

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-97-2014

Резолютивная часть решения по делу оглашена 20 ноября 2014 года

Решение изготовлено в полном объеме 04 декабря 2014 года

г. Тверь

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 отдела контроля органов власти,

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

рассмотрев дело № 04-6/2-97-2014, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 23.04.2014 в 16:52 на выделенный <***> телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Mazda CX-5 от 970 тыс.р. Все цвета и комплектации! Звони: +74957889977*», отправитель – ROLF Himki,

в отсутствие надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела: заявителя <***>., а также ООО «Медиапроект» и Индивидуального предпринимателя <***> (далее – ИП <***>),

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено по заявлению <***> (далее также заявитель) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 23.04.2014 в 16:52 на выделенный <***> телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Mazda CX-5 от 970 тыс.р. Все цвета и комплектации! Звони: +74957889977*», отправитель – ROLF Himki.

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.

Смс-сообщение, поступившее на телефон заявителя, не носит персонифицированный характер.

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.

Распространенная на номер заявителя 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 автотранспортные средства марки «Mazda».

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложено на рекламораспространителей.

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 <***> относится к ресурсу нумерации оператора связи ЗАО «Смоленская сотовая связь», регион Тверская область. Согласно информации ЗАО «Смоленская сотовая связь» (письмо от 20.06.2014 № 640/2) вышеуказанное смс – сообщение 23.04.2014 в 16:49 на телефонный номер заявителя отправлено ООО «СМС Трафик» с номера смс – центра +79043490004, входящего в ресурс нумерации ЗАО «Ростовская сотовая связь», и принадлежащего технологическому смс - центру Теле2.

ЗАО «Смоленская сотовая связь» также представило заключенный между ООО «СМС Трафик» и ЗАО «Ростовская сотовая связь» договор от 01.11.2013 № 225/SMS-IMSI (далее – договор). В соответствии с пунктами 3.2.10 и 3.2.11 договора заказчик (ООО «СМС Трафик») обязуется осуществлять смс – рассылку только через смс – центр исполнителя (ЗАО «Ростовская сотовая связь») и только тем абонентам исполнителя (ЗАО «Ростовская сотовая связь»), которые являются клиентами заказчика или его партнеров и выразили заказчику или его партнерам свое явно выраженное согласие на их получение в письменной форме.

Согласно информации ООО «СМС Трафик» (письмо от 14.07.2014 № 362-14) отправителем вышеуказанного смс - сообщения является ЗАО «Связной Загрузка», которое инициировало рассылку вышеуказанного смс - сообщения на основании заключенного с ООО «СМС Трафик» договора оказания услуг предоставления доступа к Системе и обработки данных от 01.04.2014 № 179/14 (далее - договор № 179/14). Согласно пункту 2.1 договора № 179/14 ООО «СМС Трафик» по заданию ЗАО «Связной Загрузка» оказывает последнему услуги доступа к Системе, обеспечивающей обработку, отправку сообщений и организацию взаимодействия между ЗАО «Связной Загрузка» и Абонентом. При этом в соответствии с пунктом 3.2.4 договора № 179/14 ЗАО «Связной Загрузка» обязано строго соблюдать Правила оказания Услуг (приложение № 2 к договору № 179/14). Приложением № 2 к договору № 179/14 предусмотрено, что ЗАО «Связной Загрузка» обязуется предоставить ООО «СМС Трафик» информацию (текст сообщения) (пункт 9.2); не допускается использовать платформу (систему) ООО «СМС Трафик» для отправки сообщений, которые отвечают признакам СПАМ (пункт 10.1).

Письмом от 07.08.2014 № 291 ЗАО «Связной Загрузка» сообщило, что отправителем вышеуказанного смс - сообщения является ООО «БИФРИ» согласно договору от 04.10.2011 № 0410/11, согласно пункту 2.1 которого ЗАО «Связной Загрузка» осуществляет передачу смс - сообщений от ООО «БИФРИ» посредством технических и программных средств ЗАО «Связной Загрузка» абонентам и технический мониторинг и техническую поддержку в процессе оказания услуг. Из пояснений ЗАО «Связной Загрузка» также следует, что в рамках исполнения вышеназванного договора технологически ООО «БИФРИ» подключено к платформе ЗАО «Связной Загрузка» через протокол SMPP 3.4, и ЗАО «Связной Загрузка» пересылает смс – сообщения, сформированные ООО «БИФРИ».

Согласно информации ООО «БИФРИ» (письмо от 22.09.2014 № 2209/2014-001) отправителем вышеуказанного смс - сообщения является ИП <***> согласно договору от 20.01.2014 № SMSD2001/14-01ТО (далее – договор № SMSD2001/14-01ТО). ИП <***> был выделен аккаунт на сайте www.smsdirect.ru (далее сайт), администратором которого является ООО «БИФРИ», посредством которого ИП Левчук А.Д. получил возможность через сайт ООО «БИФРИ» производить рассылку смс - сообщений путем ручного набора смс - сообщений и номеров абонентов. Пунктом 2.3 договора № SMSD2001/14-01ТО предусмотрено, что заказчик (ИП <***>) обязуется получить согласие абонентов, которым направляются сообщения. Дополнительным соглашением № 1 к договору № SMSD2001/14-01ТО предусмотрено, что с целью получения

предоставляемых ООО «БИФРИ» услуг ИП <***> при регистрации на Интернет ресурсе указывает логин Zefs_3, после чего получает пароль. Сообщения ИП <***> направляются через Интернет ресурс после регистрации под указанным логином и предоставленным паролем. Факт оказанных услуг по количеству смс - сообщений зафиксирован в акте сдачи – приёмки оказанных услуг от 30.04.2014 № БФС3004-126 к договору № SMSD2001/14-01ТО, подписанном ООО «БИФРИ» и ИП <***>. Согласно вышеназванному акту общее количество смс – сообщений заказчика (ИП <***>) в рамках оказанных услуг составило 1 000 000 штук.

