ЗАО «Волгоград-GSM»

ул. Коммунистическая, д. 19Д,

г. Волгоград, 400131

ООО «А1 Системс»

Большой Тишинский пер., 43/20, 2,

г. Москва, 123557

ул. Сущевский Вал, д. 9, офис 402,

г. Москва, 127018

ООО «Электроник Восток»

ул. Нижняя, д. 5, пом. 6,

г. Москва, 125040

ООО «Про-Технологии»

ул. Калинина, д. 10, г. Брянск,

241050

ул. Ульянова, 103, 11, г. Брянск,

241050

ИП Лобас М. А.

пр-д <…>, д. <…>, корп.<…>,

кв. <…>, г. Ярославль, 150062

ООО «Торговые технологии»

ул. Республиканская, д. 84,

г. Ярославль, 150000

15.04.2016 № 4148/04-01

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-01/52-14

«14» апреля 2016 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., ведущий специалист-эксперт Солодяшкина С.Д.,

рассмотрев дело № 04-01/52-14, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения гражданином М. 17.11.2013 г. в 13:04 на номер его мобильного телефона <…> смс-сообщения рекламного характера: «День рождения бутика UNIQUE! Сегодня скидки на все 20%, розыгрыш призов, шампанское! Ждем Вас ул. Республиканская, 84 1 эт. т. 309322», без согласия абонента на его получение, в присутствии ИП Лобас М.А., привлеченного к участию в рассмотрении дела в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе,

УСТАНОВИЛА:

Закрытое акционерное общество «Волгоград-GSM» (далее – ЗАО «Волгоград-GSM»), Общество с ограниченной ответственностью «А1 Системс» (далее – ООО «А1 Системс»), Общество с ограниченной ответственностью «Электроник Восток» (далее – ООО «Электроник Восток»), Общество с ограниченной ответственностью «ПРО-Технологии» (далее - ООО «ПРО-Технологии»), ООО «Торговые Технологии», привлеченные к рассмотрению дела 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 гражданина М., 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. № 11710 от 16.12.2013).

Заявитель сообщает о том, что 17.11.2013 г. в 13:04 на номер его мобильного телефона <…> поступило нежелательное смс-сообщение (реклама) с номера +89201132802 и содержало следующий текст: «День рождения бутика UNIQUE! Сегодня скидки на все 20%, розыгрыш призов, шампанское! Ждем Вас ул. Республиканская, 84 1 эт. т. 309322».

Заявитель считает распространение данной рекламы нарушением Федерального закона о рекламе, поскольку не давал своего согласия на ее получение.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - 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 рекламораспространитель 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 дозванивания, автоматической рассылки).

Согласно представленного заявителем скиншота смс - сообщение поступило через смс-центр: +79020980204, согласно Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи данный номер выделен ЗАО «Волгоград-GSM».

Дело № 04-01/52-14 возбуждено определением от 14.02.2014 г. (исх. № 1334/04-01 от 14.02.2014) в отношении ЗАО «Волгоград-GSM» по признакам нарушения частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 04-01/52-14 от 13.03.2014 г. к участию в рассмотрении дела привлечено ООО «Торговые технологии» в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ЗАО «Волгоград-GSM» сообщило, что рассматриваемое смс-сообщение было отправлено ООО «А1 Системс» на основании договора № 2779785 от 01.12.2012 и дополнительного соглашения № 1 от 01.12.2012 г. на предоставление услуги «SMS-контакт».

ООО «А1 Системс» сообщило, что номер <...> был выделен Заказчику ООО «Электроник Восток» в рамках договора № 450syst1 от 01.02.2013 на оказание услуг по предоставлению доступа для отправки смс-сообщений к SMSC ООО «А1 Системс». Также представило письменные пояснения ООО «Электроник Восток»,

направленные в адрес ООО «А1 Системс», о том, что рассматриваемое смс-сообщение было сформировано и передано через их платформу на платформу ООО «А1 Системс» третьим лицом – ООО «ПРО-Технологии» на основе договора № ЭВ-264-11 от 01.08.2011. ООО «ПРО-Технологии» также не являются конечным отправителем смс-сообщения, предоставляют свою платформу для использования третьим лицам на условии ответственности последних, в данном случае лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы, указывается ИП Лобас М.А. на основании заключенного договора № 11856-М/2012 от 19.07.2012. В соответствии с информационным письмом ИП Лобас М.А., направленным в адрес ООО «ПРО-Технологии», он обеспечивает возможность отправки смс-сообщений через собственный веб-интерфейс ООО «Торговые технологии.

Рассмотрение дела приостанавливалось до установления местонахождения лица, осуществившего распространение рассматриваемого смс-сообщения.

Определением о возобновлении производства по делу № 04-01/52-14 от 14.03.2016 г. к участию в деле в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе привлечены ООО «А1 Системс», ООО «Электроник Восток», ООО «ПРО-Технологии» и ИП Лобас М.А.

ООО «А1 Системс» на определение о возобновлении дела № 04-01/52-14 вновь сообщило, что номер <...> (смс-центр +79020980204) был присвоен контрагенту ООО «Электроник Восток» по договору № 450-syst1 от 01.02.2013 г. В рамках данного договора указанным контрагентом была произведена отправка рассматриваемого смс-сообщения. ООО «А1 Системс» не осуществляло распространение рекламы по сетям подвижной радиотелефонной связи, в связи с чем, в действиях ООО «А1 Системс» отсутствуют признаки нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

ИП Лобас М.А. пояснил, что отправка рассматриваемого смс-сообщения была осуществлена ООО «Торговые Технологии», которому ИП Лобас М.А. была предоставлена техническая возможность для отправки смс-сообщения. ИП Лобас М.А. является дилером ООО «ПРО Технологии», предоставляющим свой программный комплекс для отправки смс-сообщений. При использовании системы ООО «Про Технологии» задачей Дилера является привлечение клиентов, чтобы они пользовались данным сервисом. Клиенты заключают с ИП Лобас М.А. договор, позволяющий клиентам регистрироваться в программном комплексе и создавать личный кабинет. Задачей Дилера является обучение клиентов и оказание помощи в освоении нюансов пользования данным сервисом, сам Дилер не вмешивается в процесс смс-отправки, клиенты рассылают их сами. У него как у администратора есть возможность заблокировать клиента, если есть подозрение на отправку незаконных смс-сообщений. С ООО «Торговые Технологии» был заключен договор на предоставление доступа к системе смс-рассылки, который содержит всю информацию о недопустимости рассылки спама. Кроме того клиенты ознакомлены с бухгалтерскими документами и правилами пользования сервисами. Данный клиент, который осуществлял рассылку, заблокирован, в подтверждение последней рассылки предоставлена распечатка последних платежей.

Рассмотрев материалы дела, заслушав доводы ИП Лобас М.А., 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 17.11.2013 в 13:04 на номер мобильного телефона <…> информация «День рождения бутика UNIQUE! Сегодня скидки на все 20%, розыгрыш призов, шампанское! Ждем Вас ул. Республиканская, 84 1 эт. т. 309322» отвечает вышеперечисленным требованиям рекламного законодательства, следовательно, является рекламой.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

ПАО «Мобильные ТелеСистемы» подтвердило, что заявитель является абонентом телефонного номера, на который поступило рассматриваемое смс-сообщение, предоставило детализацию смс-сообщений, в соответствии с которой рассматриваемое смс-сообщение поступило с номера 89020980204, принадлежащего номерной емкости ЗАО «Волгоград-GSM».

Между ЗАО «Волгоград GSM»» (Оператором) и ООО «А1 Системс» (Абонент) заключен договор № 2779785 от 01.12.2012 на предоставление услуг подвижной радиотелефонной связи и Дополнительное соглашения № 1 к данному договору на предоставление услуги «SMS-контакт» от 01.12.2012 г. Согласно предмета дополнительного соглашения Оператор предоставляет Абоненту услугу «SMS-контакт» согласно приложению № 1 к дополнительному соглашению. Фактом оказания Услуги «SMS-контакт» по настоящему дополнительному соглашению является доставка смс-сообщения, сформированного и отправленного Абонентом, от оборудования Абонента к конечному получателю. Абонент имеет право привлекать третьих лиц для обеспечения связи по Интерфейсу с Оператором. При этом Абонент несет ответственность за их работу как за свою собственную. В соответствии с пунктом 5.2 дополнительного соглашения Абонент обязан использовать Интерфейс для передачи информации конечным получателям только после получения от конечного получателя предварительного согласия на получение данной информации.

ООО «А1 Системс» сообщило, что номер <...> был выделен контрагенту ООО «Электроник Восток» в рамках оказания услуг по договору № 450-syst1 от 01.02.2013 г. Согласно предмету договора ООО «А1 Системс» (Исполнитель) обязуется оказывать ООО «Электроник Восток» (Заказчику) услуги по предоставлению

доступа для отправки смс-сообщений к SMSC Исполнителя посредством технических и программных средств Исполнителя абонентам Операторов. Фактом оказания услуг является доставка смс-сообщения, сформированного и отправленного Заказчиком от SME Заказчика к серверу SMS- услуг Операторов, для дальнейшей передачи Абоненту. В соответствии с пунктом 3.1.2. Заказчик обязался не использовать SMSC и SME для передачи СПАМа. Заказчик рассылает смс-сообщения только абонентам, которые дали согласие на получение смс-сообщений.

ООО «Электроник Восток» сообщило, что рассматриваемое смс-сообщение было передано ООО «ПРО-Технологии» на основании договора № ЭВ-264-11 от 01.08.2011 г. Согласно предмета данного договора ООО «Электроник Восток» (Исполнитель) оказывает за плату ООО «ПРО-Технологии» (Заказчику) услуги по обеспечению доступа к Системе, обеспечивающей формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений в течение определенного периода в соответствии с Правилами предоставления услуг (Приложение № 1 к настоящему договору) и действующими тарифами Исполнителя, согласованными Сторонами. В соответствии с пунктом 3.2.1. Заказчик обязан в обязательном порядке получить от абонента (непосредственно или через клиента Заказчика), на телефон которого планируется отправка смс-сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена оператору в случае необходимости в качестве безоговорочного доказательства добровольности адресата на получение смс-сообщений. Согласно пунктов 1, 2, 3 Правил предоставления услуг, указанных в Приложении № 1 к договору № ЭВ-264-11 от 01.08.2011 г. услуги предоставляются только Заказчику, заключившему договор с Исполнителем о предоставлении услуг и зарегистрированному в Системе. При регистрации в Системе Заказчик получает персональные логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта Исполнителя. Исполнитель предоставляет оплаченные Заказчиком услуги доступа к Системе, обеспечивает формирование и доставку смс-сообщений. Передача информации (текст смс-сообщения, телефон т др. информация) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет, протокол SMPP 3.3., 3.4.

Между ООО «ПРО-Технологии» и ИП Лобас М.А. заключен Дилерский договор № 11956-М/2012 предоставления услуг от 19.07.2012 г. Согласно пунктов 2.1., 2.2. данного договора ООО «ПРО-Технологии» (Компания) предоставляет за плату ИП Лобас М.А. (Дилеру) услуги по передаче различного рода информации путем рассылки смс-сообщений с использованием ресурсов сервера Компании. Отправка смс-сообщений осуществляется Дилером через его «Личный кабинет» расположенный на сайте Компании. Пунктами 3.1. и 3.9. данного дилерского договора установлено, что Дилер может предоставить своим клиентам возможность отправки смс-сообщений их адресатам путем использования «Личного кабинета», при этом Дилер несет ответственность за действия его клиентов, которым он дал доступ в «Личный кабинет», за соблюдение ими требований действующего законодательства, содержание передаваемых сообщений, их соответствие законодательству Российской Федерации, и обязуется возместить причиненные невыполнением данной обязанности убытки Компании, в том числе понесенные по решениям уполномоченных государственных органов.

Согласно сведениям, предоставленным ИП Лобас М.А. сообщение исходило от

ООО «Торговые технологии», зарегистрированного в Системе с 24.08.2012 по договору № 12766 (полный текст договора оферты размещался на главной странице сайта www.global-project.in).

Таким образом, распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, стало возможным благодаря осуществлению последовательных действий лиц, участвующих в рассылке данной рекламы по сетям электросвязи на основе заключенных договоров: ООО «А1Системс», являясь абонентом ЗАО «Волгоград-GSM», осуществило распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи, используя технические средства оператора подвижной радиотелефонной связи ЗАО «Волгоград-GSM»; ООО «Электроник Восток», являясь Заказчиком по договору с ООО «А1 Системс», осуществило распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи через сеть Интернет на технические средства ООО «А1 Системс»; ООО «Про-Технологии», являясь заказчиком по договору с ООО «Электроник Восток» осуществило распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи через сеть Интернет на технические средства ООО «Электроник Восток», ИП Лобас М.А. и ООО «Торговые технологии» в соответствии с договором с ООО «ПРО-Технологии» осуществили распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи через сеть Интернет на технические средства ООО «Про-Технологии».

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

В соответствии частью 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» ООО «А1 Системс», ООО «Электроник Восток», ООО «Про-Технологии», ИП Лобас М.А., ООО «Торговые технологии» являются рекламораспространителями рассматриваемой рекламы, поскольку на основании заключенных договоров, используя каждый соответствующие технические средства, осуществили распространение рекламы «День рождения бутика UNIQUE! Сегодня скидки на все 20%, розыгрыш призов, шампанское! Ждем Вас ул. Республиканская, 84 1 эт. т. 309322», поступившей 17.11.2013 в 13:04 на номер мобильного телефона <…>.

В материалы дела не предоставлено предварительного согласия абонента <…> на получение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи, несмотря на то, что ООО «А1 Системс», ООО «Электроник Восток», ООО «Про-Технологии», ИП Лобас М.А., ООО «Торговые технологии» в соответствии с заключенными договорами обязались в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение сообщения.

Отсутствие предварительного согласия абонента на получение рекламы, распространенной посредством использования сетей электросвязи, как подвижной радиотелефонной связи, так и сети Интернет, является нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Кроме того, по мнению Комиссии, при распространении рассматриваемой рекламы 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 дозванивания, автоматической рассылки), поскольку рассылка рекламы, поступившей на технические средства ООО «А1 Системс», ООО «Электроник Восток», ООО «Про-Технологии», осуществлялась ими автоматически.

В части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» содержится запрет на автоматическую рассылку рекламы по сетям электросвязи.

По сути, данная норма запрещает так называемый спам (массовую рассылку рекламы и иной коммерческой информации лицам, не выражавшим желания их получать).

Согласно пункту 2 Постановления Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 № 575 «Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи» под спамом понимается телематическое электронное сообщение, переданное неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту и (или) пользователю без их предварительного согласия и не позволяющее определить отправителя этого сообщения, в том числе ввиду указания в нем несуществующего или фальсифицированного адреса отправителя.

Под запрет, установленный в части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

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

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

В действиях ЗАО «Волгоград-GSM» Комиссией не установлено нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе». ЗАО «Волгоград-GSM» в рамках заключенного с ООО «А1 Системс» Договора является оператором подвижной радиотелефонной связи. Оператор подвижной радиотелефонной связи в силу оказания лицензионных услуг не может являться рекламораспространителем. В связи с чем, дело в отношении ЗАО «Волгоград-GSM» подлежит прекращению.

Таким образом, ООО «А1 Системс», ООО «Электроник Восток», ООО «ПРО-Технологии», ИП Лобас М.А., ООО «Торговые технологии» при распространении рассматриваемой рекламы допущено нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку распространение рекламы по сетям электросвязи осуществлялось без предварительного согласия абонента на получение рекламы, а также части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку рассылка осуществлялась автоматически.

Комиссией принято решение выдать предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе в связи с тем, что в материалы дела не представлено письменных доказательств прекращения распространения рекламы на номер <…

> без предварительного согласия абонента на получение рекламы. Представленная ИП Лобас М.А. распечатка с сайта о последней оплате услуг, произведенной 06.05.2014 г. (не известно каким Заказчиком), не является таким доказательством.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с подпунктом а) пункта 36, пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу «День рождения бутика UNIQUE! Сегодня скидки на все 20%, розыгрыш призов, шампанское! Ждем Вас ул. Республиканская, 84 1 эт. т. 309322», поступившую 17.11.2013 в 13:04 на номер мобильного телефона <…>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «А1 Системс», ООО «Электроник Восток», ООО «ПРО-Технологии», ИП Лобас М.А., ООО «Торговые технологии» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Дело № 04-01/52-14 в отношении ЗАО «Волгоград-GSM» прекратить в связи с не подтверждением в ходе рассмотрения дела в его действиях наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Решение изготовлено в полном объеме « 15 » апреля 2016 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.Д. Солодяшкина