

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-18-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 27 августа 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 07 сентября 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,

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

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

рассмотрев дело № 04-6/2-18-2015,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>., а также представителей АО «КИВИ» и КИВИ Банк (Акционерное общество),

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее – заявитель) по факту распространения 19.11.2014 в 13:51 на выделенный заявителю телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «*РАСПРОДАЖА года! BlackFriday с QIWI на qiwi.com/bfriday. Заходи!*», смс-центр – <***>.

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 о рекламе, **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 является стимулирующее мероприятие «BlackFriday с QIWI», проводимое в рамках стимулирования совершения платежей посредством предоставляемого КИВИ Банк (Акционерное общество) платежного сервиса «Visa QIWI Wallet».

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 рекламораспространителя.

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 рекламораспространителя. 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».

Телефонный номер заявителя <***> относится к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «ВымпелКом», согласно информации которого (письмо от 10.12.2014 № 01338/14- ИЦР-ТВР) смс - сообщение 19.11.2014 в 13:51 на телефонный номер <***> поступило с номера СМС - центра <***>, входящего в ресурс нумерации оператора связи ОАО «ВымпелКом». В результате проведенной ОАО «ВымпелКом» проверки было установлено следующее.

ОАО «ВымпелКом» предоставило ООО «Билайн Венчурс» в соответствии с договором об оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2014 № 08-14 (далее – договор № 08-14) и дополнительным соглашением к нему № 1 доступ к программно-аппаратному комплексу «Билайн» для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц в интересах клиентов.

В свою очередь, ООО «Билайн Венчурс» заключило договор об оказании услуг по распространению рекламно-информационных материалов с ЗАО «Ди-дэйт» от 01.10.2014 № 12-14 (далее – договор № 12-14) и предоставило последнему возможность распространения материалов ЗАО «Ди-дэйт» (заказчика) путем отправки коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера клиентов и/или партнеров ЗАО «Ди-дэйт», являющихся пользователями услуг ОАО «ВымпелКом» (пункт 2.1 договора № 12-14). Для оказания услуг в соответствии с пунктом 2.2 договора № 12-14 ЗАО «Ди-дэйт» был обеспечен доступ к WEB-интерфейсу услуг, уникальное имя отправителя, уникальный код идентификации заказчика (ЗАО «Ди-дэйт») в системах исполнителя (ООО «Билайн Венчурс»), персональные логин и пароль для подключения к WEB-интерфейсу (организации

удаленного доступа).

ЗАО «Ди-дэйт» (реорганизовано в ООО «Ди-дэйт» с 01.10.2014) заключило договор с ООО «СМС Трафик» от 01.10.2014 № 470/14, согласно пункту 2.1 которого ООО «СМС Трафик» была предоставлена возможность распространять материалы последнего путем отправки коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера клиентов и/или партнеров ООО «СМС Трафик» (далее – договор № 470/14). Условия договора № 470/14 полностью воспроизводят положения договора № 12-14.

ООО «СМС Трафик» заключило договор оказания услуг от 29.01.2014 № 477/13 (далее – договор № 477/13) с ЗАО «КИВИ-Сервис», в рамках которого заказчику (ЗАО «КИВИ-Сервис») был предоставлен канал для самостоятельной рассылки SMS-сообщений. Вся модерация и управление SMS-рассылкой осуществлялись на стороне ЗАО «КИВИ-Сервис». При этом согласно пункту 2.1 договора № 477/13 ООО «СМС Трафик» предоставило ЗАО «КИВИ-Сервис» доступ к Системе, обеспечивающей обработку, отправку сообщений и организацию их взаимодействия между заказчиком и Абонентом.

Условиями договора № 477/13 на заказчика (ЗАО «КИВИ-Сервис») возложены следующие обязательства: в обязательном порядке получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка сообщений с информацией ЗАО «КИВИ-Сервис», письменное согласие на получение таких сообщений (подпункт 3.2.2 пункта 3.2); ответственность за содержание исходящих от ЗАО «КИВИ-Сервис» несет сам заказчик (пункт 5.3); запрещено отправлять через Платформу исполнителя сообщения, которые будут соответствовать признакам СПАМа (пункт 12.1 Приложения 4).

В Приложении № 4 к договору № 477/13, поименованном как «Правила предоставления услуг», предусмотрено, что заказчик (ЗАО «КИВИ-Сервис») получил персональные логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта www.smstraffic.ru. Передача информации (текст сообщения) происходит от заказчика (ЗАО «КИВИ-Сервис») к исполнителю (ООО «СМС Трафик») через сеть Интернет.

