

РЕШЕНИЕ

по делу № 03-21/52-2017

о нарушении законодательства о рекламе

«01» декабря 2017 года
Ола

г. Йошкар-

Резолютивная часть решения объявлена: 21 ноября 2017 года

Полный текст решения изготовлен: 01 декабря 2017 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии

член Комиссии

член Комиссии

рассмотрев дело № 03-21/52-2017, возбужденное в отношении ООО «Форис» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), выразившегося в распространении смс-сообщения рекламного характера: «до 2 лет кредит до 105 т.р.» без согласия абонента,

в отсутствии представителей лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о дате, месте, времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Дело о нарушении законодательства о рекламе возбуждено в отношении ООО «Форис» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в направлении на телефонный номер <...> .07.2017 в 14 часов 59 минут без предварительного согласия абонента смс -сообщение с номера следующего содержания: «до 2 лет кредит до 105 т.р.».

Основанием для возбуждения дела явилось заявление (вх. № 159-Х от 14.08.2017), поступившее в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы России.

Комиссия Марийского УФАС России, исследовав материалы дела, пришла к выводу о нарушении законодательства о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы ввиду следующего.

Согласно статье 3 Закона о рекламе реклама - 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.

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.

Под объектом рекламирования понимают товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

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 о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (кредит), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

При этом в соответствии с [частью 7 статьи 5](#) Закона о рекламе не

допускается реклама, в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы.

В силу части 1 статьи 28 данного Закона реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги (для юридического лица - наименование, для индивидуального предпринимателя - фамилию, имя, отчество).

Правовое регулирование обязательств по кредиту осуществляется нормами Гражданского кодекса Российской Федерации, в котором в главе 42 установлены такие виды кредитования как: банковский, товарный и коммерческий.

Согласно пункту 1 статьи 819 ГК РФ по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуются предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее.

На основании статьи 822 ГК РФ сторонами может быть заключен договор, предусматривающий обязанность одной стороны предоставить другой стороне вещи, определенные родовыми признаками (договор товарного кредита).

Как определено в статье 823 ГК РФ договорами, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, может предусматриваться предоставление кредита, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ и услуг (коммерческий кредит), если иное не установлено законом.

Таким образом, каждый из предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации видов кредитов имеет особенности при заключении договоров и их исполнении, которые могут влиять на оценку потребителей своих возможностей по фактическому приобретению товаров, работ, услуг.

В спорном рекламном сообщении, распространенном ООО «Форис», отсутствуют сведения, о каком именно кредите идет речь: товарном, коммерческом (отсрочка, рассрочка платежа и т.д.) или банковском.

В силу статьи 5 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» понятие кредит относится к банковским операциям, осуществление которых в силу статьи 13 данного Федерального закона производится на основании лицензии, выданной Центральным банком Российской Федерации.

Поскольку в направленной обществом рекламе содержатся сведения о кредите, следовательно, спорная реклама должна соответствовать требованиям части 1 статьи 28 Закона о рекламе и содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги.

Отсутствие в тексте указанных существенных сведений искажает смысл информации, а включение в нее слова «кредит» не дает потребителям рекламы соответствующего действительности представления об условиях приобретения товара; отсутствие сведений о форме предоставления кредита не позволяет потребителям обоснованно, с учетом своих возможностей, принять решение о необходимости приобретения товара на предложенных условиях оплаты либо об отказе от этого, соответственно, вводит потенциальных клиентов общества в заблуждение.

Кроме того, согласно пункту 2 части 2 статьи 28 Закона о рекламе реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг и финансовой деятельности не должна умалчивать об иных условиях оказания соответствующих услуг, влияющих на сумму доходов, которые получают воспользовавшиеся услугами лица, или на сумму расходов, которую понесут воспользовавшиеся услугами лица, если в рекламе сообщается хотя бы одно из таких условий.

Кроме того, на основании части 3 статьи 28 Закона о рекламе если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, использованием им и погашением кредита или займа, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, такая реклама должна содержать все остальные условия, определяющие полную стоимость кредита (займа), определяемую в соответствии с Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее.

Статьей 5 Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» установлены условия договора потребительского кредита (займа).

К ним относятся, в частности, требования к заемщику, которые установлены кредитором и выполнение которых является обязательным для предоставления потребительского кредита (займа), суммы потребительского кредита (займа) и сроки его возврата, процентные ставки в процентах годовых, диапазоны значений полной стоимости потребительского кредита (займа) и иные условия (часть 4 статьи 5 Закона о потребительском кредите (займе)).

В соответствии с пунктом 25 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» к условиям, влияющим на стоимость потребительского займа, в частности, могут относиться условия о размере процентной ставки, сумме и сроке займа, платежах и комиссиях по операциям.

