

РЕШЕНИЕ по делу № 450-13-р

20 сентября 2013 года

г. Пермь

Резолютивная часть решения объявлена 11 сентября 2013 года.

Решение изготовлено в полном объеме 20 сентября 2013 года.

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

рассмотрев дело № 450-13-р в отношении ООО «Техинком» (юридический и почтовый адреса: 614090, г. Пермь, ул. Лодыгина, д. 9) по признакам нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», возбуждённое по факту распространения 10.07.2012 года (~11:54 МСК) посредством рассылки СМС-сообщения рекламы следующего содержания: *«Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151»*, отправитель: *«info»* гражданину О. (далее также - Заявитель), которому предоставлен номер телефона 89171985555, без предварительного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Астраханского УФАС России (вх. № 6904 от 26.07.2012 г.) поступило заявление гражданина О. по факту распространения несанкционированной СМС-рассылки на его мобильный номер <...> .

Так в заявлении указывалось, что 10.07.2012 года (~11:54 МСК) на мобильный номер телефона 89171985555, принадлежащий Заявителю, без получения его предварительного согласия поступило сообщение рекламного характера следующего содержания:

«Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151», отправитель: *«info»*.

На основании материалов, полученных в ходе рассмотрения заявления гражданина О., Астраханским УФАС России было возбуждено дело № 78-Р-05-12 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В ходе рассмотрения дела Комиссией Астраханского УФАС России установлено, что отправка рекламного СМС-сообщения была осуществлена обществом с ограниченной ответственностью – «Техинком» (614090, г. Пермь, ул. Лодыгина, д. 9) (далее – ООО «Техинком»).

Учитывая, что местом нахождения лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе – ООО «Техинком» является г. Пермь, на основании п.5 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ № 508 от 17.08.2006 г., а также п.п.3.35; 3.43.8 Административного регламента Федеральной антимонопольной по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, утвержденного Приказом ФАС РФ №453 от 28.12.207 г., Астраханское УФАС России направило материалы дела № 78-Р-05-12 по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе по подведомственности в Пермское УФАС России.

Как следует из материалов дела № 78-Р-05-12, представленного Астраханским УФАС России, 10.07.2012 года (~11:54 МСК) гражданину О. на номер телефона 89171985555 посредством рассылки СМС-сообщения пришло сообщение следующего содержания «*Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151*», отправитель: «*info*».

Номер Абонента 89171985555 принадлежит номерной емкости ОАО «Мобильные ТелеСистемы» (филиал Астраханской области) (414000, г. Астрахань, ул. Дж.Рида, 37) (далее – ОАО МТС).

При этом, как указывает в своем заявлении гражданин О., согласия на распространение указанной рекламы он не давал.

Письмом № 05/5781 от 30.07.2012 г. Астраханским УФАС России у ОАО «МТС» была запрошена информация, в том числе сведения о номере лица-отправителя, которое 10.07.2012 года (~11:54 МСК) осуществляло отправление СМС-сообщения следующего содержания: «*Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151*» гражданину О., которому предоставлен номер телефона 89171985555.

В соответствии с полученной информацией от ОАО «МТС» следует, что СМС-сообщение: «*Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151*», полученное 10.07.2012 года (~11:54 МСК) гражданином О., которому предоставлен номер телефона 89171985555, отправлено с СМС-центра (с номера <--967*9/+79023700510).

номер <...> – номер СМС-центра ОАО «СМАРТС», Самарская область.

24.08.2012 г. в ответ на запрос Астраханского УФАС России (исх. № 1-2078) ЗАО «СМАРТС» сообщило следующее.

Приказом Госкомсвязи РФ от 25.05.1998 № 90 «О координирующих операторах сетей стандарта GSM-900» утверждено «Положение о координирующих операторах федеральной сети сотовой подвижной связи стандарта GSM-900» (далее также - Положение) и назначены координирующие операторы по

укрупненным регионам, которые определены в приказе от 27.07.1997 № «О выделении кодов сетей подвижной связи для сетей стандарта GSM».

Вышеуказанным приказом, по Поволжскому региону, координирующим оператором назначен оператор сотовой связи стандарта GSM-900 на территории Самарской области ОАО «СМАРТС».

В целях выполнения возложенных задач и функций координирующий оператор выделяет из закрепленного за ним номерного ресурса оператору укрупненного региона технологические номера для нумерации их устройств. Операторы укрупненного региона самостоятельны в своей деятельности, осуществляют предоставление услуг связи на основании Устава, имеющихся лицензий заключаемых договоров.

Так как ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, то согласно технической документации номер <...> был закреплен за СМС-центром ЗАО «Пенза-GSM» (440071, г. Пенза, пр-т Строителей, д. 39 «а»).

В свою очередь письменными пояснениями (исх. № 01-1023 от 19.10.2012 г.) ЗАО «Пенза-GSM» по факту распространения 10.07.2012 года (~11:54 МСК) посредством рассылки СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151», отправитель: «info» гражданину О., которому предоставлен номер телефона 89171985555 сообщило.