Данными системы статистического учета приёма-передачи сообщений ООО «БИФРИ» зафиксирован факт отправки ИП <***> на телефонный номер <***>, выделенный <***>, 23.04.2014 в 16:48:50 смс - сообщения вышеуказанного содержания. ООО «БИФРИ» также представило пояснения ИП <***> от 22.09.2014 № 331, согласно которым последний состоит в договорных отношениях с ООО «Медиапроект» (агентский договор от 10.09.2013 № 152-АГ-13), в распоряжении которого находятся терминалы по приему платежей. ИП <***> полагает, что согласие на получение рекламы получено при оформлении платежа через терминал (точка 13364), о чем свидетельствует выписка о зачислении 29.11.2013 в 17:09 на номер <***> денежных средств в сумме 100 рублей.

В соответствии с условиями агентского договора от 10.09.2013 № 152-АГ-13 (далее – агентский договор) ООО «Медиапроект» поручило ИП <***> совершать от имени и за счет ООО «Медиапроект» действия, обозначенные в приложении № 1 к настоящему договору. Согласно приложению № 1 к агентскому договору ИП <***> осуществлял смс – информирование в режиме он - лайн (после совершения потребителем платежа через платежный терминал).

В ходе рассмотрения дела <***> представил пояснения от 27.10.2014, в которых сообщил, что согласия на распространение вышеуказанной рекламы не давал, а также о том, что оплату услуг мобильной связи через терминалы не осуществляет.

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

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 23.04.2014 в 16:48 на выделенный <***> телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Mazda CX-5 от 970 тыс.р. Все цвета и комплектации! Звони: +74957889977*», 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 рекламораспространитель.

Как указано выше, статьей 3 Закона определено, что рекламораспространитель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ИП <***>, основанием для такого вывода являются сведения ООО «БИФРИ», подтверждающие, что ИП <***> через сайт ООО «БИФРИ» осуществлял рассылку смс - сообщений путем ручного набора смс - сообщений, характер оказываемых по договору от 20.01.2014 № SMSD2001/14-01ТО услуг, данными системы статистического учета приема – передачи сообщений также зафиксировано, что заказчиком является ИП <***>., актом сдачи-приемки оказанных услуг от 30.04.2014 № БФС3004-126 к договору № SMSD2001/14; также содержанием заключенного между ИП <***> и ООО «Медиапроект» договора.

Вышеперечисленные сведения подтверждают, что именно ИП <***> прямо и непосредственно причастен к распространению смс - сообщения на телефонный номер заявителя <***>, а его действия подлежат квалификации как действия рекламораспространителя.

Таким образом, действия ИП <***> по распространению 23.04.2014 в 16:48 на телефонный номер <...> -904-003-56-10, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «*Mazda CX-5 от 970 тыс.р. Все цвета и комплектации! Звони: +74957889977*», нарушают требования части 1 статьи 18 Закона.

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1 и 2 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 ненадлежащей рекламу следующего содержания: «*Mazda CX-5 от 970 тыс.р. Все цвета и комплектации! Звони: +74957889977*», распространенную 23.04.2014 в 16:48 на телефонный номер <***> посредством смс - сообщения без предварительного согласия абонента; действия Индивидуального предпринимателя <***> нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать Индивидуальному предпринимателю <***> и ООО «БИФРИ» как лицу, имеющему возможность устранить нарушение 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 предложению автотранспортных средств посредством направления смс - сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня вынесения.

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, Г.В. Грицай

ПРЕДПИСАНИЕ № 04-6/2-97-2014

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

04 декабря 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: Фомин В.М., руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

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

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

на основании решения от 04.12.2014 по делу № 04-6/2-97-2014 о признании ненадлежащей рекламы «*Mazda CX-5 от 970 тыс.р. Все цвета и комплектации! Звони: +74957889977*» посредством смс – сообщения, направленного 23.04.2014 в 16:48 на телефонный номер <***> без предварительного согласия абонента, и в соответствии с [пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 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 <***> (<***>) и ООО «БИФРИ» (197110, г. Санкт-Петербург, ул. Лодейнопольская, д. 5, лит. А) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: **прекратить распространение рекламных смс-сообщений** на телефонный номер <***> 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. Индивидуальному предпринимателю <***> (<***>) и ООО «БИФРИ» (197110, г. Санкт-Петербург, ул. Лодейнопольская, д. 5, лит. А) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 20.01.2015 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, Г.В. Грицай