

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-38-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 15 июля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 27 июля 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,

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

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

рассмотрев дело № 04-6/2-38-2015,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей АО «ПЕНЗА ДЖИЭСЭМ» и ООО «ТЕЛЕКОМ»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее также заявитель) по факту распространения 17.08.2014 в 11:29 на выделенный заявителю телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «**Деньги в долг пойдут впрок! Звони! ООО «Нано-Финанс» 88001008862**», отправитель – «<***>».

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 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 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 <***> закреплен за оператором связи ОАО «МегаФон», согласно информации которого (письмо от 19.12.2014 № 5/1-18ОГ-исх-00228/14) смс-сообщение было отправлено 17.08.2014 в 11:29 с номера смс-центра <***>, относящегося к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «СМАРТС».

Согласно информации ОАО «СМАРТС» (письмо от 21.08.2014 № 1-5250) номер <***> закреплен за СМС - центром ЗАО «Пенза-GSM».

Согласно информации ЗАО «Пенза-GSM» (письмо от 25.12.2014 № 01-1414) отправителем вышеназванного смс - сообщения с номера СМС - центра <***> является ООО «ТЕЛЕКОМ», которому в соответствии с договором предоставления услуг от 07.07.2014 № 18-05-125 (далее – договор № 18-05-125) предоставлена техническая возможность формировать текст смс - сообщений и производить набор абонентского номера для доставки смс - сообщений (пункты 2.2 и 2.5 договора № 18-05-125), для чего был предоставлен доступ к Комплексу ЗАО «Пенза-GSM». Согласно пункту 2.7.3 договора № 18-05-125 ЗАО «Пенза-GSM» выделило ООО «ТЕЛЕКОМ» федеральные номера телефонов, с которых производилась отправка смс – сообщений (приложение № 6). Дополнительным соглашением № 2 к договору № 18-05-125 от 10.07.2014, подписанным ЗАО «Пенза-GSM» и ООО «ТЕЛЕКОМ», предусмотрено, что приложение № 6 добавлено 100 федеральных номеров, в том числе номер <***>, с которого ООО «ТЕЛЕКОМ» имеет право отправлять смс - сообщения.

Согласно условиям договора № 18-05-125 Заказчик (ООО «ТЕЛЕКОМ») обязался: не использовать свой Комплекс и Комплекс Исполнителя для организации СПАМА (пункт 3.2.2.); в обязательном порядке получить предварительное письменное согласие от Абонента, на абонентский номер которого будет производиться

отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика (пункт 3.2.3); осуществлять рассылку SMS-сообщений в соответствии с законодательством РФ, в том числе нормам закона о рекламе (пункт 3.2.5). Согласно пункту 5.9 договора № 18-05-125 Исполнитель (ЗАО «Пенза-GSM») не является создателем (изготовителем) и распространителем SMS-сообщений, начиная с момента подготовки текста SMS-сообщения, его редактирования и заканчивая отправкой SMS-сообщений Абонентам, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее и незаконное распространение SMS-сообщений, отправленных с Комплекса Заказчика и их содержание и присваиваемый Адрес отправителя в полном объеме несет Заказчик.

В пункте 2.7 договора № 18-05-125 предусмотрен следующий порядок осуществления доступа Заказчика к Комплексу Исполнителя:

- Заказчик направляет заявку на подключение к Комплексу Исполнителя по форме Приложения № 5 к договору (подпункт 2.7.1);

- для идентификации Заказчика Комплексом Исполнителя Заказчику присваивается индивидуальный пароль и системный ID (подпункт 2.7.2).

В ходе рассмотрения дела Комиссией Тверского УФАС России было установлено, что на официальном сайте Федеральной налоговой службы www.nalog.ru размещена информация о переименовании ЗАО «Пенза-GSM» в АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ», о чем 19.02.2015 регистрирующим органом внесены соответствующие сведения в Единый государственный реестр юридических лиц.

