

## РЕШЕНИЕ

### ПО ДЕЛУ № 04-6/2-48-2013

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:

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

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

в присутствии представителя ОАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ОАО «ВымпелКом»): <...> (по доверенности от 04.12.2013),

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») и ООО «Автотранс»,

рассмотрев дело № 04-6/2-48-2013 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

### УСТАНОВИЛА:

Дело № 04-6/2-48-2013 возбуждено по заявлению <...> (далее также Заявитель) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 29.07.2013 в 15.46:55 на телефонный номер <...> без предварительного согласия Заявителя рекламы следующего содержания: *«Займы на выгодных условиях! Просто позвони и получи деньги»*, <...>, отправитель BANK.

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; рекламодатель - 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 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 о рекламе, 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 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 ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «ЕСТ», и такой вывод позволяет сделать наличие цепи договорных отношений между оператором – ОАО «ВымпелКом», ретранслятором – ООО «Лоджик Телеком» и ООО «ЕСТ», что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламодателей.

Телефонный номер абонента <...> принадлежит к номерной емкости оператора связи - ОАО «ВымпелКом». Как следует из письма ОАО «ВымпелКом» от 06.09.2013 № 00647/13-ИЦР-ТВР, спорное смс-сообщение было направлено на принадлежащий Заявителю телефонный номер ООО «Лоджик Телеком», который действовал в соответствии с заключенным между ОАО «ВымпелКом» и ООО «Лоджик Телеком» договором на оказание услуг связи Билайн от 01.01.2012 <...> (далее – Договор № 429838908), а также дополнительным соглашением к нему от 01.01.2012 <...> (далее – Соглашение). При этом ОАО «ВымпелКом» полагает, что являясь оператором связи, лишь обеспечивает техническую возможность обмена (приема - отправки) смс-сообщений между абонентом и пользователем и предоставляет услугу «Корпоративные SMS-сервисы», т.е. возможность самостоятельно отправлять смс-сообщения на телефоны своих клиентов, партнеров. ОАО «ВымпелКом» также указало, что ему не было известно о содержании смс-сообщения, поступившего на абонентский номер <...> Заявителя, поскольку оно было отправлено третьим лицом - ООО «Лоджик Телеком», который и является рекламодателем.

Анализ Договора <...> и Соглашения свидетельствуют о следующем.

Предметом Договора <...> и Соглашения является оказание Оператором (ОАО «ВымпелКом») Абоненту (ООО «Лоджик Телеком») услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (смс-сообщений) от Абонента к Пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи регионов, к числу которых отнесена и Тверская область) (пункт 1.2 Соглашения).

Абонент (ООО «Лоджик Телеком») обязуется осуществлять отправку смс-сообщений Пользователю, только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально (пункт 4.18 Соглашения). При этом Абонент (ООО «Лоджик Телеком») обязуется не использовать выделенное подключение к оборудованию Оператора с целью организации спама (пункт 4.11 Соглашения), под которым понимаются смс-сообщения, отправленные Абонентом (ООО «Лоджик Телеком»), и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные Пользователю без его предварительного согласия или не позволяющие определить отправителя этого SMS-сообщения. в том числе содержащие несуществующий или фальсифицированный адрес отправителя (пункт 1.13 Соглашения).

Таким образом, ОАО «ВымпелКомм» и ООО «Лоджик Телеком» совершали действия по передаче смс-сообщения на номер заявителя и их действия отвечают понятию «рекламораспространитель» (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

В этой связи доводы о том, что ОАО «ВымпелКомм» лишь обеспечивает техническую возможность отправки смс-сообщений между Абонентом (ООО «Лоджик Телеком») и пользователем, а, следовательно, не является рекламораспространителем, не состоятельны.

