

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-07-2013

Резолютивная часть решения по делу оглашена 21 октября 2013 г.

Решение изготовлено в полном объеме 05 ноября 2013 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;

Иванова Ю.Б., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

в присутствии представителя ОАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ОАО «ВымпелКом»): <...> (по доверенности от 11.09.2012)),

в отсутствие надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела <...>, а также представителей ООО «Интис СМС», ЗАО «ГрандТелеком», ООО «СМС Трафик», ООО «Нано-Финанс», ООО «ЭЦК», <...>.

рассмотрев дело № 04-6/2-7-2013, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 22.01.2013 в 12.21. посредством смс-сообщения на принадлежащий Назаренко Д.Ф. телефонный номер <...> -903-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «*Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8 800 ****»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России 29.03.2013 по заявлению <...> по факту распространения 22.01.2013 в 12.21. на принадлежащий ему телефонный номер <...> -903-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «*Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8 800 ****»,

Определением о возбуждении дела к участию в деле в качестве лиц, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе,

привлечены <...>, ООО «Лоджик Телеком» и ОАО «ВымпелКом».

Определением от 29.04.2013 по настоящему делу к участию в деле в качестве лица, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, в дополнение к ранее привлеченным лицам, привлечено ООО «СМС Трафик», что обусловлено информацией Тверского филиала ОАО «ВымпелКом» от 22.04.2013, о том, что смс-сообщение с вышеуказанной рекламой направлено с номера, закрепленного за ООО «СМС Трафик».

Определением от 24.06.2013 по настоящему делу к участию в деле в качестве лиц, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, в дополнение к ранее привлеченным лицам, привлечены: ООО «ЭЦК», ООО «Интис СМС» и ЗАО «ГрандТелеком», что было обусловлено информацией ООО «СМС Трафик» о том, что смс-сообщение было отправлено на номер заявителя другим лицом - ООО «Интис СМС», с приложением копии договора об оказании услуг по передаче sms-трафика от 07.03.2012, заключенного между ООО «СМС Трафик» и ООО «ЭЦК», а также копии договоров: от 01.03.2012 между ООО «ЭЦК» и ООО «Интис СМС»; от 01.09.2012 между ООО «Интис СМС» и ЗАО «ГрандТелеком». Одновременно прекращено дело в отношении ООО «Лоджик Телеком» в связи с тем, что Комиссия пришла к выводу об отсутствии в его действиях признаков нарушения рекламного законодательства.

Определением от 23.08.2013 по настоящему делу к участию в деле в качестве лица, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, к участию в деле в дополнение к ранее привлеченным лицам привлечено ООО «ИНФОРМАТОР».

Согласно представленной ОАО «ВымпелКом» информации (письмо от 14.02.2013): <...> является абонентом ОАО «ВымпелКом» по договору об оказании услуг связи Билайн № от 12.01.2002.

Согласно представленной ООО «ИНФОРМАТОР» информации от 31.07.2013, отправка вышеуказанного смс-сообщения была инициирована его заказчиком и пользователем системы <...> на основании договора от 01.10.2012.

ООО «Нано-Финанс» в письме от 10.07.2013 представило информацию о том, что с целью распространения рекламы оказываемых им услуг на территории Тверской области ООО «Нано-Финанс» заключен договор возмездного оказания услуг от 01.11.2012 с <...>, который и является рекламораспространителем.

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 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.

То, что смс-сообщение в адрес Заявителя не носит персонифицированный характер, следует из содержания смс-сообщения; кроме того, смс-сообщения аналогичного содержания распространялись в массовом порядке, о чем свидетельствуют обращения других абонентов с жалобами на получение аналогичной рекламы (дела №№ 04-6/2-3-2013, 04-6/2-18-2013, заявитель <...>), а также поступившая из нескольких территориальных Управлений Федеральной антимонопольной службы информация с запросом о распространении как аналогичной, так и несущественно отличающейся по своему содержанию рекламы услуг ООО «Нано-Финанс» посредством смс-сообщений; в частности, такие запросы поступали из Воронежского УФАС России, Рязанского УФАС России, Ярославского УФАС России, Астраханского УФАС России, Тамбовского УФАС России, в том числе с информацией о причастности к такому распространению <...>.

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 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, на рекламодателей возложена обязанность доказывать то, что такое согласие было дано.

<...> в заявлении указал на то, что не подписывался ни на какие рекламные рассылки и никогда ни в каком виде не давал своего согласия на получение рекламы услуг ООО «Нано-Финанс».