В рассматриваемой рекламе указано на возможность получения кредита на срок до двух лет суммой до 105 тыс. рублей, при этом не указана процентная ставка годовых, под которую выдается кредит, минимальный срок выдачи кредита, а также минимальная сумма выдачи кредита.

Указание только привлекательных условий для потребителя без описания других существенных условий свидетельствует о недобросовестности такой рекламы.

Таким образом, спорная реклама нарушает требования части 7 статьи 5, части 1, пункта 2 части 2, части 3 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

Кроме того, 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Заявитель сообщил об отсутствии его разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Комиссией Марийского УФАС России установлен следующий механизм распространения указанного рекламного смс-сообщения.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, абонентский номер заявителя принадлежит ПАО «МТС».

ПАО «МТС» в письменных пояснениях (вх. №109-ДСП от 24.07.2017) указало, что абонентский номер принадлежит на основании договора о предоставлении услуг подвижной связи МТС.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации абонентский номер <...> с которого направлено рассматриваемое рекламное смс-сообщение, принадлежит ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» в письменных пояснениях (вх. № 9398 от 17.08.2017) указало, что абонентский номер принадлежит ООО «Форис» (ИНН 7451367727) на основании договора оказания услуг связи (бланк договора обществом утерян). Согласно данным ООО «Т2 Мобайл» распространение спорного смс-сообщения с телефонного номера на телефонный номер заявителя было осуществлено в сети подвижной связи через мобильное устройство.

Комиссия Марийского УФАС России в определениях по делу № 03-21/52-2017 неоднократно предлагала ООО «Форис» представить согласие абонента на получение рекламных смс-сообщений, однако, на момент рассмотрения дела данное согласие не было представлено. Кроме того, обществом не представлены иные документы и сведения, опровергающие направление рассматриваемого смс-сообщения с номера, принадлежащего ООО «Форис».

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Таким образом, Комиссия Марийского УФАС России установила, что в материалы дела не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение поступило абоненту с его предварительного согласия, следовательно, факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе со стороны рекламораспространителя доказан.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя.

Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

В письме Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436 указано, что в соответствии с законом о связи, операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Из материалов дела следует, что между заключен договор об оказании услуг подвижной связи МТС, в соответствии с которым оператор связи обязан предоставить абоненту в пользование телефонный номер для пользования услугой передачи данных, а абонент использует указанные средства по назначению, а также оплачивает данные услуги.

Кроме того, ООО «Т2 Мобайл» также является оператором абонента ООО «Форис», сформировавшего и направившего спорное смс-сообщение заявителю.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи),

который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

В спорных правоотношениях смс-сообщение было передано абоненту по подвижной радиотелефонной связи. Тем самым поставщиком услуг связи в рассматриваемом случае выступает оператор сотовой связи ПАО «МТС», а оператором сотовой связи отправителя ООО «Форис» является ООО «Т2 Мобайл», который также является поставщиком связи.

При этом, из анализа механизма распространения ненадлежащего рекламного смс-сообщения следует, что согласие абонента для отправки спорного смс-сообщения через оператора сотовой связи ПАО «МТС» и далее в сеть электросвязи для дальнейшего направления смс-сообщения абоненту должно было быть получено ООО «Форис».

Исходя из вышеизложенного, Комиссия Марийского УФАС России пришла к выводу о том, что ООО «Форис» является рекламораспространителем.

Согласно части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18, частью 1 статьи 28 указанного закона, несет ответственность рекламораспространитель. В силу части 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение части 7 статьи 5, статьи 28 указанного закона.

Таким образом, Комиссией Марийского УФАС России установлен факт нарушения [части 7 статьи 5](#), части 1 статьи 18, [части 1, пункта 2 части 2, части 3 статьи 28](#) Закона о рекламе в действиях ООО «Форис», выразившийся в распространении рекламного смс-сообщения на абонентский номер без его согласия.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Как сообщило ООО «Т2 Мобайл» 04.08.2017 в связи с поступлением запроса по поводу распространения указанного смс-сообщения службой безопасности общества было приостановлено оказание услуг связи по абонентскому номеру. На момент рассмотрения дела смс-сообщения с указанного абонентского номера на телефонный номер не направлялись.

В связи с вышеизложенным, Комиссия Марийского УФАС России, изучив представленные в материалы дела доказательства, считает, что основания для выдачи предписания отсутствуют.

Руководствуясь частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «до 2 лет кредит до 105 т.р.», направленную на телефонный номер <...> .07.2017 в 14 часов 59 минут с номера, без его предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 7 статьи 5, части 1 статьи 18, части 1, пункта 2 части 2, части 3 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

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

Председатель Комиссии

Члены Комиссии