Согласно письму ООО «Ди-дэйт» от 27.02.2015 № 09/02 отправки вышеуказанного смс – сообщения на телефонный номер заявителя <***> инициировало ЗАО «КИВИ-Сервис».

КИВИ Банк (Акционерное общество) (далее – Банк) в письме от 10.04.2015 № 62686 сообщило, что ЗАО «КИВИ-Сервис» лишь осуществило техническое сопровождение направления сообщения на основании договора от 01.01.2014 № ОУ-010114-CMB-01, заключенного между ЗАО «КИВИ-Сервис» (Исполнитель) и ООО «КИВИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРОЦЕССИНГОВЫЕ СЕРВИСЫ» (Заказчик) (далее – договор № ОУ-010114-CMB-01).

В соответствии с условиями договора № ОУ-010114-CMB-01:

- Исполнитель оказывал Заказчику услуги по обеспечению и технической поддержке доставки клиентам посредством использования технических и программных средств Исполнителя SMS-сообщений от Заказчика (пункт 1.1);

- передача клиентам SMS-сообщений осуществлялась с участием сотрудников Исполнителя с использованием технических средств и программ Исполнителя (пункт 1.3);

- Исполнитель обязан осуществлять передачу SMS-сообщений, направленных Заказчиком, посредством имеющихся у Исполнителя технических и программных средств. Зона ответственности Исполнителя начинается от порта (адреса) подключения Заказчика к техно-программной платформе, включает в себя прохождение, обработку и передачу сообщения на платформе и заканчивается точкой (портом) соединения платформы с платформами Операторов (подпункт 3.1.2 пункта 3.1).

ООО «КИВИ кошелек» до переименования в ООО «КИВИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРОЦЕССИНГОВЫЕ СЕРВИСЫ» заключило договор об оказании услуг пользовательской поддержки с Банком от 11.09.2012 № ПП/QW-2012 (далее – договор № ПП/QW-2012) и дополнительное соглашение к договору № ПП/QW-2012 от 01.09.2014 № 4.

В соответствии с условиями договора № ПП/QW-2012:

- ООО «КИВИ кошелек» обязалось оказывать Банку услуги по информационной поддержке пользователей в ходе осуществления ими действий, направленных на использование платежного сервиса «QIWI-Кошелек» (далее – Услуги) (пункт 2.1);

- комплекс услуг, оказываемых ООО «КИВИ кошелек» в рамках договора № ПП/QW-2012 включал в себя, в том числе, направление sms - уведомлений о сервисах и услугах, предоставляемых Банком пользователям информации о платежных продуктах Банка, специальных предложениях и акциях Банка, изменениях правил осуществления расчетов с использованием платежного сервиса «QIWI-Кошелек» (пункт 2.2.2);

- указанные, в том числе в пункте 2.2.2 договора № ПП/QW-2012 услуги, оказывались ООО «КИВИ кошелек» с применением программно-аппаратных средств ООО «КИВИ кошелек» в автоматическом режиме (пункт 2.3).

В ходе проверки сведений, размещенных на официальном сайте Федеральной налоговой службы www.nalog.ru, установлено следующее.

ООО «КИВИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРОЦЕССИНГОВЫЕ СЕРВИСЫ» с 03.09.2014 прекратило свою деятельность путем реорганизации в форме преобразования в ЗАО «КИВИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРОЦЕССИНГОВЫЕ СЕРВИСЫ». При этом ЗАО «КИВИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРОЦЕССИНГОВЫЕ СЕРВИСЫ» прекратило свою деятельность с 30.04.2015 в связи с присоединением к ЗАО «КИВИ» (115201, г. Москва, 1-й Варшавский проезд, д. 2, стр. 8); ЗАО «КИВИ-Сервис» прекратило свою деятельность 30.04.2015 в связи с присоединением к ЗАО КИВИ» (115201, г. Москва, 1-й Варшавский проезд, д. 2, стр. 8); ЗАО КИВИ» с 24.07.2015 переименовано в АО «КИВИ» (115201, г. Москва, 1-й Варшавский проезд, д. 2, стр. 8).