При рассмотрении дела представитель ОАО «ВымпелКом» не отрицал факт поступления спорной рекламы на телефон <...>, а также не предоставил, равно как и другие привлеченные к участию в деле в качестве лиц, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, документального подтверждения согласия <...> на получение рекламы оказываемых ООО «Нано-Финанс» услуг.

<...> пояснений по существу дела, а также документального подтверждения наличия согласия абонента на получение как рекламы оказываемых ООО «Нано-Финанс», так и любой иной рекламы посредством смс-рассылки не представил.

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 по получению рекламы услуг ООО «Нано-Финанс», при распространении на телефон Заявителя 22.01.2013 в 12.21. рекламы следующего содержания: «*Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8 800 ****», 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 № 09АП-33644/2010-АК по делу № А40-109462/10-94-618).

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что ими являются: ОАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «ЭЦК», ООО «Интис СМС», ЗАО «Гранд Телеком», ООО «ИНФОРМАТОР» и ИП Ерохин А.М.; такой вывод позволяет сделать наличие цепи договорных отношений между оператором связи – ОАО «ВымпелКом», ретрансляторами – ООО «СМС Трафик», ООО «ЭЦК», ООО «Интис СМС», ЗАО «Гранд Телеком», ООО «ИНФОРМАТОР», а также непосредственным отправителем смс-сообщения - <...>, что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламодателей.

Согласно пояснениям ОАО «ВымпелКом» Общество является оператором связи и предоставляет телекоммуникационные услуги, в том числе услугу «Корпоративные SMS-сервисы» - то есть, возможность для организации самостоятельно отправлять SMS со своей компьютерной сети на телефоны своих клиентов, партнеров. Использование WEB-интерфейса «Бизнес SMS» позволяет производить рассылку рекламных SMS клиентам через интернет; управлять списками номеров адресатов (в том числе производить загрузку/выгрузку списков номеров из файлов); создавать расписание отправки сообщений; использовать произвольную буквенную подпись при отправке сообщений. По мнению ОАО «ВымпелКом», оно лишь обеспечивает техническую возможность обмена (приема отправки) SMS-сообщений между абонентом и пользователем; Обществу не было известно о содержании SMS-сообщения, поступившего на абонентский номер Заявителя, поскольку оно было отправлено третьим лицом.

Также ОАО «ВымпелКом» пояснило, что 12.01.2009 между ним и ООО «СМС Трафик» заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» (представлен в материалы дела). При этом ОАО «ВымпелКом» в материалы дела предоставлено заключенное между ООО «ВымпелКом» и ООО «СМС Трафик» дополнительное соглашение от 03.03.2011 к договору об оказании услуг связи «Билайн» от 03.03.2011 г. Предметом соглашения является оказание Абоненту (ООО «СМС Трафик») услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (SMS) от Абонента к

Пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи Оператора либо других операторов подвижной сети). В соответствии с пунктами 4.11 соглашения, Абонент обязался не использовать выделенное оборудование Оператора с целью организации спама. Пунктом 4.18 соглашения также предусмотрено, что Абонент обязуется осуществлять смс-сообщения только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально. ОАО «ВымпелКом» также полагает, что не является рекламодателем, то есть лицом, чьи действия были нарушены требованиями законодательства о рекламе. В указанном выше дополнительном соглашении дано следующее понятие «спама» - это смс-сообщения, отправленные Абонентом и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные Пользователю без его предварительного согласия или не позволяющие определить отправителя этого смс-сообщения, в том числе содержащее несуществующий или фальсифицированный адрес отправителя.

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.

Согласно типовому договору об оказании услуг связи «Билайн», регулиющему отношения между оператором и абонентом, его предметом является оказание оператором связи услуги связи «Билайн»; при этом **под услугой понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи; под услугой связи в рамках договора понимается услуги подвижной радиотелефонной связи** (доступ к сети связи оператора, **соединения по сети связи оператора**, соединения с абонентами и (или) пользователями сетей фиксированной телефонной связи сети связи общего пользования, возможности пользования услугами подвижной радиотелефонной связи при нахождении за

пределами территории, указанной в лицензии, **доступ к телематическим услугам связи и услугам связи по передаче данных**), телематические услуги связи (доступ к сети связи лицензиата, доступ к информационным системам информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе к сети Интернет, прием и передача телематических электронных сообщений), услуги сети передачи данных (доступ к сети связи лицензиата; соединения по сети передачи данных, доступ к услугам передачи данных, оказываемым другими операторами связи, сети передачи данных которых взаимодействуют с сетью связи лицензиата) в сети подвижной связи, дополнительные услуги, оказываемые оператором абонентам в соответствии с Правилами оказания соответствующего вида услуг и условиями выданных оператору лицензий. При этом в типовом договоре отмечено, что в нем применяются термины, определенные в Правилах оказания услуг подвижной связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации № 328 от 25.05.2005; в Правилах оказания услуг связи по передаче данных, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации № 32 от 23.01.2006; в Правилах оказания телематических услуг связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации № 575 от 10.09.2007.

