес» получило право использовать в предпринимательской деятельности бренд «HOUSE» и «Intersport».

Со слов представителя <П...> ОАО «Торговый Дом Гермес» заключил соглашение о сотрудничестве с ОАО «Гермес», по которому ОАО «Торговый Дом Гермес» оказывал услуги по размещению рекламных СМС – сообщений об акциях, проводимых в магазине «HOUSE» и «Intersport» (соглашение представлено не было).

Абонентская база, по которой производилась рассылка рекламных СМС-сообщений предоставлена ОАО «Торговому Дому Гермес» ООО «Влада» г. Москва по договору № 10 на оказание рекламных услуг от 01.03.2011 года.

Кроме того, по утверждению представителя ОАО «Торговый Дом Гермес» ООО «Влада» не только предоставило список абонентов, но и осуществляло распространение рекламных СМС-сообщений.

Представленная копия договора № 10 от 01.03.2011 года с ООО «Влада» не может подтвердить утверждения представителя <П...>.

Из указанного договора не следует, что ООО «Влада» осуществляла рассылку.

Так, согласно предмету договора № 10 на оказание рекламных услуг от 01.03.2011 года Заказчик поручает и оплачивает, а исполнитель принимает на себя

**обязанность по предоставлению рекламной информации, списка телефонов для рассылки СМС-рекламы.** Пунктом 8.2 данного договора предусмотрено, что изменения и дополнения к настоящему договору действительны, если они совершены в письменной форме и подписаны от имени обеих сторон уполномоченными на то лицами. Представленная копия данного договора состоит из двух листов, без печати ОАО «Торгового Дома Гермес», без даты подписания договора ООО «Влада» и без дополнительных приложений и соглашений к договору. Подлинник договора № 10 на оказание рекламных услуг от 01.03.2011г. представлен в заседание не был.

В материалах проверки отдела «К» УМВД России по Мурманской области имеется объяснения от 30.05.2012г <П...>, из которого следует, что <П...> является старшим менеджером ОАО «Гермес» с января 2012 года, в эту организацию входит магазин «HOUSE». С целью повышения продаж организацией был заключен договор с «МТС» г. Москва на рассылку рекламных СМС – сообщений на номера постоянных клиентов магазина и сторонних лиц, проживающих в г. Мурманске и Мурманской области. Данные номера были предоставлены ООО «Влада» г. Москва. <П...> как ответственный за рекламную акцию удаляет номера в случае обращения граждан не желающих получать рекламные СМС-сообщения из базы, с которой происходит рассылка СМС-сообщений.

Комиссия задала вопрос присутствующему в заседании <П...> по поводу расхождений его объяснений, данных сотруднику отдела «К» УМВД по Мурманской области 30.05.2012 года и объяснений, которые были даны в ходе заседания.

<П...> сослался на ошибку в объяснительной и пояснил, что никогда не являлся старшим менеджером ОАО «Гермес».

Генеральный директор ЗАО «Мобильный интернет» <Б...> обратил внимание на то, что по утвержденной процедуре в договоре № СРМ 498 от 15.12.2011г ЗАО «Мобильный Интернет» обеспечивает ОАО «Торговый Дом Гермес» доступ к программному приложению и предоставляет ОАО «Торговому Дому Гермес» логин и пароль для входа в специальное программное приложение WEB-интерфейс для управления специальной услугой «Корпоративные рассылки СМС-сообщений». Согласно пункту 6 Приложения №1 к договору № СРМ 498 Заказчик обязан обеспечить конфиденциальность присвоенного ему пароля.

Таким образом, ответственность за передачу третьим лицам логина и пароля несет ОАО «Торговый Дом Гермес».

Кроме того отсутствует документ свидетельствующий о том, что ОАО «Торговый

Дом Гермес» доверило ООО «Влада» право пользоваться сервисом и передало логин и пароль.

ЗАО «Мобильный интернет» представил письменное пояснение, в котором подтверждает, что услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке СМС-сообщений оказано ЗАО «Мобильный интернет» во исполнении условий договора № СРМ 498 от 15.12.2011г за период с 01.04.2012 по 30.06.2012 года.

Акты об оказанных услугах и счета фактуры были направлены ЗАО «Мобильный интернет» в адрес ОАО «Торговый Дом Гермес», о чем свидетельствует почтовая квитанция (номер отправления 11748552013081 от 07.07.2012, п.22 в приложении№1), мотивированного отказа в согласованный сторонами по договору срок ОАО «Торговый Дом Гермес», представлено не было.

Как следует из п.4.2 договора, не предоставление заказчиком письменного мотивированного отказа в указанный срок при отсутствии подписанного акта считается фактом признания Заказчиком полного оказания исполнителем услуг за соответствующий период.

