

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-107-2014

Резолютивная часть решения по делу оглашена 23 января 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 30 января 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,

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

рассмотрев дело № 04-6/2-107-2014,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей ООО «Прометей», ИП <***>,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее – Заявитель) по факту распространения 26.02.2014 в 17:36 на выделенный <***> телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Нужны ДЕНЬГИ? – Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть % !88001008862», отправитель – <***>, смс - центр – <***>; к участию в деле привлечены: заявитель - <***>; лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Прометей», заинтересованное лицо - ЗАО «Астрахань-GSM».

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 № 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 микрофинансовые услуги (Компания 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 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 «МегаФон».

Согласно информации, полученной от оператора связи ОАО «МегаФон» (письмо от 19.03.2014 № <***> исх.113), 26.02.2014 в 17:36 на выделенный телефонный номер заявителя <***> смс - сообщение отправлено с телефонного номера <***> смс - центра <***>, принадлежащего ОАО «СМАРТС».

Согласно информации ОАО «СМАРТС» (письмо от 20.06.2014 № <***>) телефонный номер смс – центра <***> выделен ЗАО «Астрахань-GSM».

Согласно информации ЗАО «Астрахань-GSM» (письмо от 19.06.2014 № <***>) вышеуказанное смс – сообщение отправлено ООО «Прометей» на основании заключенного с ним договора от 26.08.2013 № <***> (далее – договор № <***>).

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (ЗАО «Астрахань-GSM») оказывает Заказчику (ООО «Прометей») услуги по обеспечению круглосуточного доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке СМС сообщений в течение определенного периода (пункт 1.1 договора № <***>), а также предоставляет Заказчику подключение к оборудованию Исполнителя с помощью протокола SMPP

исключительно с целью отправки и получения коротких текстовых сообщений и/или SRL-запросов с техническими условиями, указанными в Договоре о предоставлении услуг поддержки (пункт 1.1.2 договора № <***>). Согласно пункту 1.1.4 договора № <***> для проведения рассылки Исполнителем для Заказчика выделяются следующие GT номера, закрепленные за Исполнителем: <***>-<***>.

Во исполнение договора № <***> Заказчик обязался не использовать выделенные каналы оборудования, установленные у Исполнителя, для организации Спама, т.е. сообщений, согласие на получение которых не получено; осуществлять рассылку SMS-сообщений в соответствии с законодательством РФ (пункт 2.1.5РФ); использовать Услугу в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам, давшим письменное согласие на ее получение (пункт 2.1.21 договора № <***>).

В подтверждение того, что отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ООО «Прометей», ЗАО «Астрахань-GSM» представило скрин с указанием отправителя, которого можно идентифицировать посредством system_id под именем prometei с точной датой отправки смс-сообщения: 2014-02-26 17:34, и указанием номера получателя, который значится в настоящем скрине, как destination address – <***>.

Кроме того, ЗАО «Астрахань-GSM» представлен подписанный ООО «Прометей» акт оказания услуг за 01.02.2014-28.02.2014 от 28.02.2014, согласно которому Исполнитель (ЗАО «Астрахань-GSM») предоставил Заказчику (ООО «Прометей») в период с 01.02.2014 по 28.02.2014 услуги в объеме отправленных смс – <***>, доставленных смс- <***>.

Также ЗАО «Астрахань-GSM» было представлено платежное поручение от 14.03.2014 № <***>, плательщиком по которому значится ООО «Прометей».

Согласно позиции рекламодателя ООО «Нано-Финанс», изложенной в письме от 12.05.2014 № <***>, ООО «Нано-Финанс» не является рекламораспространителем вышеуказанной рекламы, поскольку привлекает для этого третьих лиц (рекламораспространителей), заключая договор о возмездном оказании услуг по распространению смс – сообщений. Рекламораспространителем вышеуказанного смс – сообщения является ООО «Прометей», с которым 26.07.2013 заключен договор возмездного оказания услуг № <***> на распространение рекламы об оказываемых услугах ООО «Нано-Финанс» посредством смс – сообщений (далее – Договор № <***>).

Согласно подпункту 3.1.2 Договора № <***> Исполнитель (ООО «Прометей») обязан обеспечить распространение рекламы в порядке и на условиях, соответствующих требованиям законодательства Российской Федерации, при использовании базы данных абонентов, находящихся в распоряжении Исполнителя. Пунктом 4.1 Договора № <***> предусмотрено, что Исполнитель (ООО «Прометей») гарантирует Заказчику (ООО «Нано-Финанс»), что на законных основаниях владеет базой данных абонентов, которым будут рассылаться сообщения и при реализации положений настоящего договора права абонентов на получение рекламной информации не будут нарушены.

В соответствии с пунктами 2-4 Дополнительного соглашения № 1 к Договору № <***> от 26.07.2013 отправка сообщений следующего содержания: «Нужны деньги?»

Звони! Займы от ООО «Нано-Финанс» 8(800)100-88-71» производится Исполнителем (ООО «Прометей») в том числе и в городе Тверь.

Согласно электронному письму ООО «Нано-Финанс» от 08.11.2013, направленному в адрес ООО «Прометей», ООО «Нано-Финанс» указало ООО «Прометей» на возможность использования в качестве имени в тексте смс-сообщения номера отправителя 88001008862.

При этом в качестве доказательств отправки именно ООО «Прометей» спорного смс-сообщения на номер заявителя <***> ООО «Нано-Финанс» представило платежное поручение от 07.03.2014 № <***>, получателем по которому значится ООО «Прометей» и акт о приемке выполненных работ (оказанных услугах).

Таким образом, действия ООО «Прометей» по распространению смс-рекламы на номер заявителя <***> документально подтверждены сведениями и оператора связи ЗАО «Астрахань-GSM» и рекламодателя ООО «Нано-Финанс».

ООО «Прометей» выделен номер СМС-центра <***>, с которого было направлена смс-реклама и обеспечен круглосуточный доступ к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке СМС сообщений – ЗАО «Астрахань-GSM», что свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ООО «Прометей» к распространению смс-сообщения 26.02.2014 в 17:36 на телефонный номер Заявителя <***>, а его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

Сведения ООО «Прометей» о том, что отправителем спорного смс-сообщения на номер заявителя <***> является не ООО «Прометей», а ИП <***> документально не подтверждены.

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 26.02.2014 в 17:36 на выделенный заявителю телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: «Нужны ДЕНЬГИ? – Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть % ! 88001008862», 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.

Действия ООО «Прометей» по распространению 26.02.2014 в 17:36 на телефонный номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «Нужны ДЕНЬГИ? – Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть % ! 88001008862», нарушают требования части 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

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «*Нужны ДЕНЬГИ? – Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862*», распространенную 26.02.2014 в 17:36 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ООО «Прометей» (414040, г. Астрахань, ул. Победы, д. 41, офис 47; ИНН 3025008254) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Прометей» и ЗАО «Астрахань-GSM» 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 микрофинансовых 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, Ю.Б. Иванова

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-107-2014

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

30 января 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,

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

на основании решения от 30.01.2015 по делу № 04-6/2-107-2014 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 «Прометей» (414040, г. Астрахань, ул. Победы, д. 41, офис 47, ИНН 3025008254), ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, г. Астрахань, ул. Лычманова, д. 44, ИНН 3015038500) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Нужны ДЕНЬГИ? - Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 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 «Прометей» (414040, г. Астрахань, ул. Победы, д. 41, офис 47, ИНН 3025008254), ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, г. Астрахань, ул. Лычманова, д. 44, ИНН 3015038500) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 15.04.2015 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.**

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, Ю.Б. Иванова