

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-75-2013

Резолютивная часть решения по делу оглашена 25 февраля года

Решение изготовлено в полном объеме 05 марта 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 № 04-6/2-75-2013 по факту распространения 11.09.2013 в 13:36:49 на принадлежащий Емельянову А.В. телефонный номер <...> -903-*** без предварительного согласия <...> посредством смс - сообщения рекламы следующего содержания: «Привет! Выдаем ЗАЙМЫ всем. Запиши номер <...> Звони! тел. 8(919) ***»,

в отсутствие надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>, а также представителей ООО «Лоджик Телеком», ООО «Единая Служба Такси» (далее – ООО «ЕСТ»), ООО «Автотранс» и ООО «Доступные Деньги»,

в отсутствие представителей ООО «Спецпроект 2010», сведения о надлежащем извещении которых в материалах дела отсутствуют,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 04-6/2-75-2013 возбуждено 25.11.2013 по заявлению <...> (далее также Заявитель) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 11.09.2013 в 13:36:49 на принадлежащий Заявителю телефонный номер <...> -903-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Привет! Выдаем ЗАЙМЫ всем. Запиши номер <...> Звони! тел. 8(919) ***», отправитель – DENGIPROSTO.

Заявитель указал, что вышеуказанная реклама распространена в отсутствие его согласия на получение рекламы.

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 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 N 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 персонализированный 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 о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной 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 в данном случае являются финансовые 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.

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».

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

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что ими являются ООО «ЕСТ» и ООО «Автотранс», наличие договорных отношений между ними позволяют рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламодателей, т.е. лиц, совершивших действия по фактическому доведению рекламы до сведения потребителей.

Телефонный номер абонента 8-903-*** принадлежит к номерной емкости оператора связи ОАО «ВымпелКом». Как следует из письма ОАО «ВымпелКом» от 22.10.2013 № 00808/13-ИЦР-ТВР, спорное смс - сообщение было направлено на принадлежащий

Заявителю телефонный номер ООО «Лоджик Телеком», которое действовало в соответствии с заключенным между ОАО «ВымпелКом» и ООО «Лоджик Телеком» договором на оказание услуг связи Билайн от 01.01.2012 № 429838908, а также дополнительным соглашением к нему от 01.01.2012 № 010112.

Из представленной ООО «Лоджик Телеком» информации от 03.12.2013 № 168 следует, что отправителем вышеназванного смс-сообщения явился контрагент под учетным номером 28105 - физическое лицо – (<...>), чей кабинет зарегистрирован дилером под номером 26547 на ООО «ЕСТ», действующим в рамках контракта № 36547/2013-К предоставления услуг доступа к системе передачи данных и профильный договор от 19.04.2013 № 26547/ИС (далее - Контракт и Профильный договор).

Согласно вышеуказанным Контракту и Профильному договору Исполнитель (ООО «Лоджик Телеком») предоставляет Контрагенту (ООО «ЕСТ») доступ к Платформе, дающей возможность формировать текстовые и мультимедийные сообщения (пункт 2.1 Контракта), и обеспечивает доступ ООО «ЕСТ» к Личному кабинету после авторизации последнего, и оказывает Контрагенту (ООО «ЕСТ») услуги по доставке различного типа Сообщений от Контрагента (ООО «ЕСТ») до Адресатов (пункт 1.4 Профильного договора).

ООО «ЕСТ» в рамках исполнения Контракта и Профильного договора инициирует отправку смс-сообщений и определяет их получателей. При этом при пользовании услугами по Профильному договору Контрагенту (ООО «ЕСТ») воспрещается допускать рассылку сообщений, попадающих под определение Спам (пункт 5.2 Контракта), под которым понимается информация, предназначенная по своему содержанию, неопределенному кругу лиц, отправленная Контрагентом (ООО «ЕСТ») и доставленная получателям без их предварительного согласия (пункт 1.12 Контракта).

