

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-95-2014

Резолютивная часть решения по делу оглашена 28 октября 2014 года

Решение изготовлено в полном объеме 28 октября 2014 года
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,

Баринов Н.В., специалист – эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-95-2014, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 24.11.2013 в 17:16 на выделенный ООО «MaTИK. Яковлев и партнеры» телефонный номер <...> <...> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Нужны ДЕНЬГИ? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 8<...>»,

в отсутствие надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела: заявителя – ООО «MaTИK. Яковлев и партнеры», представителей ООО «Новак», ООО «Крафт Телеком» и ООО «Моби Сервис»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено по заявлению ООО «MaTИK. Яковлев и партнеры» (далее также заявитель) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 24.11.2013 в 17:16 на выделенный заявителю телефонный номер <...> <...> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Нужны ДЕНЬГИ? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 8<...>», отправитель - +7<...>.

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 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, 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 ООО

«Нано-Финанс».

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 возложено на рекламодателей.

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».

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что ими являются ООО «Крафт Телеком» и ООО «Новак».

Телефонный номер заявителя относится к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «МТС». Согласно представленной заявителем детализации оказанных ОАО «МТС» услуг связи за период с 01.11.2013 по 30.11.2013 зафиксировано прохождение (поступление) смс-сообщения 24.11.2013 в 17:16 с номера +7<...>.

Телефонный номер <...> <...> относится к ресурсу нумерации ЗАО «Волгоград-GSM».

Согласно информации, полученной от ЗАО «Волгоград-GSM» письмом от 04.04.2014 № 244, номер <...> <...> является номером СМС-центра ЗАО «Волгоград-GSM». Через указанный СМС-центр направляются смс-сообщения абонента ЗАО «Волгоград-GSM» ООО «Крафт Телеком». Услуги подвижной связи предоставляются абоненту ООО «Крафт Телеком» на основании договора №2653425 от 01.07.2012 и дополнительного соглашения №1 от 01.07.2012 на предоставление услуги «InfoSMS».

ООО «Крафт Телеком» в письмах от 14.10.2014 вх. № 577 и от 10.06.2014 № 2837 сообщило, что распространение вышеуказанной смс-рекламы осуществило не ООО «Крафт Телеком», а ООО «Новак», поскольку с ним заключен договор от 01.02.2013 № 0103 (далее – договор № 0103).

Согласно договору № 0103 Исполнитель (ООО «Крафт Телеком») предоставляет Заказчику (ООО «Новак») доступ и подключение к технической системе (аппаратному комплексу, установленному на территории Исполнителя) (пункты 3 раздела «Определения» и 2.1.1), а Заказчик (ООО «Новак») гарантирует, что все SMS - сообщения, отправленные в рамках настоящего договора, составлены (сформированы) и отправлены им самостоятельно, и именно Заказчик, определяет конечных получателей (абонентов) (пункты 6.3 и 6.4).

Факт поступления вышеуказанного смс-сообщения с использованием номера SMS - центра +7<...>, принадлежащего ООО «Крафт Телеком», подтверждают как данные биллинговых систем ОАО «МегаФон», так и сведения оператора связи ЗАО «Астрахань-GSM».

ООО «Нано-Финанс», как рекламодатель, в письмах письме от 16.01.2014 № 17 (по делу № 04-6/2-50-2013) и от 12.05.2014 № 272 (по делу № 04-6/2-10-2014), представленных в рамках ранее рассмотренных Тверским УФАС России дел, указало, что к распространению смс-сообщения аналогичного содержания причастно ООО «Моби Сервис». Между ООО «Моби Сервис» и ООО «Нано-Финанс» заключен договор оказания услуг от 20.06.2013 № 571 (далее – договор № 571).

Предметом договора № 571 является оказание ООО «Моби Сервис» (Исполнитель) по заданию ООО «Нано-Финанс» (Заказчик) услуг по размещению рекламно-информационных материалов Заказчика (ООО «Нано-Финанс») в любой форме, в том числе в форме текстовых сообщений, распространяемых среди Абонентов, давших Исполнителю (ООО «Моби Сервис») или Заказчику (ООО «Нано-Финанс») свое согласие на получение рекламно-информационных материалов посредством сообщений (пункт 1.1 договора № 571).

В соответствии с пунктом 2.3.2 договора № 571 Исполнитель (ООО «Моби Сервис») вправе без согласования с Заказчиком (ООО «Нано-Финанс») по собственному усмотрению привлекать третьих лиц в целях исполнения обязательств по настоящему договору, оставаясь ответственным за их действия, как за свои собственные.

