

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-20-2017

Резолютивная часть решения объявлена 14 февраля 2018 года
г. Тверь

Решение изготовлено в полном объеме 01 марта 2018 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Комиссия) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

- Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти,
- Соловьев В.Д., специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-20-2017 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы посредством направления смс-сообщений на телефонный номер <***> без предварительного согласия,

в отсутствие заявителя <***> (поступило ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие от 29.12.2017), а также представителей АО «Загрузка», ООО «Инкор Девелопмент» и ООО «АТОМ» надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело № 04-6/2-20-2017 возбуждено по заявлению <***> (далее - заявитель) в отношении АО «Загрузка», ООО «Инкор Девелопмент» и ООО «АТОМ» 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 29.05.2017 в 14:39 на выделенный заявителю телефонный номер <...><***> без его предварительного согласия посредством смс – сообщений рекламы следующего содержания: «Риэлторам! ЕГРН-2000р, БТИ-7000р, и др., 1-2 дня. Тел.: +7926<***>», отправитель - atom.

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; рекламодатель - 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 попадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством телефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются риэлторские услуги.

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 отнесен к ресурсу нумерации оператора связи ПАО «МегаФон».

Согласно информации ПАО «МегаФон» (письмо от 28.06.2017 № 5/1-6-PL-Исх-00019/17)

отправка смс - сообщения 29.05.2017 в 14:39 на телефонный номер <...><***> была осуществлена АО «МегаЛабс», являющегося партнером ПАО «МегаФон». Факт отправки смс-сообщения с буквенным обозначением «atom», выделенным АО «МегаЛабс», зафиксирован оборудованием ПАО «МегаФон».

Согласно договору от 01.07.2016 № ДМИ-ОСК-01072016, заключенному между АО «МегаЛабс» и ООО «ОСК», АО «МегаЛабс» предоставило ООО «ОСК» доступ к Интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов ООО «ОСК».

Согласно информации, полученной от ООО «ОСК» (письмо от 17.10.2017 № 535), сообщение «Риэлторам! ЕГРН-2000р, БТИ-7000р, и др., 1-2 дня. Тел.: +7926<***>», отправленное 29.05.2017 в 14:39 на телефонный номер <...><***>, поступило на оборудование ООО «ОСК» от ООО «Рапporto» на основании заключенного с ним договора предоставления услуг от 01.10.2010 № sms-29/10-10. Факт оказания услуг ООО «Рапporto» в мае 2017 года подтвержден подписанными обеими сторонами актами от 31.05.2017 № 1235, 1236.

ООО «Рапporto» в письме от 13.12.2017 № 188 и.п. сообщило, что распространение смс – рекламы на телефонный номер <...><***> осуществлялось на основании договора № А-05/09-Р от 27.03.2009 заключенного между ООО «Рапporto» и АО «Загрузка».

Согласно информации АО «Загрузка» (письмо от 11.01.2018 № 175 и. п.) рассылка вышеуказанного смс – сообщения осуществлялась через технические и программные средства АО «Загрузка» по заказу ООО «Инкор Девелопмент» на основании договора от 21.12.2015 № А-90/15р (далее – Договор). Факт оказания услуг ООО «Инкор Девелопмент» в мае 2017 года подтвержден подписанным обеими сторонами актом от 31.05.2017 № 677.

Согласно пункту 2.1.1 Договора АО «Загрузка» (прежнее наименование – АО «Связной Загрузка») предоставило ООО «Инкор Девелопмент» доступ к коммуникационной платформе АО «Загрузка» для осуществления передачи сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы ООО «Инкор Девелопмент» либо третьих лиц.

Исходя из содержания пункта 3.1.3 Договора ООО «Инкор Девелопмент» самостоятельно определяет объект (предмет) рассылки, а также содержание смс – сообщения, получателя, время рассылки и принимает обязательства обеспечить соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании смс – сообщений.

Факт оказанных услуг по Договору подтвержден подписанным сторонами актом от 31.05.2017 № 677.

