

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-34-2013

Резолютивная часть решения оглашена 27 сентября 2013 г.

Решение изготовлено в полном объеме 11 октября 2013 г.

г. Тверь

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;

рассмотрев дело № 04-6/2-34-2013 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 16.01.2013 в 10 часов 49 минут на телефонный номер К. без предварительного его согласия рекламы «Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8800***»,

в отсутствие надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела представителей ООО «СМАРТС», ЗАО «Астрахань-GSM», ООО «Крафт Телеком», ООО «ГрандТелеком», ООО «Моби Сервис», ООО «ИНФОРМАТОР», ИП Е., К., ООО «Нано-Финанс», ОАО «Мобильные ТелеСистемы»,

УСТАНОВИЛА:

В Тверское УФАС России из Рязанского УФАС России поступило заявление К. (далее также заявитель) о распространении 16.01.2013 в 10 часов 49 минут на телефонный номер заявителя 8-910-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8800***».

Рязанское УФАС России в порядке пункта 3.20.1 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного приказом ФАС России от 28.12.2007 № 453, направило в адрес Тверского УФАС России заявление владельца номера 8-910-*** оператора сотовой связи ОАО «Мобильные ТелеСистемы», а также дополнительно полученные Рязанским УФАС России в ходе предварительного рассмотрения заявления документы.

Как следует из представленных Рязанским УФАС России документов и сведений, к распространению вышеуказанного смс-сообщения на номер заявителя имеет непосредственное отношение индивидуальный предприниматель Е. (далее - ИП Е.), с которым ООО «Нано-Финанс» заключен договор возмездного оказания услуг от 01.11.2012 № 15. При этом ИП Е. зарегистрирован в Тверской области, что и обусловило необходимость направления всех материалов для рассмотрения в Тверское УФАС России.

В своем заявлении К. сообщил, что согласия на получение рекламных сообщений от ООО «Нано-Финанс» не давал.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ (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 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.

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 персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются 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.

На рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Как указано выше, при обращении в Тверское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его разрешения на получение рекламных сообщений от ООО «Нано-Финанс».

ООО «Нано-Финанс» в письме от 28.02.2013 № 33 сообщило, что рекламодателем рекламы следующего содержания: «Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8800***» является ИП Е., с которым был заключен договор возмездного оказания услуг от 01.11.2012.

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».

Учитывая отсутствие разрешения заявителя и его согласия на получение рекламы услуг ООО «Нано-Финанс», при распространении 16.01.2013 в 10 часов 49 минут на телефонный номер заявителя 8-910-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8800***», 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 этом Закон содержит понятие рекламодателя и не ограничивает количество таких рекламодателей (постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.02.2011 по делу № А40-***).

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В соответствии с пунктами 1 и 2 статьи 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи. Правила оказания услуг связи утверждаются Правительством Российской Федерации. Правилами оказания услуг связи регламентируются взаимоотношения пользователей услугами связи и операторов связи при заключении и исполнении договора об оказании услуг связи, а также порядок и основания приостановления оказания услуг связи по договору и расторжения такого договора, особенности оказания услуг связи, права и обязанности операторов связи и пользователей услугами связи, форма и порядок расчетов за оказанные услуги связи, порядок предъявления и рассмотрения жалоб, претензий пользователей услугами связи, ответственность сторон.

В соответствии с абзацем 2 пункта 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услугами связи услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами,

техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи.

Оператором сотовой связи номера телефона 8-910-***, принадлежащего заявителю, является ОАО «Мобильные ТелеСистемы» (далее – ОАО «МТС»).

В соответствии с детализацией состоявшихся разговоров за 16.01.2013, представленной заявителем, смс-сообщение следующего содержания: «Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8800***» поступило с телефонного номера +7902***.

Из представленных пояснений ОАО «Мобильные ТелеСистемы» от 06.05.2013 следует, что смс-сообщение поступило с телефонного номера +7902***, не относящегося к номерной емкости ОАО «МТС». Указанный номер относится к номерной емкости ОАО «СМАРТС».

Решением Федерального Агентства Связи об изменении нумерации единой сети электросвязи Российской Федерации от 28.08.2008 № 23962 ресурс нумерации 3700000-3799999 выделен ОАО «СМАРТС».

