

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-30-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 20 апреля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 06 мая 2015 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,

Балан А.Э. – специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-30-2015, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 21.04.2014 в 11:30 на выделенный <***> телефонный номер <***> без предварительного согласия абонента посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Оплачивайте кредиты 180 банков в QIWI Терминалах: Оплата услуг – услуги Банков. Нужны деньги? Звоните сейчас 88005557245. Срочно и без справок. ООО «Домашние деньги». Звонок бесплатный.*», отправитель – <***>, смс-центр - <***>»,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей ООО «Инкор Девелопмент»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее также заявитель) о распространении 21.04.2014 в 11:30 на выделенный заявителю телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «*Оплачивайте кредиты 180 банков в QIWI Терминалах: Оплата услуг – услуги Банков. Нужны деньги? Звоните сейчас 88005557245. Срочно и без справок. ООО «Домашние деньги». Звонок бесплатный.*», отправитель – <***>, смс-центр - <***>».

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 финансовые 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 заявителя <***> относится к ресурсу нумерации ОАО «Мегафон», согласно информации которого (письмо от 30.04.2015 № 5/1-18-ОГ-исх.102) вышеуказанное смс-сообщение было отправлено 21.04.2014 в 11:30 с номера <***>, входящего в ресурс нумерации оператора связи ЗАО «Волгоград GSM».

Согласно информации ЗАО «Волгоград-GSM» (письмо от 05.05.2014 № 4юр-335) телефонный номер <***>, с которого осуществлялась отправка смс-сообщения 21.04.2014, принадлежит абоненту ООО «А1 Системс», с которым заключен договор на предоставление услуг подвижной радиотелефонной связи от 01.12.2012 № 2779785 и дополнительное соглашение к договору от 01.12.2012 № 1 (далее – договор № 2779785).

В рамках договора № 2779785 Исполнитель (ЗАО «Волгоград-GSM») оказывает

Заказчику (ООО «А1 Системс») услугу «SMS-контакт», которая заключается в передаче от Абонента (ООО «А1 Системс») к Конечному получателю короткого текстового сообщения (SMS) информационного характера (п. 1.1 дополнительного соглашения).

Согласно информации ООО «А1 Системс» (письмо от 04.08.2014 вх. № 3797) номера <***>/<***> были выделены контрагенту ООО «Инкор Девелопмент» на основании договора от 01.04.2011 № 485-syst1 (далее – договор № 485-syst1), согласно пункту 4.1 которого контрагенту ООО «Инкор Девелопмент» была предоставлена техническая возможность подключения последнего к SMSC Исполнителя (ООО «А1 Системс»).

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (ООО «А1 Системс») обязуется предоставить Заказчику (ООО «Инкор Девелопмент») доступ для отправки SMS-сообщений к смс-центру Исполнителя (SMSC) посредством технических и программных средств Исполнителя абонентам Операторов. Фактом оказания услуг является доставка смс-сообщений, сформированных и отправленных Заказчиком от SME Заказчика к серверу SMS-услуг Операторов, для дальнейшей передачи Абоненту (пункт 2.1.1 договора № 485-syst1). При этом под SME Заказчика в договоре понимается внешнее аппаратно-программное приложение Заказчика, взаимодействующее с SMSC (центр передачи SMS-сообщений) по протоколу SMPP и обеспечивающее прием, обработку и отправку SMS-сообщений Абоненту (преамбула договора).

Согласно условиям договора № 485-syst1 на Заказчика (ООО «Инкор Девелопмент») возложены следующие обязательства: обязуется не использовать SMSC и SME для передачи СПАМа. Заказчик рассылает SMS-сообщения (MT) только Абонентам, которые дали согласие на получение SMS-сообщений (пункт 3.1.3); ответственность за содержание исходящих SMS-сообщений возложено на ООО «Инкор Девелопмент» (пункт 4.3); рассылает SMS-сообщения, только желаемые к получению адресатом. SMS-сообщения, которые адресат не изъявил желания получать признаются СПАМом (пункт 4.4). В соответствии с пунктом 7.2 договора № 485-syst1 всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение SMS-сообщений и их содержание, в полном объеме несет Заказчик.

В своих пояснениях ООО «А1 Системс» указало, что номера <***>/<***> были выделены контрагенту ООО «Инкор Девелопмент» по договору № 485-syst1.