Письмом от 16.04.2015 б/н оператор связи АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ» дополнительно сообщил, что ООО «ТЕЛЕКОМ» отправило вышеуказанное смс – сообщение, используя в рамках исполнения договора № 18-05-125 индивидуальные системный ID (SMPP_Tele_D_1 и SMPP_Tele_O_1) и пароль (n5fv3dnD и d7em6fvS).

Кроме того, АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ» представлен акт оказанных услуг к договору № 18-05-125 от 31.08.2014, подписанный ЗАО «Пенза-GSM» и ООО «ТЕЛЕКОМ», подтверждающий факт отправки ООО «ТЕЛЕКОМ» смс – сообщений в период с 01.08.2014 по 31.08.2014 и копия платежного поручения от 11.12.2014 № 000037.

Привлеченное к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «ТЕЛЕКОМ», будучи надлежаще уведомленным о дате, времени и месте рассмотрения дела, затребованные от него пояснения и документы не представило, позицию по факту распространения рекламы не выразило.

Учитывая отсутствие согласия <***> на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 17.08.2014 в 11:29 на выделенный заявителю телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: «*Деньги в долг пойдут впрок! Звони! О О «Нано-Финанс» 88001008862*», были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках

настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ООО «ТЕЛЕКОМ», данный факт подтверждается сведениями АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ», согласно которым АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ» лишь производит техническое сопровождение (транзит) доставки SMS-сообщений и предоставляет доступ к SMS-центру Заказчикам, одним из которых является ООО «ТЕЛЕКОМ», которое, в свою очередь, самостоятельно используя присвоенные ему индивидуальные пароль и системный ID, производило все необходимые действия, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой SMS-сообщений, а также наличием и содержанием договора № 18-05-125, а также фактом его исполнения, что в совокупности свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ООО «ТЕЛЕКОМ» к распространению смс-сообщения 17.08.2014 в 11:29 на телефонный номер <***> (<***>), а его действия подлежат квалификации как действия рекламораспространителя.

Действия ООО «ТЕЛЕКОМ» по распространению 17.08.2014 в 11:29 на телефонный номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «*Деньги в долг пойдут впрок! Звони! О О О «Нано-Финанс» 88001008862*», совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ» указало, что заключенный с ООО «ТЕЛЕКОМ» договор № 18-05-125 расторгнут 01.01.2015, что подтверждено соответствующим соглашением о его расторжении.

Вместе с тем, расторжение договора № 18-05-125 не исключает заключение нового договора, в связи с чем имеются основания для выдачи предписания.

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: «*Деньги в долг пойдут впрок! Звони! О О О «Нано-Финанс» 88001008862*», распространенную 17.08.2014 в 11:29 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ООО «ТЕЛЕКОМ» (414040, г. Астрахань, ул. Победы, д. 41, офис 47, ОГРН 1143015001436, ИНН 3015102378) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «ТЕЛЕКОМ» (414040, г. Астрахань, ул. Победы, д. 41, офис 47, ОГРН 1143015001436, ИНН 3015102378) и АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ» (440071, г. Пенза, пр-т Строителей, д. 39 «А», ОГРН 1025801201062, ИНН 5835027280) 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 финансовых услуг посредством

направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

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, М.Ю. Шуклина

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-38-2015
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

27 июля 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,

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

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

рассмотрев дело № 04-6/2-38-2015,

на основании решения от 27.07.2015 по делу № 04-6/2-38-2015 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. ООО «ТЕЛЕКОМ» (414040, г. Астрахань, ул. Победы, д. 41, офис 47, ОГРН 1143015001436, ИНН 3015102378) и АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ» (440071, г. Пенза, пр-т

Строителей, д. 39 «А», ОГРН 1025801201062, ИНН 5835027280) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: не допускать распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Деньги в долг пойдут впрок! Звони! О О О «Нано-Финанс» 88001008862*» 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 .ООО «ТЕЛЕКОМ» (414040, г. Астрахань, ул. Победы, д. 41, офис 47, ОГРН 1143015001436, ИНН 3015102378) и **АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ»** (440071, г. Пенза, пр-т Строителей, д. 39 «А», ОГРН 1025801201062, ИНН 5835027280) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 18.09.2015 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.**

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, М.Ю. Шуклина