Таким образом, АО «КИВИ» является правопреемником лиц (ЗАО «КИВИ», ЗАО «КИВИ-Сервис», ЗАО «КИВИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРОЦЕССИНГОВЫЕ СЕРВИСЫ» и ООО «КИВИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРОЦЕССИНГОВЫЕ СЕРВИСЫ»), которым был предоставлен доступ к системе ООО «СМС Трафик», обеспечивающей отправку

смс – сообщений с использованием персональных логина и пароля, и именно с этими уникальными данными осуществлялось 19.11.2014 в 13:51 распространение смс – рекламы на телефонный номер заявителя <***>.

Банк в письме от 10.04.2015 № 62686 также сообщил, что абонент <***> 06.12.2014 в 02:52:41 зарегистрировал одноименную учетную запись в сервисе «Visa Qiwi Wallet». Согласно информации Банка, абонент, совершая денежные операции с использованием виртуального кошелька, и принимая публичную оферту Банка, заключил договор оказания услуг (часть 2 статьи 437 Гражданского кодекса Российской Федерации) и дал согласие на получение рекламы, возможность распространения которой отражена в пункте 5.11 оферты, с которой абонент был ознакомлен.

Однако регистрация учетной записи в сервисе «Visa Qiwi Wallet» имела место 06.12.2014, а смс – сообщение получено ранее этой даты – 19.11.2014. Кроме того, факт регистрации учетной записи в сервисе «Visa Qiwi Wallet» не подтверждает согласие <***> на получение вышеуказанного смс – сообщения, поступившего 19.11.2014 в 13:51 на выделенный ему телефонный номер <***>.

Таким образом, при распространении рекламы посредством смс - сообщения следующего содержания: *«РАСПРОДАЖА года! BlackFriday с Qiwi на qiwi.com/bfriday. Заходи!»*, поступившего 19.11.2014 в 13:51 на телефонный номер заявителя <***>, были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является АО «КИВИ» - правопреемник лиц (ЗАО «КИВИ», ЗАО «КИВИ-Сервис», ЗАО «КИВИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРОЦЕССИНГОВЫЕ СЕРВИСЫ» и ООО «КИВИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРОЦЕССИНГОВЫЕ СЕРВИСЫ»), которому был предоставлен доступ к системе ООО «СМС Трафик», обеспечивающей отправку смс – сообщений с использованием персональных логина и пароля, и именно с этими уникальными данными осуществлялось 19.11.2014 в 13:51 распространение смс – рекламы на телефонный номер заявителя <***>.

Учитывая вышеизложенное, действия АО «КИВИ» по распространению 19.11.2014 в 13:51 на телефонный номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: *«РАСПРОДАЖА года! BlackFriday с Qiwi на qiwi.com/bfriday. Заходи!»*, совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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: «*РАСПРОДАЖА года! BlackFriday с QIWI на qiwi.com/bfriday. Заходи!*», распространенную 19.11.2014 в 13:51 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс - сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия АО «КИВИ» (115201, г. Москва, 1-й Варшавский проезд, д. 2, стр. 8, ОГРН 1047796041039, ИНН 7707510721) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать АО «КИВИ» (115201, г. Москва, 1-й Варшавский проезд, д. 2, стр. 8, ОГРН 1047796041039, ИНН 7707510721) и ООО «СМС Трафик» (125190, г. Москва, Ленинградский пр-т, д. 80, корп. 37, ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257) 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 посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.
3. Направить копию настоящего решения ООО «СМС Трафик» (125190, г. Москва, Ленинградский пр-т, д. 80, корп. 37).

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, М.Ю. Шуклина, А.Э. Балан

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-18-2015

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

07 сентября 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,

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

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

на основании решения от 07.09.2015 по делу № 04-6/2-18-2015 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. АО «КИВИ» (115201, г. Москва, 1-й Варшавский проезд, д. 2, стр. 8, ОГРН 1047796041039, ИНН 7707510721) и ООО «СМС Трафик» (125190, г. Москва, Ленинградский пр-т, д. 80, корп. 37, ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*РАСПРОДАЖА года! BlackFriday с QIWI на qiwi.com/bfriday. Заходи!*», 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. АО «КИВИ» (115201, г. Москва, 1-й Варшавский проезд, д. 2, стр. 8, ОГРН 1047796041039, ИНН 7707510721) и ООО «СМС Трафик» (125190, г. Москва, Ленинградский пр-т, д. 80, корп. 37, ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 30.10.2015 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.**

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, М.Ю. Шуклина, А.Э. Балан

