

РЕШЕНИЕ

«30» июня 2015г.

г. Кемерово

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

Председателя Комиссии: Кухарской Н.Е. - руководителя управления;
Каминской Е.Б. - начальника отдела рекламы,
недобросовестной конкуренции
и финансовых рынков;

Членов Комиссии: Даниловой М.И. - специалиста-эксперта отдела
рекламы, недобросовестной
конкуренции и финансовых
рынков;

рассмотрев дело № 19/Р-2015, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «ОСК» (юридический адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1, ИНН 7705658056, далее по тексту – ООО «ОСК») по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

26.01.2014г. в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступили заявления <.....> (вх. № 229э от 26.01.2015г., вх. № 234э от 26.01.2015г.) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения следующего содержания:

- 23.01.2015г. в 15 часов 36 минут: «ПРЕМЬЕРА! На арене Новокузнецкого цирка ТИГРЫ БАГДАСАРОВЫХ! т. 77-54-45» от абонента Circus (смс – центр +7-916-896-0390) на абонентский номер <.....>.

Из информации, представленной ОАО «МТС» в адрес Кемеровского УФАС России (исх. б/н, б/д) следует, что номер <...> -916-896-03-90 является номером SMS-Центра ОАО «МТС».

По результатам проверки обстоятельств, указанных в тексте запроса, установлено, что данное SMS-сообщение поступило на сервисную платформу ОАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-Центр ОАО «МТС» на абонентский номер <.....>

> от ООО «ОСК» в рамках заключенного с ним агентского Договора № D140755212 от 01.12.2014г.

Согласно условиям вышеуказанного договора ОАО «МТС» оказывает «ОСК» комплекс услуг по доступу ООО «ОСК» к SMS-центру через оборудование для оказания услуг.

Таким образом, суть услуг, оказываемых ОАО «МТС» по вышеуказанному договору, заключается в обеспечении ООО «ОСК» технической возможности (создании необходимых условий) в формировании и отправке SMS-сообщений. При этом ООО «ОСК» самостоятельно, без участия ОАО «МТС», определяет и формирует содержание данных SMS-сообщений и определяет круг абонентов, которым направляются данные сообщения. ОАО «МТС» лишь обеспечивает подключение ООО «ОСК» к сети электросвязи.

12.02.2015г. определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 19/Р-2015 в отношении ООО «ОСК» и назначено к рассмотрению на 04.03.2015г. в 09 часов 25 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «ОСК» заказным письмом с уведомлением о вручении.

04.03.2015г. на рассмотрение дела № 19/Р-2015 представитель ООО «ОСК» не явился. Сведениями о надлежащем уведомлении ООО «ОСК» Кемеровское УФАС России не располагало.

Определением от 04.03.2015г. рассмотрение дела № 19/Р-2015 было отложено на 08.04.2015г. в 08 часов 30 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «ОСК» заказным письмом с уведомлением о вручении.

06.04.2015г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «ОСК» (исх. № 179 от 18.03.2015г.), из которых следует, что ООО «ОСК» оказывает посреднические технические услуги передачи текстов смс – сообщений и требований к аудитории смс – сообщений на технические мощности операторов мобильной связи или их партнеров, но не формирует сами смс – сообщения, не определяет их содержание и адресатов. ООО «ОСК» проверило факт направления каких-либо смс – сообщений операторам связи для их дальнейшей отправки на указанный телефонный номер и выяснило, что на абонентский номер <.....> направлялось смс – сообщение со стороны открытого акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (далее по тексту – ОАО «Вымпел-Коммуникации»).

Вышеуказанное смс – сообщение было перенаправлено техническими мощностями ООО «ОСК» на основании договора № 501770059 от 20.11.2013г., заключенного между ООО «ОСК» и ОАО «Вымпел-Коммуникации». ООО «ОСК» оказывает своим клиентам услугу по предоставлению доступа к программному обеспечению ООО «ОСК», обеспечивающему доставку смс – сообщений адресатам клиентов и право использования программного обеспечения по его функциональному назначению. В соответствии с условиями вышеуказанного договора, формирование и отправка смс – сообщений осуществляется ОАО «Вымпел-Коммуникации» самостоятельно, без согласования с ООО «ОСК» текстов и адресатов направляемых смс – сообщений. При этом ООО «ОСК» не имеет технической возможности каким-либо образом формировать, дополнять,

обрабатывать поступающие от ОАО «Вымпел-Коммуникации» смс – сообщения. Программное обеспечение ООО «ОСК» лишь осуществляет передачу текстов смс – сообщения и номера адресата смс – сообщения на оборудование оператора связи, передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны ООО «ОСК».

