

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе

**В составе:**

**рассмотрев дело** № 03-18/64-2013 по признакам нарушения ч.1, ч. 2 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – закон о рекламе), выразившегося в распространении на абонентский номер <...> ) 09.12.2013 г. в 14 часов 34 минут SMS -сообщения с номера 89023787741, без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Деньги быстро! Любая сумма! Заявка по тел. 8-903-400-93-15»,

в присутствии представителя ОАО «Мегафон» - Я, действующего на основании доверенности от 14.07.2012,

**УСТАНОВИЛА:**

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) 11.12.2013 г. поступило заявление гражданина М.

В своем заявлении гражданин указал, что на его абонентский номер было направлено SMS -сообщение, без предварительного согласия абонента следующего содержания:

«Деньги быстро! Любая сумма! Заявка по тел. 8-903-400-93-15».

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ (далее - Закон 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.

Согласно п. 7 ст. 3 Закона о рекламе, рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно ч. 1 ст. 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 г. № 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 являются оказываемые ООО «Нано-Финанс» услуги. Указанная реклама имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования и способствовала его продвижению.

В соответствии с частью 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.

При обращении в Марийское УФАС России М. сообщил об отсутствии его разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

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 ФЗ «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.

При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. Закон не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что предполагает допустимым любую форму предварительного согласия абонента.

В соответствии с п. 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.

В ходе рассмотрения дела Комиссия Марийского УФАС России приходит к следующим выводам.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

Марийским УФАС России 12.12.2013 г. исх. № 03-23/6404 направлен запрос ОАО «Мегафон» (оператор связи, обслуживающий абонентский номер гражданина). Письмом от 13.12.2013 г. исх. № 102/13-ю Поволжский филиал ОАО «Мегафон» представил информацию, что указанное SMS-сообщение было направлено с СМС-центра 89023700113. Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, указанный СМС-центр принадлежит ОАО «СМАРТС».

ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором. Согласно решению Федерального Агентства Связи об изменении ресурса нумерации единой сети электросвязи РФ № 23962 от 28.08.2008 ресурс нумерации 3700000-3799999 выделен ОАО «СМАРТС». Вместе с тем, согласно технической документации номер <...> закреплен за СМС-центром ЗАО «Астрахань-GSM».

Распространение данной рекламы осуществлялось на основании договора № 06-02-02/184 от 26.08.2013, заключенного ЗАО «Астрахань-GSM» с ООО «Прометей».

В соответствии с п. 1.1 договора ЗАО «Астрахань-GSM» оказывает ООО «Прометей» услуги по обеспечению круглосуточного доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке СМС сообщений в течение определенного периода, за исключением перерывов для проведения необходимых профилактических и ремонтных работ, в том числе и со Стороны Операторов сотовой связи, а Заказчик оплачивает услуги Исполнителя в соответствии с расценками и условиями договора.

Согласно п. 2.1.5 договора ООО «Прометей» не должен использовать выделенные каналы оборудования, установленные у ЗАО «Астрахань-GSM», для организации СПАМа, для намеренной передачи сообщений, могущих привести к нарушению работоспособности Мобильных Терминалов, для массовой передачи сообщений оскорбительного или клеветнического характера или сообщений, разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь, передача СМС порнографического содержания, передача трафика из систем типа «SMS-Чат», использующих схему биллинга типа «MT», равно как и не способствовать возможным потокам подобного использования выделенных каналов третьим лицам. Обязан осуществлять рассылку SMS-сообщений в соответствии с законодательством РФ.

П. 2.1.7 договора предусмотрено, что ООО «Прометей» не имеет права использовать доступ к сети Интернет, предоставленный в соответствии с условиями договора, с целью предоставления или доступа к каким-либо услугам.

Расчет ООО «Прометей» с ЗАО «Астрахань-GSM» за предоставленные услуги по пропуску СМС трафика, ММС трафика и другие услуги в соответствии с п. 3.1 договора осуществляется на основании приложения 1 к данному договору.