Указанное свидетельствует о том, что фактическое (или физическое) доведение сведений до абонента - Заявителя об оказываемой ООО «Нано-Финанс» услуге могло осуществить и осуществляло ОАО «ВымпелКом».

Из совокупности предоставленных ООО «СМС Трафик» пояснений и документов следует.

Между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ООО «ЭЦК» (Заказчик) заключен договор на оказание услуг по передаче смс-трафика № 03/12 посредством программы Исполнителя от 07.03.2012. Согласно данному договору его предметом является предоставление Заказчику услуг, обеспечивающих техническую возможность Заказчика создавать и отправлять третьим лицам смс-сообщения; Исполнитель предоставляет оплаченные Заказчиком услуги по формированию и доставке смс-сообщений (пункты 1.1 и 1.6 договора, пункт 2 Правил предоставления услуг, прилагаемых к договору); Исполнитель предоставляет Заказчику доступ к Исполнительскому интерфейсу (Программа «платформа SMSTraffic») и обеспечивает пропуск через этот интерфейс трафика SMS-сообщений, формируемых Заказчиком и/или его корреспондентами (пункт 1.2 договора); при передаче информации, необходимой для отправки смс-сообщений от Заказчика третьим лицам, между Заказчиком и Исполнителем с использованием Платформы создается защищенный канал передачи данных в сети; создание канала для выполнения условий договора активизируется Программой, установленной у Заказчика (пункт 1.4 договора); Заказчик обязан получить от адресата (непосредственно или через Клиента Заказчика), на телефон которого планируется отправка смс-сообщения с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений (пункт 3.2.2 договора); Заказчик обязан не использовать подключение к оборудованию Исполнителя для организации спама (пункт 3.2.4 договора).

При этом в письмах от 31.05.2013 № 100-13 и от 19.08.2013 № 178-13 ООО «СМС Трафик» пояснило, что ООО «ЭЦК» входит в группу компаний ООО «СМС Трафик»; спорное смс-сообщение было отправлено компанией ООО «Интис СМС», которой был предоставлен канал для самостоятельной работы с отправкой смс-

сообщений. Согласно полученной Обществом информации от ООО «Интис СМС», последним был заключен договор на оказание услуг с ООО «Гранд Телеком», являющимся партнером ООО «Интис СМС».

Согласно заключенному между ООО «ЭЦК» (Исполнитель) и ООО «Интис СМС» (Заказчик) договору № 110/12 оказания услуг предоставления доступа к Системе и обработке данных от 01.03.2012 (указанный договор во многом дублирует положения договоров/ соглашений между ОАО «ВымпелКом» и ООО «СМС Трафик», ООО «СМС Трафик» и ООО «ЭЦК», в том числе в части терминов и определений) его предметом является оказание Исполнителем по заданию Заказчика услуг доступа к Системе (Система SMS Traffic – принадлежащий Исполнителю комплекс оборудования и программного обеспечения, который позволяет получать, обрабатывать и пропускать в форме различных типов Сообщений данные, поступающие от Абонента и адресуемые Заказчику, а также в обратном порядке – от Заказчика, адресуемые Абоненту), обеспечивающей обработку, отправку Сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и Абонентом (пункт 2.1. договора). Согласно пункту 6 Правил оказания услуг, прилагаемых к договору № 110/12 от 01.03.2012, Исполнитель (ООО «ЭЦК») предоставляет оплаченные Заказчиком Услуги доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование и доставку Сообщений. Передача информации (текст сообщения, телефон и др. информация) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет.

Согласно пояснениям ООО «Интис СМС» рассылка спорного смс-сообщения осуществлялась с аккаунта его партнера – ЗАО «Гранд Телеком», который, в свою очередь, сообщил, что рассылка в системе ЗАО «Гранд Телеком» осуществлялась от имени его клиента – ООО «ИНФОРМАТОР».