Согласно приложенному к ответу АО «Загрузка» письму ООО «Инкор Девелопмент» указанное смс – сообщение было отправлено клиентом ООО «Инкор Девелопмент» - ООО «АТОМ», за которым было закреплено имя отправителя смс – сообщения «atom».

Согласно информации, полученной от ООО «Инкор Девелопмент» (письмо от 02.02.2018 № 2), ООО «Инкор Девелопмент» предоставило ООО «АТОМ» доступ к программному приложению, обеспечивающему формирование и отправку смс – сообщений в течение определенного периода на основании заключенного с ООО «АТОМ» договора об оказании услуг от 01.08.2015 № 174.

Одновременно ООО «Инкор Девелопмент» сообщило письмом от 02.02.2018 № 2, что с марта 2017 года услуги ООО «АТОМ» фактически не оказывались, хотя договор не расторгался.

Учитывая вышеизложенное, надлежащие доказательства причастности ООО «Атом» к распространению вышеуказанного смс – сообщения 29.05.2017 в 14:39, отсутствуют.

При этом ООО «Инкор Девелопмент» имело доступ к коммуникационной платформе АО

«Загрузка», этот факт документально подтвержден. В мае 2017 года ООО «Инкор Девелопмент» этот доступ к коммуникационной платформе АО «Загрузка» использовало, что подтверждено подписанным обеими сторонами актом от 31.05.2017 № 677 и оплатой услуг ООО «Инкор Девелопмент» за предоставленный доступ к платформе АО «Загрузка» платежными поручениями от 14.08.2017 № 52 и от 18.08.2017 № 296.

Таким образом, именно ООО «Инкор Девелопмент» является тем лицом, которое 29.05.2017 имело доступ к платформе АО «Загрузка» и осуществило рассылку смс - рекламы.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность на нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ООО «Инкор Девелопмент», поскольку в ходе реализации Договора с АО «Загрузка» именно ООО «Инкор Девелопмент» самостоятельно определило предмет рассылки, содержание смс - сообщения, получателя и осуществило отправку смс - сообщения.

Учитывая отсутствие согласия <***> на получение вышеуказанной рекламы при распространении 29.05.2017 в 14:39 смс - сообщения на телефонный номер <...> <***>, ООО «Инкор Девелопмент» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Комиссия пришла к выводу о необходимости прекращения дела в отношении АО «Загрузка» и ООО «АТОМ» в связи с отсутствием надлежащих доказательств их причастности к распространению вышеуказанной рекламы.

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, распространенную 29.05.2017 в 14:39 посредством смс-сообщений (номер заявителя +7926<***>) ненадлежащей; признать действия ООО «Инкор Девелопмент» (394010, г. Воронеж, ул. <***>, ИНН - 3666184451, ОГРН – 1133668015546), выразившиеся в распространении 29.05.2017 информации о риэлторских услугах на номер заявителя +7926<***> без предварительного согласия абонента нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Инкор Девелопмент» (394010, г. Воронеж, <***>, квартира 24, ИНН - 3666184451, ОГРН – 1133668015546) предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента.

3. Прекратить участие в деле № 04-6/2-20-2017 АО «Загрузка» (115280, г. Москва, <***>, ОГРН - 1057746396113, ИНН - 7703544582) и ООО «АТОМ» (195027, г. Санкт-Петербург, <***>, ОГРН – 1127847281913, ИНН - 7806478236).

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении рекламодателя вышеуказанной рекламы – ООО «Инкор Девелопмент».

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, В.Д.Соловьев

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-20-2017
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

01 марта 2018 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,

Соловьев В.Д., специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

на основании решения от 01.03.2018 по делу № 04-6/2-20-2017 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. ООО «Инкор Девелопмент» (394010, г. Воронеж, <***>, ИНН - 3666184451, ОГРН – 1133668015546) обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе,

в **10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить распространение на телефонный номер <...> <***> рекламных смс-сообщений о риэлторских услугах без предварительного согласия абонента и при распространении вышеуказанной рекламы посредством смс-сообщений обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «Инкор Девелопмент» (394010, г. Воронеж,<***>, ИНН - 3666184451, ОГРН – 1133668015546) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 30.03.2018 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, В.Д. Соловьев