При этом, в соответствии с условиями указанного договора ОАО «Вымпел-Коммуникации» обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой получатель предварительно отказался. В случае, если текст рассылаемых с помощью программного обеспечения ООО «ОСК» смс – сообщений может быть признан рекламой, рекламодателем в этом случае будет являться ОАО «Вымпел-Коммуникации» как лицо, осуществляющее распространение рекламы.

08.04.2015г. состоялось рассмотрение дела № 19/Р-2015 в отсутствие представителя ООО «ОСК» уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела № 19/Р-2015.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения дела для замены ненадлежащего ответчика (ООО «ОСК») надлежащим (ОАО «Вымпел-Коммуникации», юридический адрес: 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14, ИНН 7713076301).

Определением от 08.04.2015г. рассмотрение дела № 19/Р-2015 было отложено на 06.05.2015г. в 14 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «ОСК» заказными письмами с уведомлением о вручении.

29.04.2015г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ОАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ОАО «ВымпелКом») (исх. № 00104/15-ИСБ-КМР от 28.04.2015г.), из которых следует, что 20.11.2013г. между ОАО «ВымпелКом» (оператор связи) и ООО «ОСК» (абонент) был заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № 501770059, согласно которому оператор связи оказывает услуги связи «Билайн», а абонент оплачивает на условиях указанного договора услуги связи. Из данного договора следует, что оператором связи является ОАО «ВымпелКом» как лицо, имеющее лицензию на осуществление деятельности в области оказания услуг связи, а также лицензию на оказание услуг подвижной связи (лицензия № 107509 от 28.04.2013г.). ООО «ОСК» лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи не имеет и соответственно ООО «ОСК» не вправе оказывать услуги связи и не может являться оператором по договору об оказании услуг связи.

20.11.2013г. к вышеуказанному договору, заключенному между ОАО «ВымпелКом» и ООО «ОСК» было заключено Дополнительное соглашение № 1. Из данного соглашения следует, что ОАО «ВымпелКом» как оператор связи предоставляет ООО «ОСК» как абоненту услуги доступа к программно-аппаратному комплексу оператора для формирования и рассылки абонентом коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц (п. 1.1 соглашения). Пунктом 1.2 дополнительного соглашения определено, что при пользовании услугами абонент самостоятельно, без участия оператора определяет содержание коротких

текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку на абонентские телефонные номера своих клиентов и/или партнеров, являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи оператора и/или операторов подвижной радиотелефонной связи. Оказываемые ООО «ОСК» по указанному соглашению услуги включают в себя, в том числе и доступ к технологическому интерфейсу программно-аппаратного комплекса оператора и техническую возможность формирования рассылки коротких текстовых сообщений кругу лиц, определенных абонентом, с использованием интерфейса услуги. Дополнительным соглашением также установлено, что ООО «ОСК» самостоятельно определяет содержание смс – сообщений, формирует их текст и определяет список пользователей и их телефонные номера.

ОАО «ВымпелКом» как оператор связи не формирует текст смс – сообщений, не выбирает адресатов и не совершает действий по направлению смс – сообщений конечным адресатам. ООО «ОСК» никаких услуг, в том числе услуг по предоставлению доступа к своему программному обеспечению ОАО «ВымпелКом» не оказывает. Формирование и рассылка смс – сообщений пользователям по вышеуказанному договору осуществляется абонентом (ООО «ОСК»). Согласно п. 4.2 вышеуказанного соглашения ООО «ОСК» обязуется рассылать смс – сообщения только тем абонентам, которые предоставили абоненту свое согласие на получение информации от ООО «ОСК».

