

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

**В составе:**

председатель Комиссии – заместитель руководителя – начальник отдела Фадеева М.В.;

**рассмотрев дело** № 03-18/65-2013 по признакам нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – закон о рекламе), выразившегося в распространении на абонентский номер SMS -сообщения с СМС-центра 89023708060, без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Нужны ДЕНЬГИ? - Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862»,

в присутствии представителя ОАО «Мегафон»,

**УСТАНОВИЛА:**

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

В своем заявлении гражданин указал, что на его абонентский номер было направлено SMS -сообщение с номера 89023787748, без предварительного согласия абонента следующего содержания:

«Нужны деньги? - Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862».

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 Мухлыгин А.А. 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 У ФАС 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 89023708060. Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, указанный СМС-центр принадлежит ОАО «СМАРТС».

ОАО «СМАРТС» письмом от 28.03.2014 исх. № 1-1658 указало, что рассматриваемое смс-сообщение направлено ООО «Прометей» на основании договора № 01-02-04-826 от 01.10.2013.

В соответствии с п. 2.1 данного договора ОАО «СМАРТС» обязуется предоставить услуги по конвертированию телематических протоколов, используемых ООО «Прометей» для отправки СМС-сообщений, в протоколы сетей подвижной связи с необходимым уровнем качества, а также обеспечить учет объема предоставляемых услуг.

П. 3.2.2 договора установлено, что ООО «Прометей» обязуется не использовать свой комплекс и комплекс ОАО «СМАРТС» для организации СПАМА, для намеренной передачи сообщений, которые могут привести к нарушению работоспособности оборудования ОАО «СМАРТС», для массовой передачи

сообщений оскорбительного или клеветнического характера или сообщений разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь.

Согласно п. 3.2.3 договора ООО «Прометей» необходимо в обязательном порядке получить предварительное письменное согласие от абонента, на абонентский номер которого будет производиться отправка СМС-сообщений с информацией ООО «Прометей».

Из указанного следует, что положения в договоре, не исключают обязанности 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 рассматриваемой рекламе рекламируются услуги ООО «Нано-Финанс», т.е. ООО «Нано-Финанс» является рекламодателем указанной рекламы.

ООО «Нано-Финанс» письмом от 21.02.2014 исх. № 121 указало, что не осуществляет самостоятельно рассылку рекламных сообщений, а привлекает для этого третьих лиц, заключая договор о возмездном оказании услуг. ООО «Нано-Финанс» заключен договор № 376 от 26.07.2013 с ООО «Прометей» на распространение указанной рекламы. Согласно п. 3.1.2 договора указано, что ООО «Прометей» необходимо обеспечить распространение рекламы в порядке и на условиях, соответствующих требованиям законодательства Российской Федерации, при использовании базы данных абонентов, находящихся в распоряжении ООО «Прометей».

В разделе 4 указанного договора содержатся следующие положения:

1. ООО «Нано-Финанс» не несет ответственность за порядок размещения и распространения рекламной информации посредством рассылки сообщений абонентам ООО «Прометей». ООО «Прометей» гарантирует, что рассылка будет осуществлена в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, регулирующими порядок распространения рекламы подобного рода;
2. ООО «Прометей» гарантирует ООО «Нано-Финанс», что при реализации положений договора права абонентов на получение рекламной информации не будут нарушены;
3. ООО «Прометей» гарантирует, что ООО «Нано-Финанс» ни при каких условиях не будет привлечен к выплатам компенсаций в пользу третьих лиц в связи с нарушением требований законодательства Российской Федерации по распространению рекламы в рамках договора.

Из договорных отношений ООО «Нано-Финанс» и ООО «Прометей» следует, что ООО «Нано-Финанс» не нарушало законодательство о рекламе являясь рекламодателем рассматриваемой рекламы, а обязательства по соблюдению законодательства возложены на ООО «Прометей». ООО «Прометей» в свою очередь не исполнило положения законодательства о рекламе, так как не получив согласия гражданина Мухлыгина А.А. распространило на его телефонный номер смс-сообщение рекламного характера.

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, рекламодателем 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 рекламодателя с учетом обстоятельств конкретного дела. В соответствии с частью 1 статьи 46 Федерального закона «О связи» оператор связи обязан:

- оказывать пользователям услуги 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» и ОАО «СМАРТС» как операторы связи в соблюдении действующего законодательства обеспечили возможность пропуска трафика по своим сетям связи и не распространяли 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 ОАО «СМАРТС» 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 ОАО «СМАРТС» договор, свидетельствует о том, что его предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений.

Таким образом, действия ООО «Прометей» отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Закона о рекламе в отношении рекламораспространителя – 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 Мухлыгина А.А. рекламы следующего содержания: «Нужны ДЕНЬГИ? - Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862», 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 рекламораспространитель.

При этом Закон содержит понятие рекламораспространителя и не ограничивает количество таких рекламораспространителей. Рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

В данном случае ООО «Прометей» в рамках заключенного договора осуществило фактическое доведение сведений о финансовой услуге, предоставляемой ООО «Нано-Финанс» до сведения потребителя, то есть являлся рекламораспространителем.

Марийское УФАС России считает, что в данном случае отсутствуют основания для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе со стороны ООО «Прометей», так как рассматриваемое СМС-сообщение было распространено в конкретный момент (09.12.2013 г. в 13 часов 24 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: «Нужны ДЕНЬГИ? - Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862», направленную 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 изготовлено в полном объеме 03 июня 2014 года.

Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд Республики Марий Эл.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии