

РЕШЕНИЕ по делу № 712-13-р

31 октября 2013 года

г. Пермь

Резолютивная часть решения объявлена 17 октября 2013 года.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Пермскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

рассмотрев дело № 712-13-р по признакам нарушения ООО «Регион Маркет» ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по факту распространения рекламы 23.11.2012 г. в 13 часов 38 мин. (МСК) посредством рассылки смс-сообщения следующего содержания *«Хочешь отправлять SMS бесплатно? Мы знаем как! SMS мгновенно на любого оператора +возможность анонимной отправки! <http://vk.com/frsms>»*, отправитель: «FreeSMS» гражданину, которому представлен номер телефона 8<...> (далее – рекламное сообщение, Реклама), без предварительного согласия абонента,

в отсутствии представителей заявителя и лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, - ООО «Регион Маркет», извещенных надлежащим образом о времени и месте рассмотрения настоящего дела,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве поступило заявление гражданина (вх. №6136 от 05.03.2013 г.) по факту распространения несанкционированной СМС-рассылки на его мобильный номер <...> <...>.

Московское УФАС России в ходе рассмотрения вышеуказанного заявления

установило, что лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, является общество с ограниченной ответственностью «Мегаполис» (614010, г. Пермь, ул. Юрия Смирнова, д. 4) (далее – ООО «Мегаполис»).

Учитывая, что местом нахождения лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе – ООО «Мегаполис» является г. Пермь, на основании п.3 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ № 508 от 17.08.2006 г., Московское УФАС России направило материалы заявления (вх. №6136 от 05.03.2013 г.) по подведомственности в Пермское УФАС России.

На основании материалов, полученных в ходе рассмотрения заявления, Пермское УФАС России возбудило дело № 457-13-р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении общества с ограниченной ответственностью «Мегаполис» (614010, г. Пермь, ул. Юрия Смирнова, д. 4) (далее – ООО «Мегаполис»).

14.06.2013г. Пермским УФАС России определением о возбуждении производства по делу № 457-13-р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (исх. № 06357-13 от 14.06.2013г.) у ООО «Мегаполис» запрошен ряд документов, в том числе документально подтвержденная информация о порядке и способах распространения указанной рекламной информации, а также информация о способе выбора абонентов для рассылки указанного рекламного сообщения, пояснения по вышеуказанному делу.

В соответствии с информацией, предоставленной ООО «Мегаполис» (вх. № 09308-13 от 18.07.2013 г.), указанное СМС-сообщение рекламного характера на номер <...> <...> 23.11.2012 года в 13:38 (МСК) было отправлено ООО «Регион Маркет» (614000 г. Пермь ул. Луначарского, д. 21, 33).

11.09.2013 г. Пермское УФАС России определением (исх. № 10871-13) прекратило производство по делу № 457-13-р в связи с невозможностью установления лица, нарушившего законодательство Российской Федерации о рекламе в течение сроков, определенных пунктом 27 Правил.

На основании материалов, полученных в ходе рассмотрения заявления, и рассмотрения дела № 457-13-р, Пермское УФАС России возбудило дело № 712-13-р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении общества с ограниченной ответственностью «Регион Маркет» (614000 г. Пермь ул. Луначарского, д. 21, 33) (далее – ООО «Регион Маркет»).

17.09.2013 г. Пермским УФАС России определением о возбуждении производства по делу № 712-13-р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (исх. № 010758-13 от 18.09.2013г.) у ООО «Регион Маркет» запрошен ряд документов, в том числе документально подтвержденная информация о порядке и способах распространения указанной рекламной информации, а также информация о способе выбора абонентов для рассылки указанного рекламного сообщения, пояснения по вышеуказанному делу.