Таким образом, ООО «ЕСТ» совершало действия по распространению смс-сообщения на номер заявителя и его действия отвечают понятию «рекламораспространитель» (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

ООО «ЕСТ» письмом от 23.12.2013 сообщило, что между ООО «ЕСТ» и ООО «Автотранс» заключен договор об оказании смс-услуг от 01.01.2013 № 05-11/204 (далее – Договор № 05-11/204), согласно которому Исполнитель (ООО «ЕСТ») оказывает Заказчику (ООО «Автотранс») смс-услуги, т.е. услуги по передаче, приему и обработке смс-сообщений от Заказчика к Получателям.

Позднее письмом от 17.01.2014 б/н ООО «ЕСТ» представило Соглашение о расторжении Договора № 05-11/204 с 06.01.2013 и заключении Договора № 34 на оказание услуг от 06.01.2013 (далее – Договор № 34).

Согласно договору № 34 Исполнитель (ООО «ЕСТ») оказывает за плату услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование и доставку смс-сообщений (пункт 1.1). При этом передача информации (тест смс—сообщений) происходит от Заказчика (ООО «Автотранс») к Исполнителю (ООО «ЕСТ»), а не непосредственно к Получателю (пункт 1.2.3), а оплате подлежит объем переданных Заказчиком (ООО «Автотранс») Исполнителю (ООО «ЕСТ») смс-сообщений, которые Исполнитель обязуется доставить

Получателю (пункт 6.4). Кроме того, согласно пункту 3.2.5 Исполнитель (ООО «ЕСТ») обусловил оказание услуг Заказчику (ООО «Автотранс») наличием письменного согласия Абонентов (Получателей смс-сообщений) на их получение.

Таким образом, как договор № 05-11/204, так и Договор № 34 предусматривают, что передача смс-сообщений, инициированных ООО «Автотранс», происходит лишь к ООО «ЕСТ», а последующие действия по передаче этого смс-сообщения осуществляет ООО «ЕСТ», т.е. последнее совершает действия по передаче смс-сообщения на номер Заявителя и его действия отвечают понятию «рекламораспространитель» (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

В этой связи доводы о том, что ООО «ЕСТ» лишь предоставляло ООО «Автотранс» доступ к программно-аппаратному комплексу для автоматической трансляции сообщений оператору связи и не участвовало в распространении смс-сообщения, а, следовательно, не является рекламораспространителем, несостоятельны.

ООО «Автотранс» пояснений по существу дела, а также документального подтверждения наличия согласия абонента на получение вышеуказанной рекламы, так и любой иной рекламы посредством смс-рассылки не представило.

При этом ООО «ЕСТ» в рамках настоящего дела фактически своей позиции не выразило, не представив каких-либо пояснений по факту распространении рекламы. В рамках дела № 04-6/2-75-2013 ООО «ЕСТ», не отрицая сам факт распространения вышеуказанной рекламы, лишь ходатайствовало о приобщении к материалам дела договора № 34 от 06.01.2013 с ООО «Автотранс».

Анализ представленного ООО «ЕСТ» договора № 34 от 06.01.2013 с ООО «Автотранс» свидетельствует о том, что ООО «ЕСТ» (Исполнитель) оказывает за плату Заказчику (ООО «Автотранс») услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS-сообщений (пункт 1.1). В соответствии с условиями договора ООО «Автотранс» обязано довести до сведения получателя SMS-сообщения (пункт 3.2.3); не использовать подключение к оборудованию Исполнителя (ООО «ЕСТ») для организации СПАМА (пункт 3.2.4).

В ходе рассмотрения дела № 04-6/2-75-2013 Комиссией Тверского УФАС России установлено, что рекламодателем вышеуказанного смс – сообщения является ООО «Доступные Деньги».

ООО «Доступные Деньги» заключило договор возмездного оказания услуг с ООО «Нано-Финанс» от 16.07.2013 № 6904БР на оказание услуг по поиску и привлечению физических лиц для заключения с ООО «Нано-Финанс» договоров нецелевого потребительского займа.

В целях рекламирования финансовых услуг ООО «Доступные Деньги» посредством оказания услуг по распространению рекламной информации заключило с ООО «Спецпроект 2010» договор возмездного оказания услуг от 13.05.2013 № 7 (далее – договор № 7), а также дополнительное соглашение № 1 от 26.08.2012 к договору № 7.

