

РЕШЕНИЕ

по делу № 83/2013-Р

«13» июня 2013г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Рязанской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, в составе:

Председатель Комиссии – Ерошина Я.А.

Члены Комиссии: Колупаева Е.В., Ушатикова Н.А., Израелян Л.А.,

рассмотрев дело № 83/2013-Р по признакам нарушения пункта части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», выразившихся при распространении смс-рекламы: *«Акция! Дизайн интерьеров 650 р/кв.м. Все включено. До 8 марта. Звоните!»* на телефонный номер <...>, в отсутствие представителей: заявителя – <...>, ООО «ОСК», в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (ходатайство от 13.06.013г. вх №2004э), надлежащим образом уведомленных о времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России 11.03.2013г. вх. №836э поступило заявление <...> о том, что 04.03.2013г. на его мобильный номер <...> поступило сообщение рекламного характера следующего содержания: *«Акция! Дизайн интерьеров 650 р/кв.м. Все включено. До 8 марта. Звоните!»*, отправитель: «Design».

В соответствии с выпиской из Реестра Российской системы и плана нумерации (Реестр публикуется на сайте Федерального агентства связи) телефонный номер <...> на который поступило смс-сообщение с рекламой - <...> закреплен за ОАО «МегаФон» (Кадашевская наб., д. 30, г. Москва, 115035, ИНН 7812014560).

Для установления рекламораспространителя Рязанским УФАС России был направлен запрос в Рязанское региональное отделение Центрального филиала ОАО «Мегафон» (далее - РРР ЦФ ОАО «Мегафон»).

Из объяснений РРР ЦФ ОАО «Мегафон» (от 29.03.2013г. вх. №1108э) следует, что номер телефона «Design» не принадлежит РРР ЦФ ОАО «Мегафон».

Согласно данным информационно-биллинговой системы ОАО «Мегафон» номер SMS-Центра, с которого поступило входящее сообщение на номер <...> от отправителя «Design» 04.03.2013г. принадлежит SMS-Центру ОАО «Вымпел-Коммуникации» <...>.

У Центрального филиала ОАО «Мегафон» отсутствуют договорные отношения на производство технических и фактических действий по формированию содержания рекламного сообщения, а также выборку его получателей и отправку рекламного сообщения: *«Акция! Дизайн интерьеров 650 р/кв.м. Все включено. До 8 марта. Звоните!»*.

Центральный филиал ОАО «Мегафон» не является рекламораспространителем

данной рекламной информации.

ОАО «Вымпел-Коммуникации» в своем ответе (от 25.04.2013г. вх. №1451) пояснило, что рассылку информации, не связанной с информированием абонентов об оказываемых услугах связи, тем более рекламы третьих лиц, общество не осуществляет.

ОАО «Вымпел-Коммуникации» является оператором связи и предоставляет телекоммуникационные услуги, в том числе услугу «Корпоративные SMS-сервисы».

«Корпоративные SMS-сервисы» - это возможность для организации самостоятельно отправлять SMS со своей компьютерной сети на телефоны своих клиентов, партнеров.

Используя WEB-интерфейс «Бизнес SMS» можно:

- производить рассылку рекламных sms клиентам через интернет,
- управлять списками номеров адресатов (в т. ч. производить загрузку/выгрузку списков номеров из файлов),
- создавать расписание отправки сообщений,
- вести учет полученных и отправленных сообщений,
- использовать произвольную буквенную подпись при отправке сообщений.

ОАО «Вымпел-Коммуникации» не было известно о содержании sms-сообщения, поступившего на абонентский номер <...>, поскольку оно было отправлено третьим лицом. Общество лишь обеспечивает техническую возможность обмена (приема и отправки) sms-сообщениями между абонентом и пользователями. Согласно данным, содержащимся в биклинговой системе ОАО «Вымпел-Коммуникации» указанное sms-сообщение было направлено ООО «ОСК» (г. Москва).

Между ОАО «Вымпел-Коммуникации» (оператор) и ООО «ОСК» (абонент) 25.08.2011г. заключен договор об оказании услуг связи №411828359, а также дополнительное соглашение №010811 от 25.08.2011г. к указанному договору.

