

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-28-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 10 апреля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 23 апреля 2015 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: Фомин В.М.- руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Манюгина Е.И., начальник контроля органов власти,

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-28-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения 12.03.2014 в 20:21 на выделенный <***> телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: *«Впервые в Твери безпрецедентные скидки до 30% Такси Караван т. 311111»*,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей ЗАО «ГрандТелеком»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее – Заявитель) по факту распространения 12.03.2014 в 20:21 на выделенный <***> телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: *«Впервые в Твери безпрецедентные скидки до 30% Такси Караван т. 311111»*, СМС - центр – <***>.

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 услуги такси.

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 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 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 абонента - <***> закреплен за оператором связи ОАО «МегаФон», согласно информации которого (письмо от 16.02.2015 № 5/Л-18- PL-исх.-00022/15), вышеуказанное смс-сообщение поступило 12.03.2014 в 20:21 от отправителя <***>.

SMS-центром отправителя SMS-сообщения от <***>, полученного Абонентом 12.03.2014, является абонентский номер <***>, выделенный ЗАО «СМАРТС».

Согласно информации ОАО «СМАРТС» (письмо от 21.08.2014 № 1-5250) номер <***> закреплен за SMS-центром ЗАО «СМАРТС - Уфа» (с 06.03.2015 ЗАО «СМАРТС - Уфа» переименовано в АО «СМАРТС - Уфа»).

Согласно информации АО «СМАРТС - Уфа» (письмо от 19.01.2015 № 10-11), отправителем смс-сообщения с номера <***> является ЗАО «Гранд Телеком» (i.p. адрес 5.178.80.10) на основании договора предоставления услуг от 15.10.2013 № 10-01-212 (далее – договор).

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (АО «СМАРТС-Уфа») обязуется

предоставлять Услуги по конвертированию телематических протоколов, используемых Заказчиком (ЗАО «ГрандТелеком») для отправки SMS-сообщений, в протоколы сетей подвижной связи с необходимым уровнем качества, а также обеспечить учет объема предоставляемых Услуг.

Согласно условиям договора Заказчик обязан: не использовать свой Комплекс и Комплекс Исполнителя для организации СПАМА, для намеренной передачи сообщений, которые могут привести к нарушению работоспособности оборудования Исполнителя (пункт 3.2.2.); в обязательном порядке получить предварительное письменное согласие от Абонента, на абонентский номер которого будет производиться отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика (пункт 3.2.3); осуществлять рассылку SMS-сообщений в соответствии с законодательством РФ, в том числе нормам законов об охране авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, о рекламе, действующих на территории Российской Федерации (пункт 3.2.5). Согласно пункту 5.9. в связи с тем, что Исполнитель не является создателем (изготовителем) и распространителем SMS-сообщений, начиная с момента подготовки текста SMS-сообщения, его редактирования и заканчивая отправкой SMS-сообщений Абонентам, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее и незаконное распространение SMS-сообщений, отправленных с Комплекса Заказчика и их содержание и присваиваемый Адрес отправителя в полном объеме несет Заказчика.

При этом в преамбуле договора утверждены интерпретации терминов и понятий, используемых для описания характера договорных отношений между АО «СМАРТС-Уфа» и ЗАО «ГрандТелеком», в частности, дано понятие:

«Комплекса Заказчика», под которым понимается совокупность программно-аппаратных средств, Заказчика, позволяющих формировать SMS-сообщения Абонентам с использованием Услуг Исполнителя, отслеживать их статус, а также получать от Исполнителя информацию, связанную с оказанием Услуг.

В пункте 2.7 договора утвержден порядок осуществления доступа Заказчика к Комплексу Исполнителя:

- Заказчик производит предоплату услуг в размере стоимости пакета в соответствии с Приложением № 2 к договору;
- Заказчик направляет заявку на подключение к Комплексу Исполнителя по форме Приложения № 5 к договору (пункт 2.7.2);
- для идентификации Заказчика Комплексом Исполнителя Заказчику присваивается индивидуальный пароль и системный ID (пункт 2.7.3).

ЗАО «ГрандТелеком», будучи надлежаще уведомленным о дате, времени и месте рассмотрения дела, затребованные от него пояснения и документы не предоставило, позицию о факте распространения рекламы не выразило.

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 12.03.2014 в 20:21 на выделенный Заявителю телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: «*Впервые в Твери беспрецедентные скидки до 30% Такси Караван т. 311111*», 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 ЗАО «ГрандТелеком», данный факт подтверждается сведениями АО «СМАРТС-Уфа», согласно которым Общество производит техническое сопровождение (транзит) доставки SMS-сообщений и предоставляет доступ к SMS-центру ряду компаний – Заказчиков, одной из которых является ЗАО «ГрандТелеком», который, в свою очередь самостоятельно (после авторизации по логину и паролю) производит все необходимые действия, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая формированием списков абонентов для отправки SMS-сообщений, а также наличием договора между АО «СМАРТС-Уфа» и ЗАО «ГрандТелеком», что в совокупности свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ЗАО «ГрандТелеком» к распространению смс-сообщения 12.03.2014 в 20:21 на телефонный номер Заявителя <***>, а его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

Действия ЗАО «ГрандТелеком» по распространению 12.03.2014 в 20:21 на телефонный номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: *«Впервые в Твери безпрецедентные скидки до 30% Такси Караван т. 311111»*, совершены с нарушением требований 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: *«Впервые в Твери безпрецедентные скидки до 30% Такси Караван т. 311111»*, распространенную 12.03.2014 в 20:21 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ЗАО «ГрандТелеком» (129085, г. Москва, ул. Бочкова, д. 6, корп. 1; ИНН 7722556255) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ЗАО «ГрандТелеком» (129085, г. Москва, ул. Бочкова, д. 6, корп. 1; ИНН 7722556255) и АО «СМАРТС-Уфа» (450044, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Первомайская, д. 8А) 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 микрофинансовых услуг посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

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

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, М.Ю. Шуклина

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-28-2015
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

23апреля 2015 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: Фомин В.М.- руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Манюгина Е.И., начальник контроля органов власти,

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

на основании решения от 23.04.2015 по делу № 04-6/2-28-2015 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. ЗАО «ГрандТелеком» (129085, г. Москва, ул. Бочкова, д. 6, корп. 1; ИНН 7722556255) и АО «СМАРТС-Уфа» (450044, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Первомайская, д. 8А) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Впервые в Твери беспрецедентные скидки до 30% Такси Караван т. 311111*» 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. ЗАО «ГрандТелеком» (129085, г. Москва, ул. Бочкова, д. 6, корп. 1; ИНН 7722556255) и АО «СМАРТС-Уфа» (450044, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Первомайская, д. 8А) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 01.06.2015 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: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, М.Ю. Шуклина