В соответствии с условиями договора № 7 Исполнитель (ООО «Спецпроект 2010»)

оказывает услуги по распространению рекламной информации Заказчика (ООО «Доступные Деньги») путем рассылки на мобильные телефонные номера абонентов Исполнителя коротких текстовых сообщений (sms) (пункт 1.2); Исполнитель гарантирует Заказчику, что на законных основаниях владеет базой данных абонентов, которым будут рассылаться sms (пункт 4.1). Дополнительным соглашением № 1 от 26.08.2013 к договору № 7 предусмотрены условия оказания смс-рассылки, включая сведения о дате начала рассылки – 02.09.2013, указание текста сообщения «Привет! Выдаем ЗАЙМЫ всем. Запиши номер <...> Звони! тел. 8(919)054-26-16», а также географию отправки смс - сообщений – Тверь.

ООО «Доступные Деньги» представило также квитанцию к приходному ордеру « 235 от 02.09.2013, подтверждающую факт оплаты ООО «Спецпроект 2010» оплату услуг по договору № 7 и дополнительным соглашением № 1 от 26.08.2013 к договору № 7.

При этом ООО «Спецпроект 2010» надлежащим образом не извещено о дате и времени рассмотрения дела.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия Тверского УФАС России считает необходимым выделить в отдельное производство дело в отношении ООО «Спецпроект 2010» по признакам нарушения законодательства о рекламе.

В связи с отсутствием согласия Заявителя на получение рекламы финансовых услуг, при распространении на телефон Заявителя 11.09.2013 в 13:36:49 рекламы следующего содержания: «Привет! Выдаем ЗАЙМЫ всем. Запиши номер <...> Звони! тел. 8(919) ***» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

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

Как указано выше, статьей 3 Закона о рекламе определено, что рекламодатель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. При этом Закон содержит понятие рекламодателя и не ограничивает количество таких рекламодателей.

Принимая во внимание совокупность действий всех лиц, участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя, действия ООО «ЕСТ» и ООО «Автотранс» по распространению 11.09.2013 в 13:36:49 на телефонный номер <...> 8-903-*** без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «Привет! Выдаем ЗАЙМЫ всем. Запиши номер <...> Звони! тел. 8(919) ***», нарушают требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании вышеуказанного и руководствуясь частью 1 статьи 18, 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 33, 37, 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: *«Привет! Выдаем ЗАЙМЫ всем. Запиши номер <...> Звони! тел. 8(919)***»*, распространенную 11.09.2013 в 13:36:49 на телефонный номер <...> -903-*** посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ООО «Единая Служба Такси» и ООО «Автотранс» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «Единая Служба Такси» и ООО «Автотранс» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении вышеуказанной рекламы услуг посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонентов.
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.
4. Выделить из дела № 04-6/2-75-2013 в отдельное производство дело в отношении ООО «Спецпроект 2010».

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, Г.В.
Грицай

ПРЕДПИСАНИЕ № 04-6/2-75-2013

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

05 марта 2014 г.

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,

на основании решения от 25.02.2014 по делу № 04-6/2-75-2013 о признании ненадлежащей рекламы «Привет! Выдаем ЗАЙМЫ всем. Запиши номер <...> Звони! тел. 8 (919) 054-26-16» посредством смс – сообщения, направленной 11.09.2013 в 13:36:49 на телефонный номер <...> -903-*** 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. ООО «Единая Служба Такси» (248000, г. Калуга, ул. Гурьянова, д. 57, корп. 1) и ООО «Автотранс» (248000, г. Калуга, ул. Гурьянова, д. 57, корп. 1) в **10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: **прекратить распространение рекламных смс-сообщений финансовых услуг** на телефонный номер <...> -903-*** и при распространении рекламы посредством смс – сообщений на телефонный номер <...> -903-*** обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «Единая Служба Такси» (248000, г. Калуга, <...>) и ООО «Автотранс» (248000, г. Калуга, <...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 18.04.2014 либо в течение пяти дней со дня получения 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

Манюгина, В. Грицай

Л.В. Посохова, Е.И.

Г