Предметом дополнительного соглашения является оказание абоненту услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (смс) от абонента к пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи оператора либо других операторов подвижной связи).

В соответствии с пунктом 4.11 дополнительного соглашения, абонент обязался не использовать выделенные номера доступа и подключение к оборудованию оператора с целью организации спама.

Согласно дополнительному соглашению, услуга рассылки смс-сообщений осуществляется на основе платформы абонента и предоставляется только юридическим лицам, с каждым из которых абонент заключает договор оказания услуг, в котором прописана ответственность заказчика за рассылку спам-сообщений.

Пунктом 4.8 дополнительного соглашения предусмотрено, что абонент обязуется

осуществлять смс-рассылки (без предварительного смс-запроса пользователя) только при наличии согласия пользователя, подтвержденного документально.

За содержание передаваемой и (или) принимаемой абонентами по сети подвижно связи голосовой и (или) неголосовой информации ОАО «Вымпел Коммуникации» как оператор связи ответственности не несет.

ООО «ОСК» 05.06.2013г. (вх.1901эс) представило письменное пояснение, в соответствии с которым поясняет, что осуществляет свою деятельность строго в соответствии с законодательством РФ, а также, что сведения, указанные в определении о том, что ООО «ОСК» является рекламодателем сообщения, отправленного на номер <...> являются ошибочными. ООО «ОСК» оказывает посреднические технические услуги передачи текстов сообщений и номеров адресатов на технические мощности операторов мобильной связи, но не формирует сами сообщения, не определяет их содержание и адресатов. Сообщение на указанный номер было перенаправлено техническими мощностями ООО «ОСК» на основании договора №sms-29/09-12 от 01.09.2012г., заключенного с ООО «СКМ Технолоджи» (ОГРН 10277395552, 111524. г. Москва, ул. Электродная, д. 2, стр. 12-13-14 (далее Заказчик), в соответствии с которым Заказчику предоставлена услуга доступа и использования программного обеспечения ООО «ОСК» для отправки смс-сообщений своим клиентам. В соответствии с указанным договором, рассылка смс-сообщений осуществляется Заказчиком самостоятельно, без согласования с ООО «ОСК» текстов и адресатов направляемых сообщения. При этом ООО «ОСК» не имеет технической возможности каким-либо образом формировать, дополнять, обрабатывать поступающие от Заказчика смс-сообщения. Программное обеспечение ООО «ОСК» лишь осуществляет передачу текста смс-сообщения и номера адресата сообщения на оборудование оператора связи. Указанная передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны ООО «ОСК». В соответствии с условиями договора №sms-29/09-12 от 01.09.2012г., Заказчик обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрашиваемой получателем, либо информации. От получения которой получатель предварительно отказался. В случае, если текст рассылаемых с помощью программного обеспечения ООО «ОСК» сообщений, может быть признан рекламой, рекламодателем в этом случае будет являться Заказчик как лицо, осуществляющее распространение рекламы. Рассылка сообщений и определение адресатов сообщений осуществляется усмотрением клиентов ООО «ОСК», в соответствии с условиями заключаемых договоров. ООО «ОСК» лишь осуществляет передачу текста смс-сообщения и номера адресата сообщения на оборудование оператора связи. Указанная передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны ООО «ОСК». Согласие <...> должно было бы получено отправителем сообщения ООО «СКМ Технолоджи», а не ООО «ОСК». Проверка исполнения указанной обязанности не входит в компетенцию ООО «ОСК».

Рассмотрев все представленные документы и сведения, Комиссия пришла к следующим выводам.

Направленная путем смс-сообщения информация является рекламой, так как, соответствует критериям рекламы, указанным в статье 3 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Реклама имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования (услуги по дизайну интерьеров) и способствовала его продвижению.

В силу части 1 статьи 18 ФЗ «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.

Заявитель предварительного согласия на получение рекламных сообщений от ООО «ОСК» не выражал.

