

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-81-2013

25 февраля 2014 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,

Грицай Г.В., специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-81-2013 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту распространения 23.09.2013 в 21:36 на принадлежащий <...> телефонный номер <...> -*** без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания:

*«Впервые в РФ! Займы почти без переплат! 8*** Тверь и Тверская область».*

в присутствии представителя ООО «ТаймКредит»: <...> (по доверенности от 01.01.2014 № б/н),

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <...>., а также представителей: ЗАО «Пенза-GSM», ООО «Система Платежей»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России 25.11.2013 по заявлению Емельянова А.В. (далее – Заявитель) по факту распространения 23.09.2013 в 21:36 на выделенный ему телефонный номер <...> -*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: *«Впервые в РФ! Займы почти без переплат! 8*** Тверь и Тверская область».*

Телефонный номер <...>, выделенный Заявителю, относится к ресурсу нумерации ОАО «ВымпелКом». Согласно информации, полученной от оператора связи ОАО «ВымпелКом» от 07.11.2013 № 00846/13-ИЦР-ТВР, смс-сообщение 23.09.2013 в 21:36 отправлено с телефонного номера 8***, относится к ресурсу нумерации ОАО «СМАРТС».

Из представленной ОАО «СМАРТС» информации от 03.12.2013 № 1-2781 следует, что указанный номер закреплен за СМС-центром ЗАО «Пенза-GSM».

Из ответа ЗАО «Пенза-GSM» от 19.12.2013 № 01-1271 следует, что отправителем вышеназванного смс-сообщения с номера 8*** является ООО «Система Платежей», которое действовало на основании заключенного с ним договора от 02.04.2013 № 18-05-56 (далее – Договор № 18-05-56), факт отправки подтверждается данными сертифицированной системы линков сети «Tekeles».

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.

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 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 Абонента (получателя) на получение рекламы возложена на рекламораспространителей.

<...> 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 вышеуказанной рекламы. Лица, участвующие в рассмотрении настоящего дела, не представили согласие заявителя на получение рекламы.

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».

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение рекламы финансовых услуг, при распространении на телефон Заявителя 23.09.2013 в 21:36 рекламы следующего содержания:

« *Впервые в РФ! Займы почти без переплат! 8*** Тверь и область*», 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.

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что ими являются: ЗАО «Пенза-GSM» и ООО «Система Платежей»; такой вывод позволяет сделать наличие цепи договорных отношений между оператором подвижной связи – ЗАО «Пенза-GSM» и ООО «Система платежей», что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламодателей.

Между ЗАО «Пенза-GSM» (Исполнитель) и ООО «Система Платежей» (Заказчик) заключен договор № 18-05-56 от 02.04.2013 (далее – договор № 18-05-56), согласно которому: Заказчик (ООО «Система Платежей») поручает, а Исполнитель (ЗАО «Пенза-GSM») берет на себя обязательства по оказанию следующих услуг Заказчику: передача СМС-сообщений от СМСЦ Заказчика абонентам Операторов сотовой связи (преамбула и пункт 2.1); Заказчик (ООО «Система Платежей») обязуется: предоставлять Исполнителю СМС-сообщения (пункт 3.1), формировать, передавать и направлять СМС-сообщения в полном соответствии ФЗ «О рекламе» и ФЗ «О связи» (подпункт 3.1.2); Исполнитель (ЗАО «Пенза-GSM») обязуется: посредством имеющихся технических и программных средств осуществлять передачу всех СМС-сообщений, полученных от СМСЦ Заказчика абонентам Операторов сотовой связи (пункты 3.2 и 3.4), обеспечивать отправку СМС-сообщений абонентам Операторов сотовой связи со скоростью не менее 40 SMS в секунду (подпункт 3.5 и пункт 3.2), самостоятельно изменять (как в сторону увеличения, так и уменьшения) список операторов (диапазонов нумерации), абонентам которых возможна отправка СМС, с уведомлением Заказчика не позднее, чем за 5 рабочих дней по электронной почте (подпункт 3.6.1 и пункт 3.2); Заказчик рассылает СМС-сообщения, только тем адресатам, которые в форме, предусмотренной действующим законодательством РФ, выразили свое согласие на получение передаваемых сообщений от Заказчика (пункт 4.2); для целей исполнения настоящего договора, а именно передачи СМС-трафика Заказчика, Заказчику предоставляется право пользования номером 89023700508 из ресурса нумерации Исполнителя (пункт 4.4).

В подтверждение факта распространения рекламы посредством смс-сообщений, в том числе смс-сообщения 23.09.2013 в 21:36, ЗАО «Пенза-GSM» был представлен акт выполненных работ за сентябрь 2013 года.

Изложенное выше позволяет Комиссии сделать вывод о том, что Заказчик (ООО «Система Платежей») сформировало, передавало и направляло смс-сообщения на свой СМС-центр во исполнение договора № 18-05-56, а Исполнитель (ЗАО «Пенза-GSM») обеспечило доставку смс-сообщения до Абонента (Заявителя).

В этой связи доводы ЗАО «Пенза-GSM» (письмо от 19.12.2013 № 01-1271), привлеченного к участию в деле в качестве лица, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе» о том, что ЗАО «Пенза-GSM» не является рекламодателем по фактам, указанным в определении от 09.12.2013, а выступает лишь оператором подвижной (сотовой) связи, Комиссия считает несостоятельными, поскольку его 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.

ООО «Система Платежей», также привлеченное к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, 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.

Принимая во внимание совокупность действия ЗАО «Пенза-GSM» и ООО «Система Платежей», участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя, Комиссия считает действия ЗАО «Пенза-GSM» и ООО «Система Платежей» по распространению 23.09.2013 в 21:36 на телефонный номер <...> 8-*** без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: *«Впервые в РФ! Займы почти без переплат! 8*** Тверь и Тверская область»*, 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 следующего содержания: *«Впервые в РФ! Займы почти без переплат! 8*** Тверь и Тверская область»*, распространенную 23.09.2013 в 21:36 на телефонный номер <...> -*** посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ЗАО «Пенза-GSM» и ООО «Система Платежей» нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ЗАО «Пенза-GSM» и ООО «Система Платежей» 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.

Решение изготовлено в полном объеме 12 марта 2014 года. 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

Г.В. Грицай

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-81-2013

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

25 февраля 2014 г.
Тверь

г.

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: Фомин В.М., руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

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

Грицай Г.В., специалист 1 разряда отдела контроля органов власти,

на основании решения от 25.02.2014 по делу № 04-6/2-81-2013 и в соответствии со статьей 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ЗАО «Пенза-GSM» (440071, г. Пенза, пр-т Строителей, д. 39 «А»), ООО «Система Платежей» (450006, г. Уфа, ул. Пархоменко, д. 133/1) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Впервые в РФ! Займы почти без переплат! 8***. Тверь и область*» на телефонный номер <...> -*** **без предварительного согласия абонента** и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер 8-*** обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. ЗАО «Пенза-GSM» (440071, г. Пенза, пр-т Строителей, д. 39»А»), ООО «Система Платежей» (450006, г. Уфа, ул. Пархоменко, д. 133/1) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1.1 настоящего предписания **в срок до 25.04.2014.**

Предписание изготовлено в полном объеме 12 марта 2014 года.

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

Г.В. Грицай