ЗАО «Пенза-GSM», как оператор сотовой связи, не принимает участие в формировании текстов СМС-сообщений и адресных листов их отправки, данные действия выполняются исключительно самостоятельно пользователями сети сотовой связи – абонентами. Абоненты (контрагенты по заключенным договорам) принимают на себя все возможные риски и ответственность за содержание контента СМС-сообщений и трафика.

Также ЗАО «Пенза-GSM» пояснило, что не имеет своего технологического оборудования для формирования текстов СМС-сообщений и адресных листов их отправки, данное оборудование принадлежит абонентам - контрагентам по заключенным договорам- отправителям СМС-сообщений. В данном случае таковым является ООО «Интернет Технологии» (400078, г. Волгоград, пр-т Ленина, д. 75), которому и представлен номер <...> .

Отношения между ЗАО «Пенза-GSM» - ООО «Интернет Технологии» регулируются Договором № 18-02-93-2 от 22.02.2011 (далее также - Договор).

В соответствии с п. 2.1 указанного Договора ЗАО «Пенза-GSM» - «Исполнитель» берет на себя обязательства по передаче СМС-сообщений от СМСЦ - центр обработки коротких сообщений (согласно п. 1.1 Договора – комплекс программно-аппаратных средств, который отправляет СМС-сообщения) ООО «Интернет Технологии» - «Заказчик»

Кроме того, в рамках п.3.1.2 Договора, заключенного между ЗАО «Пенза-GSM» и ООО «Интернет Технологии», последний принимает на себя обязательства по недопущению распространения рекламных сообщений, получение которых не согласовано абонентами.

В рамках рассмотрения дела 78-Р-05-12 ООО «Интернет-Технологии» в свою очередь пояснило, что лицом отправителем, осуществившим отправку 10.07.2012 года (~11:54 МСК) СМС-сообщения *«Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151»*, отправитель: *«info»* гражданину О., которому предоставлен номер телефона 89171985555 является ООО «Техинком» (юридический и фактический адрес: 614090, г. Пермь, ул. Лодыгина, д. 9)

В соответствии с представленными пояснениями ООО «Интернет Технологии» следует, что между ООО «Интернет Технологии» и ООО «Техинком» заключен договор на оказание услуг №1 от 01.06.2011 г. (далее – Договор), согласно п.2.1. которого «Заказчик» – ООО «Техинком» поручает, а «Исполнитель» – ООО «Интернет Технологии» берет на себя обязательства по передаче СМС-сообщений от СМСЦ Заказчика абонентам Операторов сотовой связи.

Одновременно с этим, согласно п. 4.2 Заказчик рассылает СМС-сообщения только тем адресатам, которые в явной форме выразили свое согласие на получение сообщений от Заказчика. Также в п. 4.3 Договора указано, что Заказчик контролирует отсутствие СПАМа во всех передаваемых Исполнителю СМС-сообщениях, как в текстовом, так и в рабочем режиме. Таким образом, ответственность за формирование текста и списка рассылки лежит на Заказчике, т.е. ООО «Техинком», и наличие согласия абонента на получение данных СМС-сообщений не контролируется со стороны ООО «Интернет Технологии».

Также ООО «Интернет Технологии» предоставило копию письма с объяснениями ООО «Техинком» по инциденту отправки 10.07.2012 года (~11:54 МСК) СМС-сообщения *«Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151»*, отправитель: *«info»* гражданину О., которому предоставлен номер телефона 89171985555. В соответствии с данным письмом ООО «Техинком» сообщило, что *«отправка СМС-сообщения на номер 89171985555 является технической ошибкой набора текста оператором и единичным случаем. Данный номер был отключен от рассылки. Приносим свои извинения»*.

Комиссия, изучив имеющиеся материалы дела № 450-13-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 электросвязи; 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 89171985555 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 «Билдинг» не представило в Управление доказательств, согласно которым, абонентом мобильного номера 89171985555 было получено соответствующее согласие.

Таким образом, реклама с текстом следующего содержания: *«Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151»* распространялась на мобильный номер <...>, принадлежащий гражданину О. с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.06 № 38-ФЗ «О рекламе», а именно, данная реклама распространялась по сетям электросвязи 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. № 38-ФЗ «О рекламе» несет ответственность рекламодатель. В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона «О рекламе», рекламодателем 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, рекламодателем не является.

Таким образом, исходя из понятий, установленных ст. 3 Федерального закона «О рекламе», а также на основании Договора на оказание услуг №1 от 01.06.2011 г., рекламодателем указанной рекламы является ООО «Техинком» (юридический и почтовый адреса: 614090, г. Пермь, ул. Лодыгина, д. 9).

Доказательств соблюдения требований Закона о рекламе со стороны ООО «Техинком» 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: «*Ремонт любого компьютера всего за 300 рублей! Звони:201151*», отправитель: «info», распространенную 10.07.2012 года (~11:54 МСК) гражданину О., которому предоставлен номер телефона 89171985555 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 «Техинком» предписание о прекращении нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», и недопущении распространения рекламы по сетям электросвязи посредством СМС-сообщений, без получения предварительного согласия получателя (абонента).

3. Передать материалы дела уполномоченному лицу для рассмотрения вопроса о

возбуждении в отношении ООО «Техинком» административного дела по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Решение изготовлено в полном объеме 20 сентября 2013 года.

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