

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-42-2014

Резолютивная часть решения по делу оглашена 11 июня 2014 г.

Решение изготовлено в полном объеме 20 июня 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: Посохова Л.В. – заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

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

рассмотрев дело № 04-6/2-42-2014, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 15.10.2013 в 11:20 на выделенный <...> телефонный номер <...> <...> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Взаймы 30 000 р. За 172 р. В день! Тел. 88005557235*», отправитель – DengiDoma,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>., а также представителей ООО «Моби Сервис», ООО «Новак» и ООО «Крафт Телеком»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <...>. (далее – Заявитель) по факту распространения 15.10.2013 в 11:20 на выделенный ему телефонный номер <...> <...> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «*Взаймы 30 000 р. За 172 р. В день! Тел. 88005557235*», отправитель – DengiDoma.

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.

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 микрофинансовые услуги.

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 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».

номер <...> <...> относится к ресурсу нумерации ОАО «ВымпелКом», согласно информации которого (письмо от 03.12.2013 № 00946/13-ИЦР-ТВР) смс-сообщение 15.10.2013 в 11:20 было отправлено с номера +7<...>, который принадлежит ОАО «СМАРТС».

Согласно информации ОАО «СМАРТС» (письмо от 15.01.2014 № 1-24) номер <...>, с которого осуществлялась отправка смс-сообщения 15.10.2013 в 11:20 на телефонный номер +7<...>, закреплен за СМС-центром ЗАО «Астрахань-GSM».

Согласно информации ЗАО «Астрахань-GSM» (письмо от 05.02.2014 № 01/298) отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ООО «Крафт Телеком» на основании договора от 01.04.2012 № 06-02-02/134 (далее – договор № 06-02-02/134) и Дополнительного соглашения от 01.08.2013 № 6 к договору № 06-02-02/134. Глобальный заголовок +79023700115 закреплен за установленным оборудованием ООО «Крафт Телеком».

В рамках вышеуказанного договора ОПЕРАТОР (ЗАО «Астрахань-GSM») предоставляет АБОНЕНТУ (ООО «Крафт Телеком») Услуги по приему от АБОНЕНТА SMS для доставки их на мобильные терминалы пользователей других сетей транзитом через СЕТЬ ОПЕРАТОРА.

При этом АБОНЕНТ обязан:

- не использовать свой комплекс и комплекс ОПЕРАТОРА для передачи нежелательных SMS, SMS рассылок и отправки рекламной информации, не касающейся деятельности АБОНЕНТА (пункт 3.2.3. договора № 06-02-02/134);
- осуществлять рассылку SMS-сообщений в соответствии с законодательством РФ (пункт 3.2.4. договора № 06-02-02/134);
- не использовать выделенные каналы и подключение к оборудованию ОПЕРАТОРА для организации Спاما, для намеренной передачи сообщений, могущих привести к нарушению работоспособности Мобильных терминалов (пункт 3.2.5. договора № 06-02-02/134).
- доставить и установить Оборудование, по адресу г. Астрахань, ул. Лычманова, 44, настроить и произвести тестирование Оборудования в течение 5 рабочих дней с начала момента установки (пункт 3.2.18. договора № 06-02-02/134). Под оборудованием в настоящем договоре понимается устройства и программное обеспечение, предназначенные для приема, хранения, обработки и передачи SMS от АБОНЕНТА через сеть ОПЕРАТОРА на Мобильные терминалы пользователей. Состав Шлюза определяется АБОНЕНТОМ самостоятельно.

Согласно информации ООО «Крафт Телеком» (письмо от 15.01.2014 № 1-24) отправителем смс-сообщения 15.10.2013 в 11:20 на выделенный Заявителю номер <...> <...> является ООО «Новак» на основании договора от 01.02.2013 № 0103.

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (ООО «Крафт Телеком») оказывает, а Заказчик (ООО «Новак») принимает и оплачивает услугу подключения к Технической базе в порядке и на условиях, предусмотренных настоящим Договором (пункт 1.1. договора). Техническая база – аппаратный комплекс, установленный на территории Исполнителя, используемый для технического обеспечения предоставления Контент-услуг Абонентам (преамбула договора), а Контент-услуга - предоставление Заказчику услуги по доставке Абоненту с согласия Абонента на его мобильный терминал информации, принадлежащей Заказчику, в виде графического изображения и/или текстового сообщения.

Согласно пункту 2.4.5. договора Заказчик обязуется не использовать подключение к Технической базе Исполнителя для отправки СПАМа. Согласно пункту 6.3. Заказчик гарантирует, что все SMS MMS сообщения, отправляемые в рамках настоящего договора, составлены (сформированы) и отправлены им самостоятельно, без какого-либо участия и влияния Исполнителя, не являются спамом, по своему содержанию полностью соответствует нормам действующего международного и российского законодательства, в том числе нормам закона об охране авторских прав, иных прав на объекты интеллектуальной собственности, законодательству о рекламе. Согласно пункту 6.4. подписывая настоящий договор, Заказчик, безусловно соглашается с тем, что не Исполнитель, а именно Заказчик является единственным составителем всех SMS и MMS сообщений, отправляемых в рамках настоящего договора, т.е. именно он является рекламодателем и рекламораспространителем указанных сообщений.

Согласно пункту 6.6. Заказчик гарантирует, что содержание Контент-услуги соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе нормам

законов об охране авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, о рекламе, действующих на территории Российской Федерации. При этом под «Контент-услугой» в настоящем договоре понимается предоставление Заказчику услуги по доставке Абоненту с согласия Абонента на его мобильный терминал информации, принадлежащей Заказчику, в виде графического изображения и/или текстового сообщения и/или аудио-сообщения и/или видео-сообщения с использованием сети Оператора сотовой связи. Ответственность за полноту информации и достоверность Контент-услуг, а также за соблюдение авторских прав несет Заказчик.

Пунктом 6.4 договора № 0103 предусмотрено, что Заказчик (ООО «Новак»), подписывая настоящий договор, соглашается с тем, что не Исполнитель (ООО «Крафт Телеком», а именно Заказчик (ООО «Новак») является единственным составителем всех sms- и mms-сообщений, отправляемых в рамках вышеназванного договора, т.е. именно ООО «Новак» является рекламодателем и рекламораспространителем указанных сообщений, определяет их конечных получателей (абонентов), а Исполнитель (ООО «Крафт Телеком») создает техническую возможность для отправки (распространения), доставки этих сообщений посредством определенной совокупности технического оборудования и программного обеспечения.

В подтверждение вышеуказанного ООО «Крафт Телеком» представлена копия договора № 0103.

Кроме того, ООО «Крафт Телеком» был представлен акт от 31.10.2013 № 000794, заказчиком услуг по которому значится ООО «Новак», претензия о погашении задолженности по договору № 0103 от 01 февраля 2013 года (письмо от 01.06.2014 № б/н) в связи с неисполнением обязательств по оплате оказанных услуг, а также запрос о предоставлении согласия абонента, на номер которого было направлено смс-сообщение 22.11.2013 в 19:43.

В смс-сообщении, поступившем заявителю, содержится указание на телефонный номер 88005557235, который выделен ОАО «Межрегиональный ТранзитТелеком» (далее – ОАО «МТТ»). В свою очередь, согласно информации ОАО «МТТ», номер <...> является Интеллектуальным номером, который был присвоен ООО «Домашние деньги» на основании договора на оказание услуг связи от 06.11.2007 № 364-800-07/31.

Согласно информации ООО «Домашние Деньги» (письмо от 12.02.2014 № 130) смс-сообщение 15.10.2013 в 11:20 на телефонный номер заявителя +7<...> было отправлено ООО «Моби Сервис» на основании договора оказания услуг от 30.09.2013 № 31-10/ДД, в рамках которого ООО «Моби Сервис» обязалось оказать услуги по привлечению клиентов для выдачи займов путем отправки рекламно-информационных сообщений.