ЗАО «Мобильный интернет» приостановил оказание услуг по договору в соответствии с пунктом 5.3 договора с момента получения определения УФАС по Мурманской области о возбуждении дела по признакам нарушения рекламного законодательства.

Комиссия, заслушав объяснения сторон, изучив предоставленные документы и материалы проверки отдела «К» УМВД по Мурманской области

1.принимает доводы ЗАО «Мобильный интернет», что общество не является рекламодателем, т.к. рассылку СМС- сообщений общество не осуществляло, а предоставило лишь техническую возможность рассылки СМС-сообщений;

2.считает не целесообразным вызывать для разбирательства по делу 06-03-12/21 представителей ООО «Влада».

ОАО «Торговый Дом Гермес» не представило доказательств наличия согласия абонентов <Д...> и <С...> на получение вышеназванной рекламы.



Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

Таким образом, ОАО «Торговый Дом Гермес» самостоятельно сформировало абонентскую базу, график рассылок и осуществило 11.05.2012 и 25.05.2012 год рассылку рекламных СМС-сообщений «Джинсы от 800р., ветровки, кеды, поло, футболки, Северное нагорное, 3 этаж, «HOUSE» и «Мурманск, пр. Кольский 158, МФК Северное нагорное, Велосипеды,-1990 р., ролики, рюкзаки, одежда, обувь, 3 этаж, «Intersport» (8152)25-18-29» посредством использования телефонной связи, без предварительного согласия абонентов на получение рекламы.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение указанной нормы несет рекламораспространитель.

Рекламораспространителем является ОАО «Торговый Дом Гермес» (ИНН 5190928210, ОГРН 115190002058, инд. 183038, г. Мурманск, ул. Самойловой, д.3).

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального Закона «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 РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия

#### **РЕШИЛА:**

1. Признать рекламу распространяемую ОАО «Торговый Дом Гермес» «Джинсы от 800р., ветровки, кеды, поло, футболки, Северное нагорное, 3 этаж, «HOUSE» и рекламу «Мурманск, пр. Кольский 158, МФК Северное нагорное, Велосипеды,-1990 р., ролики, рюкзаки, одежда, обувь, 3 этаж, «Intersport» (8152)25-18-29», распространенную по сетям электросвязи, в виде СМС-сообщений 11.05.2012 и 25.05.2012 год без предварительного согласия абонента на получение рекламы, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Признать рекламораспространителем ОАО «Торговый Дом Гермес», которое осуществило распространение рекламы по сетям электросвязи в виде СМС-

сообщений без предварительного согласия на то абонентов.

3. Выдать предписание ОАО «Торговый Дом Гермес» о прекращении распространения рекламных СМС – сообщений на мобильные телефоны абонентов без их предварительного согласия и обеспечить соблюдение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Мурманского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьёй 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении ОАО «Торговый Дом Гермес».

Резолютивная часть решения была объявлена 09.10. 2012 года.

Решение изготовлено в полном объеме 12.10.2012 года.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

### **ПРЕДПИСАНИЕ о прекращении нарушения законодательства**

#### **Российской Федерации о рекламе по делу № 06-03-12/22**

12.10.2012 года

г. Мурманск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе)

на основании своего решения от 12.10.2012 по делу № 06-03-12/22 о признании рекламы «Джинсы от 800р., ветровки, кеды, поло, футболки, Северное нагорное, 3 этаж, «HOUSE» и рекламы «Мурманск, пр. Кольский 158, МФК Северное нагорное, Велосипеды,-1990 р., ролики, рюкзаки, одежда, обувь, 3 этаж, «Intersport» (8152)25-18-29» распространенной по сетям электросвязи, в виде СМС-сообщений 11.05.2012г, 25.05.2012 г. без предварительного согласия абонента на получение

рекламы, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального Закон « О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (Далее - Закон о рекламе), и в соответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508,

### **ПРЕДПИСЫВАЕТ:**

**1. Рекламораспространителю** – ОАО «Торговый Дом Гермес» (ИНН 5190928210, ОГРН 1115190002058, инд. 183038, г. Мурманск, ул. Самойловой, д.3) с момента получения предписания прекратить распространение рекламных СМС – сообщений на мобильные телефоны абонентов без их предварительного согласия и обеспечить соблюдение части 1 статьи 18 Федерального Закона «О рекламе» от 13.03.06 № 38-ФЗ.

**2. Об исполнении предписания** сообщить в УФАС по Мурманской области в течение пяти рабочих дней после получения предписания.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ФАС России вправе в соответствии с частью 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.