Из представленной ООО «Лоджик Телеком» информации от 17.09.2013 <...> следует, что отправителем вышеназванного смс-сообщения явился контрагент под учетным номером 27373 - 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») не просто 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, а 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 «Лоджик Телеком» и ООО «ЕСТ» совершали действия по распространению смс-сообщения на номер заявителя и их действия отвечают понятию «рекламораспространитель» (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

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

Кроме того, в соответствии с вышеуказанными договорами и контрактами, заключенными последовательно между ОАО «ВымпелКомм», ООО «Лоджик Телеком» и ООО «ЕСТ», все указанные юридические лица предусмотрели, что в случае фиксации рассылки Спاما, каждый имеет право повлиять на поведение нарушающего условия договоров контрагента путем ограничения возможности отправки смс-сообщений и приостановления действия договора (пункты 4.22 и 4.21 Соглашения между ОАО «ВымпелКомм» и ООО «Лоджик Телеком»), блокирования доступа к услугам (пункт 5.5 Контракта между ООО «Лоджик Телеком» и ООО «ЕСТ»), либо приостановления оказания услуг (пункт 7.5 договора между ООО «ЕСТ» и ООО «Автотранс»).

ООО «ЕСТ» письмом от 24.10.2013 сообщило, что между ООО «ЕСТ» и ООО «Автотранс» заключен договор об оказании смс-услуг от 01.01.2013 <...> (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 21.01.2014 б/н ООО «ЕСТ» представило Соглашение о расторжении Договора <...> с 06.01.2013 и заключении Договора № 34 на оказание услуг от 06.01.2013 (далее – Договор <...>).

Согласно договору <...> 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 12.3), 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 <...>, так и Договор <...> 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, не состоятельны.

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 <...> ООО «ЕСТ», не отрицая сам факт распространения вышеуказанной рекламы, лишь ходатайствовало о приобщении к материалам дела договора <...> от 06.01.2013 с ООО «Автотранс», не представив никаких доказательств причастности ООО «Автотранс» к распространению вышеназванной рекламы. Кроме того, Управление считает необходимым учесть различие в содержании направленных в адрес Управления договоров с ООО «Автотранс», а также одинаковые юридические адрес ООО «Автотранс» и почтовый адрес ООО «ЕСТ».

Учитывая вышеизложенное Комиссия считает необходимым выделить в отдельное производство дело в отношении ООО «Автотранс» по признакам нарушения законодательства о рекламе.

В связи с отсутствием согласия Заявителя на получение рекламы финансовых услуг, при распространении на телефон Заявителя 29.07.2013 в 15:46:55 рекламы следующего содержания: «*Займы на выгодных условиях! Просто позвони и получи деньги*» <...> 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 рекламораспространитель.

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 ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «Лоджик Телеком» и ООО «ЕСТ» по распространению 29.07.2013 в 15:46:55 на телефонный номер Е. <...> без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: *«Займы на выгодных условиях! Просто позвони и получи деньги»* <...>, 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 Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

#### **РЕШИЛА:**

1. Признать рекламу следующего содержания: *«Займы на выгодных условиях! Просто позвони и получи деньги»* <...>, распространенную 29.07.2013 в 15:46:55 на телефонный номер <...> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «Лоджик Телеком» и ООО «Единая Служба Такси» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «Лоджик Телеком» и ООО «Единая Служба Такси» 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 № 04-6/2-48-2013 в отдельное производство дело в отношении ООО «Автотранс».

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

Посохова

Члены Комиссии

Е.И. Манюгина,

М.Ю. Шуклина

**ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-48-2013**  
**О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**  
**РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ**

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии: Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

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

на основании решения от 16.01.2014 по делу № 04-6/2-48-2013 и в соответствии со статьей 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

**ПРЕДПИСЫВАЕТ:**

1. ОАО «Вымпел-Коммуникации» (127083, Москва, <...>), ООО «Лоджик Телеком» (124498, г. Москва, <...>); ООО «Единая Служба Такси» (248029, г. Калуга, <...>) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Займы на выгодных условиях! Просто позвони и получи деньги*» <...>» 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», **а именно, прекратить распространение рекламных смс-сообщений вышеуказанного содержания без предварительного согласия абонента.**
2. ОАО «Вымпел-Коммуникации» (127083, Москва, <...>), ООО «Лоджик Телеком» (124498, г. Москва, <...>); ООО «Единая Служба Такси» (248029, г. Калуга, <...>) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1.1 настоящего предписания **в срок до 10.03.2014.**

*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

Е.И. Манюгина, М.Ю. Шуклина