Также из пояснений ОАО «ВымпелКом» следует, что дополнительное соглашение № 1 от 20.11.2013г. к договору № 501770059 от 20.11.2013г. было расторгнуто ОАО «ВымпелКом» с 21.04.2014г. (копия уведомления о расторжении имеется в материалах дела). Следовательно, в дату отправки вышеуказанного смс – сообщения (29.10.2014г.) договорные отношения по предоставлению услуг доступа к программно – аппаратному комплексу ОАО «ВымпелКом» для формирования и рассылки абонентом смс – сообщений между ОАО «ВымпелКом» и ООО «ОСК» отсутствовали, эти услуги ООО «ОСК» не предоставлялись. По данным автоматизированной системы учета услуг (биллинга) вышеуказанное смс – сообщение на сети ОАО «ВымпелКом» зафиксировано не было. ОАО «ВымпелКом» указанное смс – сообщение не формировало и не отправляло.

06.05.2015г. состоялось рассмотрение дела № 19/Р-2015 в отсутствие представителя ОАО «ВымпелКом», уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела № 19/Р-2015

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения дела для замены ненадлежащего ответчика (ОАО «Вымпел-Ком») надлежащим (ООО «ОСК», юридический адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1, ИНН 7705658056).

Определением от 06.05.2015г. рассмотрение дела № 19/Р-2015 было отложено на 28.05.2015г. на 09 часов 40 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «ОСК», ОАО «Вымпел-Коммуникации» заказными письмами с уведомлением о вручении.

28.05.2015г. на рассмотрение дела № 19/Р-2015 представитель ООО «ОСК» не явился, защитника не направил. Сведениями о надлежащем уведомлении ООО «ОСК» Кемеровское УФАС России не располагало.

Определением от 28.05.2015г. рассмотрение дела № 19/Р-2015 было отложено на 30.06.2015г. в 08 часов 50 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «ОСК» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта ФГУП «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с пометкой от 29.06.2015г. «вручено адресату почтальоном» имеется в материалах дела, корреспонденция направлялась по юридическому адресу ООО «ОСК» согласно выписке из ЕГРЮЛ).

30.06.2015г. состоялось рассмотрение дела № 19/Р-2015 в отсутствие представителя ООО «ОСК», уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила:

На телефонный номер <.....> направлялась реклама посредством смс - сообщения следующего содержания:

- 23.01.2015г. в 15 часов 36 минут: «ПРЕМЬЕРА! На арене Новокузнецкого цирка ТИГРЫ БАГДАСАРОВЫХ! т. 77-54-45» от абонента Circus (смс – центр +7-916-896-0390).

Из заявления следует, что согласия на получение вышеуказанной рекламы на номер <.....> абонент не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В нарушение данной правовой нормы абонент Circus - ООО «ОСК» распространило рекламу 23.01.2015г. в 15 часов 36 минут посредством смс - сообщения следующего содержания: «ПРЕМЬЕРА! На арене Новокузнецкого цирка ТИГРЫ БАГДАСАРОВЫХ! т. 77-54-45» (смс – центр +7-916-896-0390) без согласия абонента (<.....>).

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ООО «ОСК» на основании договора № D140755212 от 01.12. 2014г., заключенного с ОАО «МТС», в соответствии с условиями которого ОАО «МТС» оказывает ООО «ОСК» услуги в обеспечении технической возможности (создании необходимых условий) в формировании и отправке SMS-сообщений. При этом ООО «ОСК» самостоятельно, без участия ОАО «МТС», определяет и формирует содержание данных SMS-сообщений и определяет круг абонентов, которым направляются данные сообщения. ОАО «МТС» лишь обеспечивает подключение ООО «ОСК» к сети электросвязи.

Руководствуясь 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, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия Кемеровского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «ОСК» (юридический адрес: 115114, г. Москва, ул. Летниковская, д. 10, стр. 1, ИНН 7705658056) нарушившим требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения без согласия абонента <.....>.

2. Выдать ООО «ОСК» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ОАО «МТС» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, как лицу имеющему возможность устранить нарушение законодательства о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Кемеровского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 [Кодекса](#) Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 03 июля 2015 года.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня вынесения.

Председатель Комиссии:	Н.Е. Кухарская
Члены Комиссии:	Е.Б. Каминская
	М.И. Данилова

