

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-32-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 22 апреля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 08 мая 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 контроля органов власти,

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

рассмотрев дело № 04-6/2-32-2015,

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

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее также заявитель) по факту распространения 18.08.2014 в 14:16 на выделенный заявителю телефонный номер <***> без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Поможем финансами. Звоните 8800<***> (беспл) ООО *Домашние деньги*», 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 рекламодателя. 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 ЗАО «Смоленская сотовая связь», согласно информации которого (письмо от 19.09.2014 № 1103/2) вышеуказанное смс - сообщение поступило 18.08.2014 в 14:11 с номера <***> СМС - центра <***>, входящего в ресурс 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 29.10.2014 № 01-1040) отправителем вышеуказанного смс - сообщения с номера <***> является ООО «ТЕЛЕКОМ» на основании договора предоставления услуг от 07.07.2014 № 18-05-125 (далее – договор № 18-05-125).

В рамках вышеуказанного договора Исполнитель (ЗАО «Пенза-GSM») предоставил Заказчику (ООО «ТЕЛЕКОМ») техническую 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 ООО «ТЕЛЕКОМ» 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). Также АО «ПЕНЗА-ДЖИЭСЭМ» указало, что заключенный с ООО «ТЕЛЕКОМ» договор № 18-05-125 расторгнут 01.01.2015, что подтверждено соответствующим соглашением о его расторжении.

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.

Привлеченное к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «ТЕЛЕКОМ» представило с адреса электронной почты Smello.RU пояснения, согласно которым ООО «ТЕЛЕКОМ» не является рекламодателем. По сведениям ООО «ТЕЛЕКОМ», для рассылки смс – сообщений был заключен договор с ООО «Прометей» от 23.07.2014 № СМС-3102/14, согласно которому ООО «Прометей» предоставлен доступ к программному приложению, обеспечивающему формирование и доставку смс – сообщений.

Рассмотрев представленные ООО «ТЕЛЕКОМ» документы и сведения, Комиссия пришла к выводу, что они не являются надлежащими с учетом следующих обстоятельств.

Учитывая отсутствие согласия <***> на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 18.08.2014 в 14:11 на выделенный Заявителю телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: «Поможем финансами. Звоните 8800<***> (беспл) ООО *Домашние деньги*», 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 рекламодатель.

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем 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, одной из которых является ЗАО «ГрандТелеком», которое, в свою очередь, самостоятельно используя присвоенные ему индивидуальные пароль и системный ID, производит 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 18.08.2014 в 14:11 на телефонный номер <***> (<***>), а его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

Действия ООО «ТЕЛЕКОМ» по распространению 18.08.2014 в 14:11 на телефонный номер <***>, выделенный <***>., без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «Поможем финансами. Звоните 8800<***> (беспл) ООО *Домашние деньги*», 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: «Поможем финансами. Звоните 8800<***> (беспл) ООО Домашние деньги», распространенную 18.08.2014 в 14:11 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.

3. Передать материалы дела № 04-6/2-32-2015 уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии: Фомин В.М.

Члены Комиссии: Посохова Л.В., Манюгина Е.И., Балан А.Э.

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-32-2015

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

08 мая 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,

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

на основании решения от 08.05.2015 по делу № 04-6/2-32-2015 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

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: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: *«Поможем финансами. Звоните 8800<***> (беспл) ООО Домашние деньги»* 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 18.06.2015 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.**

Председатель Комиссии: Фомин В.М.

Члены Комиссии: Посохова Л.В., Манюгина Е.И., Балан А.Э.