Полученные из Рязанского УФАС России и дополнительно полученные Тверским УФАС России документы свидетельствуют о следующем.

Из представленной ОАО «СМАРТС» информации от 08.05.2013 № 1-1283 следует, что указанный номер закреплен за СМС-центром ЗАО «Астрахань-GSM». Из ответа ЗАО «Астрахань-GSM» от 15.05.2013 № 01/938 следует, что ЗАО «Астрахань-GSM» в целях распространения смс-рекламы заключает договоры с юридическими лицами по пропуску SMS трафика.

Между ЗАО «Астрахань-GSM» (Оператор) и ООО «Крафт Телеком» (Абонент) заключен договор от 01.04.2012 № 06-02-***, согласно пунктам 2.1, 3.1.2 и 3.1.4 которого Абонент передает Оператору, а Оператор обеспечивает отправку смс-сообщений, поступивших от Абонента.

Согласно пояснениям ООО «Крафт Телеком» от 22.05.2013 отправка смс-сообщения была осуществлена исключительно в рамках заключенного договора от 01.08.2011 № 01/08 с ООО «Моби Сервис».

Согласно пунктам 1.1 и 1.2 договора и Приложению № 1 к договору, заключенного между ООО «Крафт Телеком» (Исполнитель) и ООО «Моби Сервис» (Заказчик), Исполнитель предоставляет Заказчику услуги по рассылке смс-сообщений через Интерфейс (технические средства Исполнителя, предоставляющие возможность формировать и передавать Абонентам короткие текстовые сообщения (sms-сообщения)).

В свою очередь, ООО «Моби Сервис» предоставило техническую возможность для формирования и отправления смс-сообщений ЗАО «Гранд Телеком» в целях исполнения договора от 01.03.2012 № 51.

Между ООО «Моби Сервис» (Исполнитель) и ЗАО «Гранд Телеком» (Заказчик) заключен договор от 01.03.2012 № 51, согласно которому Исполнитель оказывает Заказчику услуги по отправке смс-сообщений в порядке и на условиях, предусмотренных договором, Приложениями и дополнительными соглашениями к нему, а Заказчик оплачивает оказанные услуги исходя из объема доставленных смс-сообщений.

18.09.2013 ЗАО «Гранд Телеком» (Исполнитель) заключило договор оказания услуг № 000*** с ООО «ИНФОРМАТОР» (Заказчик), согласно которому Заказчик формирует смс-сообщения, а Исполнитель за вознаграждение оказывает услуги по отправке смс-сообщений.

По сообщению ООО «ИНФОРМАТОР» (письмо от 05.08.2013), отправка смс-сообщения на телефонный номер К. была инициирована ИП Е., что подтверждается договором от 01.10.2012 № 23378/***. Согласно пунктам 5.4, 5.5, 5.6 и 5.7 вышеуказанного договора Заказчик (ИП Е.) получает доступ к Системе, формирует смс-сообщения и передает их Исполнителю (ООО «ИНФОРМАТОР»), а Исполнитель отправляет смс-сообщения Абонентам.

Согласно условиям договора возмездного оказания услуг от 01.11.2012 № 15, заключенного между ООО «Нано-Финанс» и ИП Е., исполнитель (ИП Е.) обязуется оказать услуги по распространению сообщений по сетям электросвязи.

Вышеуказанное свидетельствует о том, что фактическое (или физическое) доведение смс-сообщений до абонента, в данном случае, заявителя, о рекламе услуг ООО «Нано-Финанс» осуществлялось цепочкой рекламодателей – ЗАО Астрахань-GSM», ООО «Крафт Телеком», ООО «Моби Сервис», ЗАО «Гранд Телеком», ООО «ИНФОРМАТОР» и ИП Е.

Принимая во внимание совокупность действий всех лиц, участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя, Комиссия считает действия ЗАО Астрахань-GSM», ООО «Крафт Телеком», ООО «Моби Сервис», ЗАО «Гранд Телеком», ООО «ИНФОРМАТОР» и ИП Е. по распространению смс-сообщения на телефонный номер заявителя по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без его предварительного согласия, нарушающими часть 1 статьи 18 Закона.

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 действия ЗАО Астрахань-GSM», ООО «Крафт Телеком», ООО «Моби Сервис», ЗАО «Гранд Телеком», ООО

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