Кроме того, ООО «А1 Системс» было представлено заключение по результатам служебной проверки, в рамках которого было установлено, что в качестве средства передачи СМС-сообщений от ООО «Инкор Девелопмент» на конечные мобильные терминалы абонентов через сигнальную сеть СМС-центра ЗАО «Волгоград-GSM», использовался именно СМС-центр с номером <***>/<***>.

ООО «Инкор Девелопмент», будучи надлежаще уведомленным о дате, времени и месте рассмотрения дела, затребованные от него пояснения и документы не представило, позицию по факту распространения рекламы не выразило.

Учитывая отсутствие согласия <***> на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 21.04.2014 в 11:30 на выделенный заявителю телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: *«Оплачивайте кредиты 180 банков в QIWI Терминалах: Оплата услуг – услуги Банков. Нужны деньги? Звоните сейчас*

88005557245. Срочно и без справок. ООО «Домашние деньги». Звонок бесплатный.», 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 рекламодатель.

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

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ООО «Инкор Девелопмент», основанием для такого вывода являются сведения ООО «А1 Системс», включающие в себя заключение по результатам служебной проверки, установившей, что все сообщения в рассылках ООО «Инкор Девелопмент» приходили на СМС-шлюз ООО «А1 Системс» с использованием данных авторизации и аутентификации ООО «Инкор Девелопмент», при этом данные авторизации и аутентификации ООО «Инкор Девелопмент» были неоднократно использованы для входа в личный кабинет ООО «Инкор Девелопмент», что доказывает использование СМС-шлюза ООО «А1 Системс» исключительно ООО «Инкор Девелопмент», а также условия договора с ООО «А1 Системс», согласно которому именно ООО «Инкор Девелопмент» прямо и непосредственно причастно к распространению смс-сообщения на телефонный номер заявителя <***>, а его действия квалифицировать как действия рекламодателя.

Действия ООО «Инкор Девелопмент» по распространению 21.04.2014 в 11:30 на выделенный <***> телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Оплачивайте кредиты 180 банков в QIWI Терминалах: Оплата услуг – услуги Банков. Нужны деньги? Звоните сейчас 88005557245. Срочно и без справок. ООО «Домашние деньги». Звонок бесплатный.», нарушают требования части 1 статьи 18 Закона.

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: «Оплачивайте кредиты 180 банков в QIWI Терминалах: Оплата услуг – услуги Банков. Нужны деньги? Звоните сейчас 88005557245. Срочно и без справок. ООО «Домашние деньги». Звонок бесплатный.», распространенную 21.04.2014 в 11:30 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента

ненадлежащей, действия ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ОГРН 1123668014040, ИНН 3666177670) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ОГРН 1123668014040, ИНН 3666177670) и ООО «А1 Системс» (123557, г. Москва, Большой Тишинский переулок, д. 43/20, стр. 2, ОГРН 5087746337091, ИНН 7703678459), как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения 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 стоматологических услуг посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Направить копию настоящего решения ООО «А1 Системс» (123557, г. Москва, Большой Тишинский переулок, д. 43/20, стр. 2).

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, А.Э. Балан

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-30-2015

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

06 мая 2015 г.

г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – 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,

Балан А.Э. – специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

на основании решения от 06.05.2015 по делу № 04-6/2-30-2015 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 «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ОГРН 1123668014040, ИНН 3666177670) и ООО «А1 Системс» (123557, г. Москва, Большой Тишинский переулок, д. 43/20, стр. 2, ОГРН 5087746337091, ИНН 7703678459) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Оплачивайте кредиты 180 банков в QIWI Терминалах: Оплата услуг – услуги Банков. Нужны деньги? Звоните сейчас 88005557245. Срочно и без справок. ООО «Домашние деньги». Звонок бесплатный.*» на телефонный номер <***> **без предварительного согласия абонента – <***>**, 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. ООО «Инкор Девелопмент» (394030, г. Воронеж, ул. Студенческая, д. 33, ОГРН 1123668014040, ИНН 3666177670) и ООО «А1 Системс» (123557, г. Москва, Большой Тишинский переулок, д. 43/20, стр. 2, ОГРН 5087746337091, ИНН 7703678459) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 10.06.2015 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, А.Э. Балан