Согласно заключенному между ООО «Интис СМС» (Принципал) и ЗАО «Гранд Телеком» (Агент) агентскому договору № 00010116 на распространение услуг связи от 01.09.2012 предметом договора (пункт 1.1) является обязанность Агента от своего имени, но за счет Принципала и по его поручению совершить юридические и фактические действия по реализации услуг связи по передаче SMS-сообщений, включая услуги по регистрации, отправке SMS-сообщений (далее – Услуги). Согласно договору Агент обязуется: распространять Услуги по поручению Принципала (пункт 2.2.1); не отправлять с использованием Услуг Спам, нежелательные SMS-сообщения, SMS-сообщения рекламного характера без предварительного согласия абонента (пункт 2.2.7 договора).

ЗАО «Гранд Телеком», равно как и ООО «ИНФОРМАТОР» пояснений и документов не предоставили; однако ООО «Интис СМС» к своим пояснениям приложил договоры между ЗАО «Гранд Телеком» и ООО «ИНФОРМАТОР», а также объяснительную ООО «ИНФОРМАТОР».

Согласно заключенному между ЗАО «Гранд Телеком» (Исполнитель) и ООО «ИНФОРМАТОР» (Заказчик) договору оказания услуг № 0001103 от 18.09.2012 Исполнитель оказывает Заказчику Услугу – комплекс услуг по организации передачи SMS-сообщений, включая услуги по регистрации SMS-сообщений и обеспечению их отправки Абонентам через оператора связи. Согласно пункту 2 Правил предоставления услуг, прилагаемых к указанному договору, Исполнитель предоставляет доступ к программному приложению, обеспечивающему формирование и отправку SMS-сообщений, передача информации (текст SMS-

сообщения) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет. Согласно пункту 5 Правил Исполнитель обязуется отправлять SMS-сообщения строго в соответствии с ограничениями по времени, установленными Заказчиком. Заказчик обязуется не отправлять через Систему Спам, SMS-сообщения рекламного характера без предварительного согласия абонента.

Также приложена объяснительная ООО «ИНФОРМАТОР», согласно которой «переговорили с клиентом абонентский номер <...> и объяснили особенности ранее полученного от него согласия на подписку информационных SMS.

Как указано выше, данный телефонный номер закреплен за Заявителем, который указал на то, что согласия на получение рекламных сообщений не давал; никто из привлеченных к участию в деле лиц не представил в Тверское УФАС доказательств наличия у них предварительного согласия на получение Заявителем рекламы посредством смс-сообщений.

Согласно заключенному между ООО «ИНФОРМАТОР» (Исполнитель) и <...> договору № 23378/2012к на оказание услуг от 01.10.2012 его предметом является предоставление Заказчику по обеспечению доступа к Системе (Система – комплекс программных средств, позволяющих Заказчику регистрироваться и использовать Клиентский или Партнерский личный кабинет в целях получения и/или оказания Услуг), позволяющей формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS-сообщений (пункт 2); Исполнитель предоставляет Заказчику услуги доступа к системе, обеспечивающей формирование и доставку смс-сообщений; передача информации (SMS-сообщений) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет (пункт 5.4).

Вышеуказанное сообщение <...> отправлял на основании договора возмездного оказания услуг от 01.11.2012 (далее Договор), заключенного между ООО «Нано-Финанс» (Заказчик) и <...> (Исполнитель), согласно пунктам 1.1 и 1.2 которого Исполнитель обязался оказать услуги по распространению сообщение - рекламы ООО «Нано-Финанс» по сетям электросвязи; при этом Исполнитель предоставляет базу данных абонентов, а Заказчик предоставляет Исполнителю согласованный текст смс-сообщений, а также обязуется оплатить услуги по цене, согласованной сторонами Договора (п.3.2.1. Договора). Согласно подпункту 3.1.1 вышеуказанного договора Исполнитель обязался обеспечить распространение рекламы в порядке и на условиях, соответствующих требованиям законодательства Российской Федерации, при использовании базы данных абонентов, находящихся в его распоряжении.

Согласно позиции ООО «Нано-Финанс» данное Общество не являлось рекламодателем вышеуказанной рекламы, поскольку рекламодателем может являться <...> ООО «Нано-Финанс» списка лиц, давших согласие на распространение рекламы услуг ООО «Нано-Финанс», <...> не передавало. <...> согласно условиям Договора должен был отправлять смс-сообщения только тем абонентам, которые дали согласие на получение рекламы ООО «Нано-Финанс». Также ООО «Нано-Финанс» предоставило копии платежных документов, подтверждающих оплату услуг в адрес <...> за оказанные услуги.