При этом конкретный перечень услуг, оказываемых Исполнителем (ООО «Моби Сервис») Заказчику (ООО «Нано-Финанс»), сроки и порядок их предоставления указывается в Дополнительных соглашениях к договору № 571 (пункты 1.2 и 2.1.1 договора № 571).

Согласно пунктам 1.2., 2 и 3 Дополнительного соглашения № 1 к договору № 571 Заказчик (ООО «Нано-Финанс»):

- направляет Исполнителю (ООО «Моби Сервис») по электронной почте заявку, в которой указывается объем пакета текстовых SMS-сообщений, подлежащих распространению (пункт 1.2 Дополнительного соглашения № 1 к договору № 571);

- сообщает Исполнителю (ООО «Моби Сервис») по электронной почте текст для текстового SMS-сообщения длиной 11 символов для оказания в качестве имени отправителя (пункт 2 Дополнительного соглашения № 1 к договору № 571);

- передает Исполнителю (ООО «Моби Сервис») текст длиной до 70 символов для включения его в сообщения информационной рассылки для абонентов базы исполнителя (пункт 2 Дополнительного соглашения № 1 к договору № 571).

В качестве подтверждения оказанных ООО «Моби Сервис» услуг по рассылке смс-сообщений в период с 09.12.2013 по 15.12.2013 ООО «Нано-Финанс» представило акт от 24.12.2013 № 3211. ООО «Моби Сервис» была произведена оплата за оказанные ООО «Нано-Финанс» услуги платежным поручением от 12.12.2013 № 18302.

Позиция ООО «Моби Сервис», изложенная в письме от 31.03.2014 вх. № 652эл, представленном в рамках рассмотрения дела № 04-6/2-10-2014, заключается в том, что распространение вышеуказанной рекламы осуществило не ООО «Моби Сервис», а ООО «Новак» в рамках договора от 01.01.2013 № 243, заключенного между ООО «Моби Сервис» и ООО «Новак» (далее – договор № 243). При этом ООО «Моби Сервис» в своей письменной позиции указывает, что оно только предоставило ООО «Новак» техническую возможность для формирования и отправки смс-сообщений, и именно ООО «Новак» определяло содержание смс-сообщений, а также получателей (абонентов). Однако данная письменная позиция ООО «Моби Сервис» о том, что распространение рекламы финансовых услуг ООО «Нано-Финанс» осуществляло именно ООО «Новак», а ООО «Моби Сервис» только предоставило ООО «Новак» техническую возможность для формирования и отправки смс-сообщений не подтверждена документально ни ООО «Нано-Финанс», ни ООО «Моби Сервис» (на рассмотрение дела не представлены копии актов выполненных именно ООО «Новак» работ по отправке смс-сообщений, отсутствуют копии платежных документов, бумажная и электронная переписка между ООО «Новак» и ООО «Моби Сервис» и иные доказательства отправки вышеназванного смс-сообщения именно ООО «Новак»).

В рамках настоящего дела ООО «Моби Сервис» письмом от 04.08.2014 № 663 сообщило, что вышеуказанное сообщение было отправлено ООО «Новак» в рамках договора № 0107 от 01.07.2013.

Комиссия Тверского УФАС России на основании материалов дела приходит к выводу о том, что распространителями 24.11.2013 в 17:16 на выделенный ООО «МаТИК. Яковлев и партнеры» телефонный номер <...> <...> смс-сообщения с рекламой следующего содержания: *«Нужны ДЕНЬГИ? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 8<...>», отправитель - +7<...>*, являются ООО «Крафт Телеком» и ООО «Новак» (распространение смс – сообщения с использованием sms-центра ОАО «СМАРТС» подтверждено); они осуществляли действия по доведению смс-сообщения до заявителя, следовательно, их действия отвечают понятию

«рекламораспространитель».

Действия ООО «Крафт Телеком» и ООО «Новак» по распространению 24.11.2013 в 17:16 на телефонный номер <...> <...> ООО «MaTIK. Яковлев и партнеры» без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «*«Нужны ДЕНЬГИ? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 8<...>»*, отправитель - +7<...>, 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: «*Нужны ДЕНЬГИ? Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 8<...>»*, распространенную 24.11.2013 в 17:16 на телефонный номер <...> <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента; действия ООО «Крафт Телеком» и ООО «Новак» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Крафт Телеком» и ООО «Новак» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

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

Н.В. Баринов