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

Согласно статье 2 Федерального закона «О связи», абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

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.

Рекламодатель, 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 закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Согласно пункту 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии со статьей 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламодатель.

Пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определено, что рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, ООО «ОСК» (ИНН 7705658056, ул. Летниковская, д. 10, строение 1, г. Москва, 115114) является рекламодателем. С целью распространения смс-рекламы ООО «ОСК» заключило договор об оказании услуг связи №411828359, а также дополнительное соглашение №010811 от 25.08.2011г. к указанному договору с ОАО «Вымпел Коммуникации», предметом которого является оказание услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (смс) от абонента к пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи оператора либо других операторов подвижной связи).

Приложением №2 к дополнительному соглашению № 010811 от 25.08.2011г. определены виды сервисов, предоставляемых ООО «ОСК» - рассылка смс-сообщений.

Из представленного ООО «ОСК» договора оказания услуг № sms-29/09-12, заключенного с ООО «СКМ Технолджи» следует, что ООО «ОСК» - Исполнитель, ООО «СКМ Технолджи» - Заказчик. В соответствии с условиями настоящего договора Исполнитель (т.е. ООО «ОСК») оказывает Заказчику услуги по обеспечению возможности формирования и отправки сообщений адресатам Заказчика (клиентам или иным, указанным Заказчиком, третьим лицам) посредством подключения и обслуживания Заказчика в электронной системе «SMSFinance» (далее – Услуги), а Заказчик обязуется принимать и оплачивать надлежащим образом оказанные услуги.

Кроме того, в соответствии с пунктом 4.18 Дополнительного соглашения № 010811 от 25.08.2011г. к Договору об оказании услуг связи «Билайн» № 411828359 от 25.08.2013г. Абонент (т.е. ООО «ОСК») обязуется осуществлять отправку смс сообщений Пользователю, только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально. (Пользователь – абонент сети сотовой радиотелефонной сети связи Оператора, принадлежащий к одному из регионов. Пользователем может быть абонент, пользующийся услугами других операторов связи.)

ООО «ОСК» не предприняло никаких действий по соблюдению обязанностей, возложенных пунктами 4.11, 4.18 Дополнительного соглашения № 010811 от 25.08.2011г. к Договору об оказании услуг связи «Билайн» № 411828359 от 25.08.2013г.

Кроме того, в соответствии с пунктом 5.2 Дополнительного соглашения № 010811 от 25.08.2011г. к Договору об оказании услуг связи «Билайн» № 411828359 от 25.08.2013г. ООО «ОСК» гарантирует, что под видом предоставляемых в рамках Дополнительного соглашения сервисов не оказываются сервисы, не относящиеся к информационно-справочным, развлекательным, рекламным, однако, смс-сообщение, поступившее на телефонный номер <...> является рекламным.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, 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: «Акция! Дизайн интерьеров 650 р/кв.м. Все включено. До 8 марта. Звоните!», [распространяемую](#) ООО «ОСК» посредством сотовой связи на телефонный номер <...>, поскольку при ее распространении

нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать рекламодателю предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Рязанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 25 июня 2013г.

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

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«25» июня 2013 года

Комиссия Рязанского УФАС России по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии – Ерошина Я.А., заместитель руководителя - начальник отдела рекламы и недобросовестной конкуренции;

члены Комиссии: Колупаева Е.В., Ушатикова Н.А., Израелян Л.А.,

на основании своего решения от 25 июня 2013 года по делу № 83/2013-Р о признании ненадлежащей рекламы: *«Акция! Дизайн интерьеров 650 р/кв.м. Все включено. До 8 марта. Звоните!»*, распространяемой посредством сотовой связи на телефонный номер <...>, и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 статьи 36 ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «ОСК» в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства РФ о рекламе, а именно, распространение ненадлежащей рекламы на телефонный номер <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «ОСК» представить в Рязанское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 10 июля 2013 года.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Рязанское УФАС России вправе в соответствии с п.2.4 ст. 19.5 КоАП РФ наложить административный штраф на должностных лиц 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.