

ЗАО «Ярославль-GSM»

ул. Свободы, д. 18,

г. Ярославль, 150000

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»

ул. Сущевский Вал, д. 16, стр. 6

г. Москва, 127018

ИП Павлов Ю.И.

Петергофское шоссе, д. 21, корп.3,

кв. 162, г. Санкт-Петербург, 198328

04.12.2014 № 18328/04-01 Заневский проспект, д. 12,

г. Санкт-Петербург, 195112

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-01/12-14

«21» ноября 2014 года г. Ярославль

Комиссия Ярославского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии – заместитель руководителя управления Завьялов М.Ф.,

члены Комиссии: начальник отдела естественных монополий и рекламы Ярославского УФАС России Бай-Бородина Л.Ю., главный специалист-эксперт Правдина С.Н., специалист-эксперт Солодяшкина С.Д.,

рассмотрев дело № 04-01/12-14, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения гражданином Р. 14.10.2013 г. в 12:45 на номер его мобильного телефона <...> смс-сообщения рекламного характера: «Недорогое такси. Подача 20 мин. Оплата картами. Wi-Fi интернет.3211111», без его согласия,

УСТАНОВИЛА:

Закрытое акционерное общество «Ярославль-GSM» (далее – ЗАО «Ярославль-GSM»), Общество с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (далее – ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»), Индивидуальный предприниматель Павлов Юрий Иванович (далее – ИП Павлов Ю.И.), привлеченные в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, на рассмотрение дела уполномоченных представителей не направили, о дате, времени и месте рассмотрения дела извещены надлежащим образом. В соответствии с пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. № 508, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие представителей указанных лиц.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области поступило заявление физического лица, проживающего в г. Санкт-Петербурге, направленное из ФАС России для рассмотрения в соответствии с пунктом 6 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. № 508 (вх. № 10910 от 25.11.2013).

Заявитель сообщает о том, что 14.10.2013 в 12:45 на номер его мобильного телефона <...> поступило нежелательное смс-сообщение (реклама) с номера 3211111 и содержало следующий текст: «Недорогое такси. Подача 20 мин. Оплата картами. Wi-Fi интернет.3211111».

Заявитель считает распространение данной рекламы нарушением Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее ФЗ «О рекламе»), поскольку не давал своего согласия на ее получение.

В соответствии с частью 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.

Кроме того, согласно части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Согласно сведений, предоставленных Открытым акционерным обществом «Вымпел-Коммуникации» (исх. № 00069/14-ицр-ярс от 22.01.2-14), абонентом которого является заявитель, смс-сообщение поступившее 14.10.2013 в 12:45 было направлено с номера 79023708299, выделенного оператору связи Открытому акционерному обществу «Средневолжская межрегиональная ассоциация радиотелекоммуникационных систем» (далее - ОАО «СМАРТС»), что подтверждается выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи по состоянию на 24.01.2014.

ОАО «СМАРТС» сообщило, что согласно решению Федерального агентства связи об изменении нумерации единой сети электросвязи Российской Федерации № 23962 от 28.08.2008 ресурс нумерации 3700000-3799999 выделен ОАО «СМАРТС». Так как ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, то согласно технической документации номер <...> (902)3708299 был закреплен за смс-центром ЗАО «Ярославль-GSM».

Дело № 04-01/12-14 возбуждено по признакам нарушения части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в отношении ЗАО «Ярославль-GSM».

ЗАО «Ярославль-GSM» на определение о возбуждении дела в письмах от 10.02.2014 № 01/61 и 12.02.2014 № 01/67 сообщило, что номер <...> (902)3708299, закрепленный за смс-центром ЗАО «Ярославль-GSM», является техническим, рассылка смс-сообщения осуществлялась контрагентом ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» на основании заключенного договора на услуги связи, в соответствии с которым ЗАО «Ярославль-GSM» (Оператор) предоставляет контрагенту (Провайдеру) услуги по приему от Провайдера SMS для доставки их на мобильные терминалы Абонентов других сетей транзитом через сеть Оператора. Содержание, адрес отправителя, адресаты смс-сообщений определяются Провайдером самостоятельно и направляются программным обеспечением Провайдера посредством обращения через сеть Интернет по SMPP протоколу версии 3.4. к оборудованию Оператора для рассылки. Действующее законодательство не предусматривает обязанности Оператора сотовой подвижной радиотелефонной связи при оказании соответствующих услуг контролировать содержание смс-сообщений, направляемых посредством их сетей. При заключении договора Оператор и Провайдер, следуя нормам действующего законодательства, в частности, части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», закрепили соответствующую обязанность Провайдера не использовать выделенные каналы и подключение к оборудованию Оператора для организации спама. Таким образом, Провайдер обязан для отправки смс-сообщения рекламного характера получить согласие Абонента на ее получение.

Определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 04-01/12-14 от 12.02.2014 г. к участию в рассмотрении дела привлечено ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» в письме от 11.03.2014 исх. № б/н сообщило, что отправителем рассматриваемого смс-сообщения является ИП Павлов Ю.И., которому ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» на основании заключенного договора предоставляет техническую возможность отправки смс-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform», а ИП Павлов Ю.И. обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации, в том числе ФЗ «О рекламе», обязан получать от абонентов письменное согласие на получение смс-сообщений.

Рассмотрение дела приостанавливалось до вступления в законную силу решения суда по делу № А82-17009/2013.

Определением о возобновлении производства по делу № 04-01/12-14 от 27.10.2014 г. к участию в рассмотрении дела привлечен ИП Павлов Ю.И. в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о

рекламе.

ИП Павлов Ю.И. в письменных пояснениях по делу сообщил, что рассматриваемое смс-сообщение не является рекламой, поскольку рассылка смс-сообщений производится индивидуализированным субъектам (абонентам сотовых операторов). Предприниматель получает согласие абонентов на рассылку им информационных смс-сообщений посредством акцепта последними публичной оферты при использовании Терминалов самообслуживания по приему платежей от населения в г. Санкт-Петербурге. На каждом Терминале указаны Правила использования и эксплуатации, кроме того, в интерфейсе используемой программы по приему платежей содержатся условия публичной оферты. Началом использования Терминала является активация кнопки, подтверждающей согласие с условиями настоящей оферты. Исполнение каких-либо пунктов данной оферты при игнорировании прочих недопустимо. Частичное принятие оферты недопустимо. В доказательство того, что заявитель дал свое согласие на получение смс-сообщений предоставлена выписка из программы приема платежей о дате и времени оплаты абонентом <...> услуг телефонной подвижной сотовой связи с использованием Терминала самообслуживания.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующему выводу.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» реклама - это информация, распространяемая 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. Объект рекламирования – товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама. Товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Распространенная по сетям электросвязи 14.10.2013 в 12:45 на номер мобильного телефона <...> смс-сообщение «Недорогое такси. Подача 20 мин. Оплата картами. Wi-Fi интернет.3211111» отвечает вышеперечисленным требованиям рекламного законодательства, следовательно, является рекламой, объектом рекламирования в которой являются услуги такси.

Комиссией отклоняются доводы ИП Павлова Ю.И. о том, что данное смс-сообщение не является рекламой, поскольку направлялось индивидуализированному субъекту (абоненту сотового оператора), так как это не соответствует фактическим обстоятельствам дела, а то, что получателем смс-сообщения является абонент сотовой связи не может свидетельствовать о том, что это персонифицированное смс-сообщение, а лишь свидетельствует о специфике распространения рекламы данным способом (по сетям электросвязи).

В соответствии с частью 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.

Частью 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлен запрет на использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

ОАО «ВымпелКом» предоставило сведения о том, что абонентом телефонного номера <...>, на который поступило рассматриваемое смс-сообщение, является заявитель, а также детализацию смс-сообщений, согласно которой 14.10.2013 в 12:45 поступило смс-сообщение на номер <...>.

Согласно скриншота, предоставленного заявителем, на номер его мобильного телефона 14.10.2013 в 12:45 поступило смс - сообщение «Недорогое такси. Подача 20 мин. Оплата картами. Wi-Fi интернет.3211111» от 3211111 через SMS-центр: +79023708299.

Номер SMS-центра +79023708299 выделен оператору связи ЗАО «Ярославль-GSM».

Между ЗАО «Ярославль-GSM» (Оператором) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Провайдером) заключен договор № 2СМС от 01.10.2012 г. на оказание услуг Оператором по приему от Провайдера SMS для доставки их на мобильные терминалы Абонентов собственной и других сетей транзитом через сеть Оператора.

Статья 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) содержит основные понятия, используемые в настоящем законе, согласно которой под услугой связи понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений (п. 32 ст.2 Закона о связи); под сетью связи понимается – технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для электросвязи или почтовой связи (п. 24 ст. 2 Закона о связи); под линиями связи понимаются линии передачи, физические цепи и линейно-кабельное сооружение связи (п.7 Закона о связи).

В силу статьи 2 Закона о связи под абонентом понимается пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии со статьей 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услуг связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

В соответствии с заключенным между ЗАО «Ярославль-GSM» (Оператор) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Провайдер) договором Оператор предоставляет Провайдеру возможности отправлять своим клиентам пользовательские

сообщения, а не распространять рекламу.

Таким образом, Оператор, обеспечивая техническую возможность использования данной услуги, фактически является средством, посредством которого абоненты могут обмениваться текстовой информацией в виде приема/передачи коротких текстовых сообщений.

Следовательно, оператор связи в этом случае не несет ответственность за распространение смс-сообщения рекламного характера и не может прекратить оказание данной услуги, если только абонент сам не обратится к нему с таким заявлением (в устной или письменной форме).

Пункт 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определяет рекламораспространителя как лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Комиссией не установлено в действиях ЗАО «Ярославль-GSM» нарушения требований ФЗ «О рекламе», поскольку оператор связи не может являться рекламораспространителем, в связи с чем, дело в отношении ЗАО «Ярославль-GSM» подлежит прекращению.

По указанным выше условиям нормативных документов в сфере связи Провайдер имеет такие же права и обязанности, как и обычный абонент, получающий услуги связи.

Договором № 2СМС от 01.10.2012 г. предусмотрена обязанность Провайдера соблюдать требования действующего законодательства, в частности, части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». Пунктом 2.1.5 Договора закреплена соответствующая обязанность Провайдера не использовать выделенные каналы и подключение к оборудованию Оператора для организации Спاما, то есть рассылки смс-сообщений рекламного характера, которая осуществлена на мобильные терминалы Абонентов без предварительного согласия Абонентов.

Таким образом, Провайдер – ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» обязан для отправки смс-сообщений рекламного характера получить согласие Абонента на ее получение.

В свою очередь ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» заключило договор на оказание услуг № ДТ-К/013119 от 23.10.2012 г. и дополнительное соглашение № 1 к нему от 23.10.2012 г. на отправку/прием сообщений с ИП Павловым Ю.И., который в соответствии с пунктом 3.3.1 Дополнительного соглашения обязался соблюдать требования законодательства Российской Федерации, в том числе ФЗ «О рекламе», на основании пункта 3.3.2 Дополнительного соглашения обязан получить от Абонента письменное согласие на получение смс-сообщения.

По мнению Комиссии не могут быть приняты в качестве доказательства предварительного согласия абонента на получение рекламы, распространяемой по сетям электросвязи, доводы о том, что заявитель, получивший рассматриваемое смс-сообщение 14.10.2013 г., воспользовавшись услугами терминалов самообслуживания 13.07.2012, 17.06.2012, 20.12.2012, 11.08.2012, 16.05.2012, 30.10.2013 при перечислении сумм платежкой на номер мобильного телефона <...>, предоставил свое согласие на смс-рассылку на основании размещенной в Терминале публичной оферты на заключение договора оказания

услуг по осуществлению переводов денежных средств, в соответствии с пунктами 2.3, 3.6, 3.6.1, 3.6.2 которой пользователь Терминала выражает свое согласие на получение смс-сообщений на его телефонный номер <...> Исходя из предоставленных в материалы дела документов, установить лицо, воспользовавшееся услугами терминала не представляется возможным, отсутствует подпись заявителя, подтверждающая его согласие на подобную рассылку. Кроме того, в рассматриваемом в рамках данного дела заявлении сообщается, что согласия на смс-рассылку рекламного характера заявитель не давал.

В соответствии частью 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ИП Павлов Ю.И. являются рекламодателями рассматриваемой рекламы, поскольку осуществили распространение рекламы «Недорогое такси. Подача 20 мин. Оплата картами. Wi-Fi интернет.3211111», поступившей на номер мобильного телефона<...> 14.10.2013 в 12:45, по сетям подвижной радиотелефонной связи посредством использования соответствующих технических средств.

Кроме того, по мнению Комиссии, при распространении рассматриваемой рекламы рекламодателями ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ИП Павлов Ю.И. допущено нарушение части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускающей использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки), поскольку рассылка осуществлялась автоматически по соответствующим базам телефонных номеров, сформированным на технических средствах Терминалов самообслуживания и переданных на технические средства ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ».

Таким образом, при распространении 14.10.2013 в 12:45 по сетям электросвязи на номер мобильного телефона <...> смс-сообщения «Недорогое такси. Подача 20 мин. Оплата картами. Wi-Fi интернет.3211111» ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ИП Павлов Ю.И. допущено нарушение требований частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

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

Руководствуясь пунктом 2 части 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 «Недорогое такси. Подача 20 мин. Оплата картами. Wi-Fi интернет.3211111», поступившую 14.10.2013 в 12:45 на номер мобильного телефона <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе»
2. Выдать ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Выдать ИП Павлову Ю.И. предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ярославского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

5. Дело № 04-01/12-14 в отношении ЗАО «Ярославль-GSM» прекратить.

Решение изготовлено в полном объеме «03» декабря 2014 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии _____ М.Ф.Завьялов

Члены Комиссии _____ Л.Ю. Бай-Бородина

_____ С.Н. Правдина

_____ С.Д. Солодяшкина