Изложенное выше позволяет Комиссии сделать вывод о том, что ОАО «ВымпелКом» не просто фактически довело спорное смс-сообщение до Заявителя, но и

осуществило техническое обеспечение возможности ретрансляции смс-сообщений со стороны ООО «СМС Трафик», ООО «ЭЦК», ООО «Интис СМС», ЗАО «ГрандТелеком» и ООО «ИНФОРМАТОР», которые, в свою очередь, своими последовательными действиями обеспечили как техническими, так и программными средствами (посредством платформы) <...>. При этом заключенные между ОАО «ВымпелКом» и ООО «СМС Трафик», между ООО «СМС Трафик» и ООО «ЭЦК», между ООО «ЭЦК» и ООО «Интис СМС», между ООО «Интис СМС» и ЗАО «ГрандТелеком», между ЗАО «ГрандТелеком» и ООО «ИНФОРМАТОР», между ООО «ИНФОРМАТОР» и <...> контракты, соглашения, договоры свидетельствуют о том, что их предметом, в первую очередь, явилось обеспечение возможности рассылки смс-сообщений.

В этой связи доводы привлеченных к участию в деле в качестве лиц, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе» о том, что они не являются рекламодателями, Комиссия считает несостоятельными, поскольку их действия отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Закона в отношении рекламодателя – распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае - смс-сообщений.

При этом Комиссия по вопросу, касающемуся тайны сообщений, передаваемых по сетям электросвязи, считает необходимым отметить, что, в том числе с учетом положений пункта 7 статьи 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ, в данном случае, прежде всего, устанавливается требование о не передаче третьим лицам без согласия ее обладателя сведений о передаваемой информации. Данная норма – о тайне переписки, ни каким образом не исключает обязанности оператора сети обеспечить своего абонента получение только согласованной им рекламы. Вместо этого, вышеперечисленные лица своими последовательными действиями обеспечили <...> и технически, и программно возможностью, объективно, для массовой рассылки смс-сообщений, которая даже в определенных данными лицами соглашениях, договорах, контрактах подпадают под категорию спам-сообщений. При этом после заключения вышеуказанных договоров ОАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «ЭЦК», ООО «Интис СМС», ЗАО «ГрандТелеком», ООО «ИНФОРМАТОР» фактически самоустранились от необходимости соблюдения требований действующего рекламного законодательства. Положения в договорах, контрактах, соглашениях (данное положение последовательно переадресовано контрагенту - ООО «СМС Трафик», ООО «ЭЦК», ООО «Интис СМС», ЗАО «ГрандТелеком», ООО «ИНФОРМАТОР», <...>) об ответственности за рассылки несогласованных рекламных сообщений, во-первых, не исключает обязанности перечисленных лиц соблюдать рекламное законодательство, во-вторых, не отменяет ответственности за его соблюдение, так как является обеспечительной мерой в рамках гражданско-правовых отношений, а не административных.

Принимая во внимание совокупность действий всех лиц, участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя, Комиссия считает действия ОАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик», ООО «ЭЦК», ООО «Интис СМС», ЗАО «ГрандТелеком», ООО «ИНФОРМАТОР» и <...> по распространению 22.01.2013 в 12.21 на телефонный номер Заявителя 8-903-*** без его предварительного согласия посредством смс - сообщения рекламы следующего содержания: «Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8 800 *** »,

нарушающими часть 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 услуг ООО «Нано-Финанс» следующего содержания: «БИЛАЙН «Займы на любые цели! Звони! Займы ООО «Нано-Финанс» 8 800 ***», распространенную 22.01.2013 в 12.21 на телефонный номер <...> -903-*** посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, действия ОАО «Вымпел - Коммуникации», ООО «СМС Трафик», ООО «Интис СМС», ООО «ЭЦК», ЗАО «Гранд Телеком», ООО «ИНФОРМАТОР», <...> нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ОАО «Вымпел - Коммуникации», ООО «СМС Трафик», ООО «Интис СМС», ООО «ЭЦК», ЗАО «Гранд Телеком», ООО «ИНФОРМАТОР», <...> предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы услуг ООО «Нано-Финанс» 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.

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

Председатель Комиссии

В.М.Фомин

Члены Комиссии
Иванова

Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, Ю.Б.