

ОАО «ВымпелКом»
ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14,
г. Москва, 127083

ООО «СофтПрофи»
ул. Достоевского, д.139, корп. 1, оф.3,
г. Уфа, Республика Башкортостан,
450005

юр. адрес: ул. Рабкоров, 2/1,
г. Уфа, республика Башкортостан,
450106

ИП Адамян А.Э.
ул. Доблести, д. 28, корп. 1, кв. 186,
г. Санкт-Петербург, 198328

28.01.2016 № 660/04-01

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-01/36-14

«26» января 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 № 04-01/36-14, возбужденное по признакам нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения гражданином П. 15.12.2013 г. в 13:12 на номер его мобильного телефона <...> смс-сообщения рекламного характера: «В осеннюю непогоду – тепло и комфортно в такси 2921212», без согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

Открытое акционерное общество «Вымпел-Коммуникации» (далее – ОАО «ВымпелКом»), Общество с ограниченной ответственностью «СофтПрофи» (далее – ООО «СофтПрофи»), Индивидуальный предприниматель Адамян Аркадий Эдуардович (далее – ИП Адамян А.Э.), 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, 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. № 11443 от 09.12.2013).

Заявитель сообщает о том, что 15.11.2013 в 13:12 на номер его мобильного телефона <...> поступило нежелательное смс-сообщение (реклама) с номера 89191037153 и содержало следующий текст: «В осеннюю непогоду – тепло и комфортно в такси 2921212».

Заявитель считает распространение данной рекламы нарушением ФЗ «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 дозвонивания, автоматической рассылки).

Дело № 04-01/36-14 возбуждено определением от 07.02.2014 г. (исх. № 974/04-01 от 07.02.2014) в отношении ОАО «ВымпелКом» и ООО «СофтПрофи» по признакам нарушения частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

ОАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях от 05.03.2014 № 00298/14-ИЦР-ЯРС на определение о возбуждении дела сообщило, что отправителем указанного смс-сообщения является ООО «СофтПрофи».

ООО «СофтПрофи» подтвердило факт прохождения рассматриваемого смс-сообщения через программное приложение ООО «СофтПрофи» и сообщило, что логин (имя пользователя) и идентификатор отправителя закреплены за ИП Адамян А.Э.

Производство по делу № 04-01/36-14 приостанавливалось до установления местонахождения лица, осуществившего распространение рассматриваемого смс-сообщения.

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 сети подвижной радиотелефонной связи 15.11.2013 в 13:12 на номер мобильного телефона <...> информация «В осеннюю непогоду – тепло и комфортно в такси 2921212» отвечает вышеперечисленным требованиям рекламного законодательства, следовательно, является рекламой, объектом рекламирования в которой являются услуги такси.

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.

В материалы дела не предоставлено предварительного согласия заявителя на получение рекламы.

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 15.11.2013 в 13:12 поступило смс-сообщение на номер <...>.

Согласно скриншота, предоставленного заявителем, на номер его мобильного телефона 15.11.2013 в 13:12 поступило смс - сообщение «В осеннюю непогоду – тепло и комфортно в такси 2921212» от 89191037153 через SMS-центр ОАО «ВымпелКом»: номер <...> .

Рассматриваемая реклама распространялась по сети подвижной радиотелефонной связи ОАО «ВымпелКом», которое имеет соответствующую лицензию на оказание данного вида услуг связи. Между ОАО «ВымпелКом» (Оператором) и ООО «СофтПрофи» (Абонентом) заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № 476218040 от 01.01.2013 г. и Дополнительное соглашение № 1 от 27.08.2013 г. к данному договору. Предметом Дополнительного соглашения является оказание Оператором услуг Абоненту по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (SMS-сообщений) от Абонента к Пользователям, то есть к абонентам сети сотовой радиотелефонной связи Оператора. Для этих целей Оператор связи предоставляет Абоненту доступ к технологическому интерфейсу SMSC, выделяет абонентский номер <...> подключенный на специальный тарифный план, а также предоставляет уникальный логин и пароль для SMPP соединения. По условиям Дополнительного соглашения в соответствии с пунктом 4.17 Абонент (ООО «СофтПрофи») обязуется осуществлять отправку SMS-сообщений Пользователю только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально.

В свою очередь ООО «СофтПрофи» предоставило договор № ДУ 230813/01 возмездного оказания услуг от 23.08.2013 г., заключенный между ИП Адамяном А.Э. (Заказчиком) и ООО «СофтПрофи» (Исполнителем), в соответствии с которым Исполнитель предоставляет за плату Заказчику услугу «Доступ к Программному приложению». Предметом настоящего договора является предоставление Заказчику Услуги после авторизации с уникальным логин-паролем в соответствии с установленными «Правилами предоставления Услуг», действующими договорными «Тарифами». Услуга подразумевает, что Исполнитель не имеет технической возможности контролировать содержание передаваемой информации, номера Абонентов и подпись. Программное приложение обеспечивает возможность самостоятельного формирования пакета данных и постановку задачи на программное подключение к Оператору связи и обмен данными о SMS по согласованным с Заказчиком протоколам обмена сети Интернет и через WEB-интерфейс страниц сайта www.enterix.ru.

Таким образом, распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи оператора связи ОАО «ВымпелКом», обладающего соответствующей лицензией на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи, стало возможным благодаря осуществлению последовательных действий лиц, участвующих в рассылке данной рекламы на основе заключенных договоров: ИП Адамян А.Э., выступая в качестве Заказчика по договору, заключенному с ООО «СофтПрофи», для отправки рассматриваемого смс-сообщения использовал технические средства Исполнителя - ООО «СофтПрофи», которое в свою очередь, выступая Заказчиком по договору, заключенному с ОАО «ВымпелКом», распространило его по сети подвижной радиотелефонной связи, используя технических средства ОАО «ВымпелКом».

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 «СофтПрофи» и ИП Адамян А.Э. являются рекламодателем и распространителем рассматриваемой рекламы, поскольку на основании заключенных договоров, используя каждый соответствующие технические средства, осуществили распространение рекламы «В осеннюю непогоду – тепло и комфортно в такси 2921212», поступившей 15.11.2013 в 13:12 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 «СофтПрофи» и ИП Адамян А.Э. 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 подвижной радиотелефонной связи, 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 «СофтПрофи», 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.

Комиссией не установлено в действиях ОАО «ВымпелКом» нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе». ОАО «ВымпелКом» в рамках заключенного с ООО «СофтПрофи» Договора является оператором подвижной радиотелефонной связи, обязавшимся оказать услуги по приему SMS для доставки их абонентам сети оператора через сеть оператора. Оператор подвижной радиотелефонной связи в силу оказания лицензионных услуг не может являться рекламораспространителем. В связи с чем, дело в отношении ОАО «ВымпелКом» подлежит прекращению.

Таким образом, ООО «СофтПрофи» и ИП Адамяном А.Э. при распространении рассматриваемой рекламы допущено нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи 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 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 «В осеннюю непогоду – тепло и комфортно в такси 2921212», поступившую 15.11.2013 в 13:12 на номер мобильного телефона <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «СофтПрофи» и ИП Адамяну А.Э. предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Дело № 04-01/36-14 в отношении ОАО «ВымпелКом» 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 «27» 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