Из указанного следует, что ЗАО «Астрахань-GSM» последовательно обеспечило ООО «Прометей» и технической, и программной возможностью, объективно, для массовой рассылки смс-сообщений, которые в договоре и приложениях к договору подпадают под категорию спам-сообщений. При этом после заключения вышеуказанного договора ЗАО «Астрахань-GSM» фактически самоустранилось от необходимости соблюдения требований действующего рекламного законодательства. Положения в договоре, не исключают обязанности ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Прометей» соблюдать рекламное законодательство, во-вторых, не отменяет ответственности за его соблюдение, так как является обеспечительной мерой в рамках гражданско-правовых отношений, а не административных.

В рамках рассмотрения дела ОАО «Мегафон» заявлено ходатайство об исключении общества из числа лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе и указало, что в соответствии с письмом ФАС России от 28.04.2011 № АК/16266 поставщик услуг связи, который только обеспечил подключение к сети электросвязи не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

Комиссией Марийского УФАС России данное ходатайство удовлетворено и ОАО «Мегафон» исключено из лиц в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе по следующим основаниям.

Письмом от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436 Министерство связи и массовых коммуникаций Российской Федерации указало, что операторы подвижной радиотелефонной связи в настоящее время имеют возможность блокировки сообщений от определенных отправителей только по просьбе своего абонента, иные действия совершать не вправе. В соответствии с Федеральным законом от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Осмотр 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.

В соответствии с письмом ФАС России от 19.05.2014 исх. № АК/19993/14 лицо признается в качестве рекламодателем с учетом обстоятельств конкретного дела. В соответствии с частью 1 статьи 46 Федерального закона «О связи» оператор связи обязан:

- оказывать пользователям услугами 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.

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.

Таким образом, ОАО «Мегафон» как оператор связи в соблюдении действующего законодательства обеспечило возможность пропуска трафика по своей сети связи и не распространяло рассматриваемую рекламу с нарушением положений законодательства о рекламе.

Проанализировав все имеющиеся документы и доказательства Комиссия Марийского УФАС России пришла к выводу, что ООО «Прометей» воспользовавшись как техническими, так и программными средствами ЗАО «Астрахань-GSM» и ОАО «Мегафон» не исполнило в должной мере положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, распространив на телефонный номер гражданина СМС-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя. При этом заключенный между ООО «Прометей» и ЗАО «Астрахань-GSM» договор, свидетельствует о том, что его предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений. В данном случае ЗАО «Астрахань-GSM» обеспечило технической возможностью ООО «Прометей» для массовой рассылки смс-сообщений рекламного характера и самоустранилось от соблюдения законодательства о рекламе

Таким образом, действия ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Прометей» отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Закона о рекламе в отношении рекламодателя – распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае - смс-сообщений.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что при распространении на телефонный номер гражданина М. рекламы следующего содержания: «Деньги быстро! Любая сумма! Заявка по тел. 8-903-400-93-15», 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 этом Закон содержит понятие рекламодателя и не ограничивает количество таких рекламодателей. Рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

В данном случае ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Прометей» в рамках заключенного договора осуществили фактическое доведение сведений о финансовой услуге до сведения потребителя, то есть являлись рекламодателями.

Марийское УФАС России считает, что в данном случае отсутствуют основания для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе со стороны ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Прометей», поскольку СМС-сообщение было распространено в конкретный момент (09.12.2013 г. в 14 часов 34 минут), на конкретный телефонный номер <...> конкретному гражданину и являлось разовым.

Руководствуясь статьей 9, 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, Комиссия

## **РЕШИЛА:**

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Деньги быстро! Любая сумма! Заявка по тел. 8-903-400-93-15», направленную ЗАО «Астрахань-GSM» и ООО «Прометей» на телефонный номер гражданина без его предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать.

3. 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 течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд Республики Марий Эл.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии