

ЗАО «Ярославль-GSM»

ул. Свободы, д. 18,

г. Ярославль, 150000

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»

ул. Сущевский Вал, д. 16, стр. 6

г. Москва, 127018

ИП Левчук А.Д.

ул. Кантемировская, д. 37, оф. 3И,

БЦ Мебель Сити 2,

г. Санкт-Петербург, 194100

11.01.2016 № 34/04-01

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-01/15-14

«25» декабря 2015 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 № 04-01/15-14, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения гражданином П. 15.10.2013 г. в 14:37 на номер его мобильного телефона <...> смс-сообщения рекламного характера «25 роз EXTRA 1350 р. Возможна доставка тел. 666-5-666, тел. 926-2-252» без предварительного согласия абонента на получение

рекламы,

УСТАНОВИЛА:

Закрытое акционерное общество «Ярославль-GSM» (далее – ЗАО «Ярославль-GSM»), Общество с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (далее – ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»), Индивидуальный предприниматель Левчук Александр Дмитриевич (далее – ИП Левчук А.Д.), 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 15.10.2013 в 14:37 на номер его мобильного телефона <...> поступило нежелательное смс-сообщение (реклама) с номера <666-5666> и содержало следующий текст: «25 роз EXTRA 1350 р. Возможна доставка тел. 666-5-666, тел. 926-2-252».

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 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 дозвонивания, автоматической рассылки).

Дело № 04-01/15-14 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 <...>, 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 № 04-01/15-14 от 06.03.2014 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» сообщило, что отправителем рассматриваемого смс-сообщения является ИП Левчук А.Д., которому ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» на основании заключенного договора предоставляет техническую возможность отправки смс-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform», а ИП Левчук А.Д. обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации, в том числе ФЗ «О рекламе», обязано получать от абонентов письменное согласие на получение смс-сообщений.

Рассмотрение дела приостанавливалось до установления местонахождения лица, осуществившего распространение рассматриваемой рекламы.

Определением о возобновлении производства по делу № 04-01/15-14 от 27.11.2015 г. к участию в рассмотрении дела привлечен ИП Левчук А.Д. в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

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.

Распространенное по сетям электросвязи 15.10.2013 в 14:37 на номер мобильного телефона <...> смс-сообщение «25 роз EXTRA 1350 р. Возможна доставка тел. 666-5-666, тел. 926-2-252» отвечает вышеперечисленным требованиям рекламного законодательства, следовательно, является рекламой, объектом рекламирования в которой являются цветы и услуги по их доставке.

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 15.10.2013 в 14:37 поступило смс-сообщение на номер <...>.

Согласно скриншота, предоставленного заявителем, на номер его мобильного телефона 15.10.2013 в 14:37 поступило смс - сообщение «25 роз EXTRA 1350 р. Возможна доставка тел. 666-5-666, тел. 926-2-252» от <666-5666> 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.

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 в силу оказания лицензионных видов услуг 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 Спарта, 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/013528 от 08.10.2013 г. и дополнительное соглашение № 1 к нему от 08.10.2013 г. на отправку/прием сообщений с ИП Левчук А.Д.. Согласно дополнительного соглашения № 1 ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Исполнитель) предоставляет ИП Левчук А.Д. (Заказчику) доступ к личному кабинету пользователя на DEVINO Platform, позволяющий Заказчику самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды услуг (пункт 2.1. Договора). Согласно терминов и определений, данных в договоре, услуга, предоставляемая в рамках данного дополнительного соглашения, это действия Исполнителя, направленные на отправку на мобильные телефоны физических или юридических лиц смс-сообщений. На основании пунктов 3.3.1, 3.3.2. Дополнительного соглашения № 1 от 08.10.2013 г. ИП Левчук А.Д. (Заказчик) обязано соблюдать требования законодательства Российской Федерации, в том числе рекламного законодательства, обязан получить от Абонента письменное согласие на получение смс-сообщений.

ИП Левчук А.Д. не предоставил запрошенные у него документы и сведения.

Таким образом, Комиссией на основании материалов дела установлено, что распространение рассматриваемой рекламы стало возможным благодаря ряду последовательных действий следующих лиц на основании соответствующих заключенных договоров: ИП Левчук А.Д., выступая в качестве Заказчика по договору № ДТ-К/013528 от 08.10.2013 г. и Дополнительному соглашению № 1 к нему для отправки рассматриваемого смс-сообщения использовал технические средства ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», которое в свою очередь, используя технические средства оператора связи ЗАО «Ярославль-GSM» в соответствии с договором № 2СМС от 01.10.2012 г. осуществило распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи.

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» рекламораспространителями рекламы «25 роз EXTRA 1350 р. Возможна доставка тел. 666-5-666, тел. 926-2-252», поступившей 15.10.2013 г. в 14:37 на номер мобильного телефона <...>, являются: ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», осуществившее распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи посредством использования технических средств оператора подвижной радиотелефонной связи ЗАО «Ярославль-GSM», а также ИП Левчук А.Д., осуществившие распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи (по сети Интернет), на основании заключенных договоров, используя каждый соответствующие технические средства.

В материалы дела не предоставлено предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи, несмотря на то, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ИП Левчук А.Д. 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 по сетям электросвязи, 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 дозвонивания, автоматической рассылки), поскольку рассылка рекламы, поступившей на технические средства ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», осуществлялась 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 выразившим 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.

Таким образом, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ИП Левчук А.Д. 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.

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 «25 роз EXTRA 1350 р. Возможна доставка тел. 666-5-666, тел. 926-2-252», поступившей 15.10.2013 г. в 14:37 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» и ИП Левчук А.Д. предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Дело № 04-01/15-14 в отношении ЗАО «Ярославль-GSM» прекратить.

Решение изготовлено в полном объеме «11» января 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