Согласно информации ООО «Моби Сервис» (письмо от 20.06.2014 Вх. № 3036) отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ООО «Новак» на основании договора от 01.07.2013 № 0107 (далее – договор № 0107).

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (ООО «Новак») обязуется

оказывать Заказчику (ООО «Моби Сервис») услуги по созданию (редактированию) текста сообщения, получению согласия Абонента и последующей отправке такого сообщения при помощи своих средств связи и личного кабинета оператору сотовой связи/абоненту (пункт 2.1. договора № 0107), Исполнитель несет ответственность за отправку/доставку и содержание (текст) сообщения, соответствие его законодательству РФ, как рекламопроизводитель, рекламодатель и рекламораспространитель, а также за получение согласия лица, которому Исполнитель направляет сообщения (пункт 2.2. договора № 0107).

ООО «Новак», 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 15.10.2013 в 11:20 на выделенный Заявителю телефонный номер <...> <...> рекламы следующего содержания: «*Взаймы 30 000 р. За 172 р. В день! Тел. 88005557235*», 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 ООО «Новак» и ООО «Крафт Телеком», основанием для такого вывода являются сведения ООО «Крафт Телеком», подтверждающие, что ООО «Новак» была предоставлена техническая возможность формировать и отправлять смс-сообщения, то есть производить рекламную рассылку и условия договора с ООО «Крафт Телеком», а также наличие сведений ЗАО «Астрахань-GSM», согласно которым в рамках договора с ООО «Крафт Телеком» последнему ЗАО «Астрахань-GSM» организовывает доступ к оборудованию SMS-центра по smpp протоколу, в свою очередь в обязанность ООО «Крафт Телеком» входит осуществлять рассылку смс-сообщений с соблюдением законодательства о рекламе. Вышеперечисленные сведения подтверждают, что именно ООО «Новак» и ООО «Крафт Телеком» прямо и непосредственно причастны к распространению смс-сообщения на телефонный номер Заявителя +79056097735, а их действия квалифицировать как действия рекламораспространителя.

Действия ООО «Новак» и ООО «Крафт Телеком» по распространению 15.10.2013 в 11:20 на телефонный номер <...> <...>, выделенный <...> без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «*Взаймы 30 000 р. За 172 р. В день! Тел. 88005557235*», нарушают требования части 1 статьи 18 Закона.

При этом Комиссия приходит к выводу о необходимости прекращения дела в отношении ООО «Моби Сервис» в связи с отсутствием документальных доказательств о наличии в его действиях нарушения законодательства о рекламе.

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: *«Взаймы 30 000 р. За 172 р. В день! Тел. 88005557235»*, распространенную 15.10.2013 в 11:20 на выделенный <...> телефонный номер <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ООО «Новак» и ООО «Крафт Телеком» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Дело в отношении ООО «Моби Сервис» прекратить в связи с отсутствием доказательств о наличии в действиях ООО «Моби Сервис» нарушения законодательства о рекламе.

3. Выдать ООО «Новак» и ООО «Крафт Телеком» 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.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 20 июня 2014 г.

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

Председатель Комиссии

Л.В. Посохова

Члены Комиссии

М.Ю. Шуклина

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-42-2014
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

20 июня 2014 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:

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

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

на основании решения от 11.06.2014 по делу № 04-6/2-42-2014 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 «Новак» (620026, г. Екатеринбург, <...>) и ООО «Крафт Телеком» (107023, г. Москва, <...>) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Взаймы 30 000 р. За 172 р. В день! Тел. 88005557235*» на телефонный номер +7<...> **без предварительного согласия абонента** – <...>, и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер +7<...> обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №

38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «Новак» (620026, г. Екатеринбург, <...>) и ООО «Крафт Телеком» (107023, г. Москва, <...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до .07.2014 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

М.Ю. Шуклина

Г.В. Грицай