

РЕШЕНИЕ по делу № 495-13-р

16 августа 2013 года

г. Пермь

Резолютивная часть решения объявлена 02 августа 2013 года.

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

рассмотрев дело № 495-13-р по признакам нарушения ООО «Билдинг» ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) распространения рекламы 17.01.2013 г. в 17 часов 11 мин. (МСК) посредством рассылки смс-сообщения рекламы следующего содержания *««Прикинь! Доехал от Стадиона до Центра всего за 90 рублей. Звони 201010»*, отправитель: («МАКС») гражданину М. (далее - Заявитель), которому представлен номер телефона 8<...> (далее – рекламное сообщение, Реклама), без предварительного согласия абонента,

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

УСТАНОВИЛА:

В адрес Астраханского УФАС России поступило заявление гражданина (вх. №519 от 22.01.2013 г.) по факту распространения несанкционированной СМС-рассылки на его мобильный номер <...> <...>.

Астраханское УФАС России на основании материалов, полученных в ходе рассмотрения заявления, возбудило дело № 32-Р-05-13 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении общества с

ограниченной ответственностью – «Билдинг» (614111 г. Пермь ул. Солдатова, д. 44, оф.12) (далее – ООО «Билдинг»).

Учитывая, что местом нахождения лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе – ООО «Билдинг» 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 № 32-Р-05-13 по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе по подведомственности в Пермское УФАС России.

26.06.2013г. Пермским УФАС России определением о принятии дела № 32-Р-05-13 к производству (исх. № 07301-13 от 26.06.2013г.) у ООО «Билдинг» 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.

Запрошенные документы в адрес Пермского УФАС России в указанный в определении срок ООО «Билдинг» не представило. На заседании комиссии по рассмотрению дела № 495-13-р 02.08.2013г. представитель ООО «Билдинг» не явился. Ходатайств об отложении рассмотрения дела № 495-13-р не поступало. Таким образом, Комиссия считает возможным рассмотреть дело № 495-13-р по имеющимся в деле доказательствам.

В рамках рассмотрения дела № 495-13-р Пермским УФАС России было установлено следующее.

Как следует из материалов дела № 32-Р-05-13, представленного Астраханским УФАС России, 17.01.2013 г. в 17 часов 11 мин. (МСК) гражданину М. на номер телефона 8<...> посредством рассылки смс-сообщения пришло сообщение следующего содержания:

«Прикинь! Доехал от Стадиона до Центра всего за 90 рублей. Звони 201010»,
отправитель: «МАКС».

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

Номер Абонента 8<...> принадлежит номерной емкости ОАО «Вымпел Коммуникации».

Согласно информации, предоставленной «Вымпел Коммуникации» следует, что СМС-сообщение рекламного характера: *«Прикинь! Доехал от Стадиона до Центра всего за 90 рублей. Звони 201010»*, полученное 17.01.2013 г. в 17 часов 11 мин. (МСК) гражданином М., которому предоставлен номер телефона 8<...>, отправлено с номера 89023708060.

Согласно выписке из Российской системы и плана нумерации (www.rossvyaz.ru) номер <...> входит в номерную ёмкость ОАО «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем» (443013, г. Самара, ул. Дачная, д.2, кор. 2) (далее – ОАО «Смартс»).

Письмом исх. № 05/1143 от 20.02.2013 г. Астраханским УФАС России у ОАО «Смартс» была запрошена информация, в том числе о номере лица-отправителя, которое 17.01.2013 г. в 17 часов 11 мин. (МСК) осуществляло отправку СМС-сообщения следующего содержания: «Прикинь! Доехал от Стадиона до Центра всего за 90 рублей. Звони 201010», отправитель: «МАКС» гражданину М., которому предоставлен номер телефона 8<...>.

В соответствии с информацией, предоставленной ОАО «Смартс» (исх. № 1-597 от 26.02.2013 г.), указанное СМС-сообщение рекламного характера на номер <...> <...> 17.01.2013 г. в 17 часов 11 мин. (МСК) было отправлено ООО «Билдинг» (614111 г. Пермь ул. Солдатова, д. 44, оф.12), с которым у ОАО «Смартс» заключен договор № 01-02-04-01-1044 от 30.10.2012 г.

В рамках предоставления услуг по вышеуказанному договору ОАО «СМАРТС» организывает партнеру доступ к оборудованию СМС-центра по smpp-протоколу, далее информационную СМС-рассылку осуществляет ООО «Билдинг» с помощью своего программного комплекса по собственной абонентской базе, все адресаты которой на основании п. 3.2.2 договора должны дать согласие на получение информационных СМС-сообщений. Также согласно п. 5.4. вышеуказанного договора ОАО «СМАРТС» не является создателем (изготовителем) и распространителем СМС-сообщений, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая отправкой абонентам.

Таким образом, в соответствии с Определением о возбуждении дела № 32-Р-05-13 по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе от 07.03.2013 г. (далее – Определение о возбуждении дела) ООО «Билдинг» признано лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе.

В ответ на определение об отложении рассмотрения дела № 32-Р-05-13 от 10.04.2013 г. ООО «Билдинг» письмом № 25 от 28.05.2013 г. сообщило, что Обществом было проведено служебное расследование, в результате чего была выявлена опечатка оператора. По отношению к сотруднику были приняты организационные меры, а также меры по усилению контроля над обработкой данных. ООО «Билдинг» приносит свои извинения абоненту с номером телефона +8<...>, ошибочно получившему СМС-сообщение.

Комиссия, изучив имеющиеся материалы дела № 495-13-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 +8<...> 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 +8<...> было дано

соответствующее согласие.

Таким образом, реклама с текстом следующего содержания: «Прикинь! Доехал от Стадиона до Центра всего за 90 рублей. Звони 201010» 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 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 № 01-02-04-01-1044 от 30.10.2012 г., рекламодателем указанной рекламы является ООО «Билдинг» (юридический и почтовый адреса: 614111, г. Пермь, ул. Солдатова, д. 44, оф. 12).

Доказательств соблюдения требований Закона о рекламе со стороны ООО «Билдинг» 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: «Прикинь! Доехал от Стадиона до Центра всего за 90 рублей. Звони 201010», отправитель: «МАКС», распространенную 17.01.2013 г. в 17 часов 11 мин. (МСК) гражданину, которому

предоставлен номер телефона 8<...> 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 «Билдинг» 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 «Билдинг» административного дела по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Решение изготовлено в полном объеме 16 августа 2013 года.

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