ООО «Регион Маркет» не направило в адрес Пермского УФАС России пояснения

относительно обстоятельств указанного дела. На заседании комиссии по рассмотрению дела № 712-13-р 17.10.2013г. представитель ООО «Регион Маркет» не явился. Ходатайств об отложении рассмотрения дела № 712-13-р не поступало. Таким образом, Комиссия считает возможным рассмотреть дело № 712-13-р по имеющимся в деле доказательствам.

В рамках рассмотрения дела № 712-13-р Пермским УФАС России было установлено следующее.

Как следует из материалов дела 23.11.2012 года в 13:38 (MSK) гражданке Б. на номер телефона +7<...> посредством рассылки смс-сообщения пришло сообщение следующего содержания:

«Хочешь отправлять SMS бесплатно? Мы знаем как! SMS мгновенно на любого оператора +возможность анонимной отправки! <http://vk.com/frsms>», отправитель: «FreeSMS».

При этом, как указывает в своем заявлении гражданка Б., согласия на распространение указанной рекламы она не давала.

Согласно детализации оказанных услуг по абонентскому номеру +7<...> указанное СМС-сообщение рекламного характера пришло с номера +79505198000.

Согласно выписке из Российской системы и плана нумерации (www.rossvyaz.ru) номер <...> 9505198000 входит в номерную ёмкость ОАО «Ростелеком».

Письмом исх. № 11/0/7966 от 20.03.2013 г. Московским УФАС России у ОАО «Ростелеком» была запрошена информация, в том числе о номере лица-отправителя, которое 23.11.2012 года в 13:38 (MSK) осуществляло отправку СМС-сообщения следующего содержания: *«Хочешь отправлять SMS бесплатно? Мы знаем как! SMS мгновенно на любого оператора +возможность анонимной отправки! <http://vk.com/frsms>», отправитель: «FreeSMS»* гражданке Б., которой предоставлен номер телефона +7<...>.

Согласно информации, представленной ОАО «Ростелеком» (исх. № 07-17/466 от 10.04.2013 г.), указанное СМС-сообщение рекламного характера на номер <...> <...> 23.11.2012 года в 13:38 (MSK) было отправлено ООО «Мегаполис» (614010, г. Пермь, ул. Юрия Смирнова, д. 4), с которым у ОАО «Ростелеком» заключен договор № 5609568 от 01.06.2010 г. В соответствии с условиями вышеуказанного договора (п.п. 2.1, 3.3.1, 3.3.4, 3.3.5), Исполнитель (ОАО «Ростелеком») обеспечивает техническую возможность отправки Пользователем sms-сообщений, а Заказчик (ООО «Мегаполис») обязано при осуществлении отправки обеспечить соблюдение норм действующего законодательства о рекламе и наличие согласия пользователей на получение sms-сообщений.

Определением о возбуждении производства по делу № 457-13-р (исх. № 06357-13 от 14.06.2013 г. Пермским УФАС России у ООО «Мегаполис» была запрошена информация, в том числе о номере лица-отправителя, которое 23.11.2012 года в 13:38 (MSK) осуществляло отправку СМС-сообщения следующего содержания *«Хочешь отправлять SMS бесплатно? Мы знаем как! SMS мгновенно на любого оператора +возможность анонимной отправки! <http://vk.com/frsms>»,* отправитель: «FreeSMS» гражданке Б., которой предоставлен номер телефона

+7<...>.

В соответствии с информацией, предоставленной ООО «Мегаполис» (вх. № 09308-13 от 18.07.2013 г.), указанное СМС-сообщение рекламного характера на номер <...> <...> 23.11.2012 года в 13:38 (МСК) было отправлено ООО «Регион Маркет» (614000 г. Пермь ул. Луначарского, д. 21, 33).

Возможность направления ООО «Регион Маркет» СМС-сообщения, является результатом ряда последовательных сделок, а именно договора между ОАО «Ростелеком» и ООО «Мегаполис» от 27.02.2012 г. № 410-12, ООО «Мегаполис» и ООО «Юплэй» № 12-01/4 от 12.01.2011 г., договора между ООО «Юплэй» и ООО «Регион Маркет» № 138/2012 от 01.11.2012 г.

В соответствии с условиями вышеуказанного договора Исполнитель (ООО «Юплэй») собственными силами и с привлечением оператора обеспечивает Заказчику (ООО «Регион Маркет») техническую возможность осуществления с использованием оборудования заказчика отправки пользователям СМС-сообщений, а Заказчик оплачивает оказанные услуги согласно условиям настоящего договора. Заказчик обязан обеспечить при осуществлении отправки пользователям СМС-сообщений исполнение требований настоящего договора, норм действующего законодательства, в том числе законодательства о рекламе, защите прав потребителей, не направлять пользователям СМС-сообщений без получения их письменного согласия.

Комиссия, изучив имеющиеся материалы дела № 712-13-р, приходит к следующим выводам.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по любым сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи» – 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, но не отправителями сообщений.

Исходя из пункта 1 статьи 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.

Согласно разъяснениям Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации (Исх. № АК/16477 от 25.05.2012 г.) в данной норме 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Информация, рассылаемая на номер <...> <...>, содержит все необходимые юридические признаки рекламы, позволяющие определить ее именно в этом качестве и отличить от информации не рекламного характера: предназначена для неопределенного круга лиц; распространена по сетям подвижной радиотелефонной связи; преследует заданные цели информирования: продвижение на рынке, призвана формировать и поддерживать интерес к услугам, предоставляемым соответствующими рекламодателями.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что абонент, в данном случае пользователь мобильного номера +7<...> выразил свое согласие на получение рекламы.

При этом существует презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата. На рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе. В свою очередь, в материалах дела документальное подтверждение согласия абонента на получение рассматриваемой рекламы отсутствует. ООО «Регион Маркет» не представило в Управление доказательств, согласно которым, абонентом мобильного номера +7<...> было получено соответствующее согласие.

Таким образом, реклама с текстом следующего содержания: *«Хочешь отправлять SMS бесплатно? Мы знаем как! SMS мгновенно на любого оператора +возможность анонимной отправки! <http://vk.com/frsms>»* распространялась на мобильный номер <...> <...> с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.06 № 38-ФЗ «О рекламе», а именно, данная реклама распространялась по сетям подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей.

Из положения части 7 статьи 38 Федерального Закона «О рекламе» следует, что за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.06 г. № 38-ФЗ «О рекламе» несет ответственность рекламораспространитель. В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона «О рекламе», рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием

любых средств. Согласно разъяснениям ФАС России, поставщик услуг связи, который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

Таким образом, исходя из понятий, установленных ст. 3 Федерального закона «О рекламе», а также на основании Договора № № 138/2012 от 01.11.2012 г., рекламораспространителем указанной рекламы является ООО «Регион Маркет» (614000 г. Пермь ул. Луначарского, д. 21, 33).

Доказательств соблюдения требований Закона о рекламе со стороны ООО «Регион Маркет» Комиссии не представлено.

На основании вышеизложенного, 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 рекламу следующего содержания: *«Хочешь отправлять SMS бесплатно? Мы знаем как! SMS мгновенно на любого оператора +возможность анонимной отправки! <http://vk.com/frsms>»,* отправитель: «FreeSMS», распространенную 23.11.2012 года в 13:38 (МСК) гражданину, которому предоставлен номер телефона +7<...> без получения предварительного согласия абонента на ее получение – ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального [закона](#) "О рекламе".
2. Выдать ООО «Регион Маркет» предписание о прекращении нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», и недопущении распространения рекламы по сетям подвижной радиотелефонной связи посредством СМС-сообщений, без получения предварительного согласия получателя (абонента).
3. Передать материалы дела уполномоченному лицу для рассмотрения вопроса о возбуждении в отношении ООО «Регион Маркет» административного дела по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Решение изготовлено в полном объеме 31 октября 2013 года.

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

Российской Федерации.