

## РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «07» июля 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «\_\_» июля 2015 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – А.В. Дерманца, К.С. Сучковой,

рассмотрев дело № 3-18-106/77-15 в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчука А.Д. по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-сообщения «Дни самураев в РОЛЬФ! Ваш новый Mitsubishi с зимними колесами, подарками и супер-выгодой! Назови свою цену до 31.10! +74957807788», поступившего 29.10.2013 в 13:03, отправитель: diamantrolf (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11), с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в отсутствие представителей ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчука А.Д. (надлежащим образом уведовлены),

### УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-106/77-15 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчука А.Д. на основании обращения (...) (вх. № 34595 от 30.10.2013) по факту распространения на телефонный номер (...) рекламы посредством СМС-сообщения «Дни самураев в РОЛЬФ! Ваш новый Mitsubishi с зимними колесами, подарками и супер-выгодой! Назови свою цену до 31.10! +74957807788», поступившего 29.10.2013 в 13:03, отправитель: diamantrolf (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11).

Комиссия Московского УФАС России, исследовав материалы дела, оценив доказательства в их совокупности и взаимной связи, установила следующее.

Согласно материалам дела № 3-18-106/77-15 на номер телефона (...) 29.10.2013 в 13:03 поступила реклама следующего содержания: «Дни

самураев в РОЛЬФ! Ваш новый Mitsubishi с замними колесами, подарками и супер-выгодой! Назови свою цену до 31.10! +74957807788».

Поступление указанной рекламы на номер телефона (...) подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела (вх. № 34595 от 30.10.2013).

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является информация, распространенная 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи», абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы, прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к услугам, оказываемым компанией «Рольф», и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщения «Дни самураев в РОЛЬФ! Ваш новый Mitsubishi с замними колесами, подарками и супер-выгодой! Назови свою цену до 31.10!

+74957807788» исключительно в адрес одного физического лица — абонента.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (...), направлена на привлечение внимания потребителя к услугам, оказываемым компанией «Рольф» и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчука А.Д. не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламодателей.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчука А.Д. информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчука А.Д. не представлено.

Доводы относительно отсутствия у Обществ возможности отслеживать содержание передаваемых ими смс-сообщений,

приведенные в письменных пояснениях, признаны Комиссией Московского УФАС России несостоятельными в силу следующего.

Исходя из материалов дела № 3-18-106/77-15, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 429838801 от 18.01.2012 (далее — Договор 1), заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Девино Телеком»; Договора оказания услуг № ДТ-К/013528 от 08.10.2013 (далее — Договор 2), заключенного между ООО «Девино Телеком» и ИП Левчуком А.Д.

Согласно пункту 1.1 Договора 1, названный договор регулирует отношения между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Девино Телеком» при оказании ПАО «ВымпелКом» услуг связи.

При этом, под «услугами» понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи.

В соответствии с подпунктом 4 пункта 4.1 Договора 1, ООО «Девино Телеком» обязалось не использовать выделенный телефонный номер для проведения рекламы и массовых рассылок.

Согласно пункту 7.4 Договора 1, ПАО «ВымпелКом» вправе приостановить оказание услуг в случае нарушения ООО «Девино Телеком» пункта 4.1 рассматриваемого договора.

Между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Девино Телеком» также заключено дополнительное соглашение № 010112 к Договору 1 от 18.01.2012, предметом которого является оказание ПАО «ВымпелКом» услуги ООО «Девино Телеком», предусмотренной данным дополнительным соглашением.

При этом, под «услугой» в рамках дополнительного соглашения № 010112 от 18.01.2012, понимается услуга ПАО «ВымпелКом» по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений от ООО «Девино Телеком» к пользователю.

Согласно пунктам 4.11, 4.18 дополнительного соглашения № 010112 от 18.01.2012, ООО «Девино Телеком» обязалось: не использовать выделенное подключение к оборудованию ПАО «ВымпелКом» с целью организации спама; осуществлять отправку смс-сообщений пользователю, только при наличии согласия пользователя, подтвержденного документально.

Под понятие «спам», согласно пункту 1.13 дополнительного соглашения № 010112 от 18.01.2012, подпадают смс-сообщения, отправленные ООО «Девино Телеком» и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные пользователю без его предварительного согласия или не позволяющие определить отправителя этого смс-сообщения, в том числе содержащие несуществующий или фальсифицированный адрес отправителя.

Пунктами 4.17, 4.21 дополнительного соглашения № 010112 от 18.01.2012, предусмотрено право ПАО «ВымпелКом» приостановить действие названного дополнительного соглашения в одностороннем внесудебном порядке в случае отправки ООО «Девино Телеком» пользователям нежелательных смс-сообщений или сообщений, содержащих рекламную информацию.

Дальнейшее распространение рассматриваемой рекламы осуществлялось в рамках договора 2, заключенного между ООО «Девино Телеком» и ИП Левчуком А.Д.

Между ООО «Девино Телеком» и ИП Левчуком А.Д. также заключено дополнительное соглашение № 1 к Договору 2, являющийся неотъемлемой частью настоящего договора.

Согласно Дополнительному соглашению к Договору 2, предметом указанного дополнительного соглашения является предоставление ООО «Девино Телеком» ИП Левчуку А.Д. доступа к личному кабинету пользователя на Devino Platform.

В соответствии с пунктами 3.3.1 и 3.3.4 Дополнительного соглашения к Договору 2, ИП Левчук А.Д. обязался соблюдать требования законодательства Российской Федерации, в том числе Закон о рекламе, в отношении использования услуг; а также не использовать подключение к Devino Platform для организации Спاما.

Согласно пункту 1.12 Дополнительного соглашения к Договору 2, под понятием «Спам» понимается рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная на мобильные терминалы подписчиков без предварительного согласия подписчиков.

При этом, согласно пункту 3.2.2 Дополнительного соглашения к Договору 2, ООО «Девино Телеком» вправе заблокировать личный кабинет ИП Левчука А.Д. при рассылке сообщений подпадающих под понятие «Спам».

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы «Дни самураев в РОЛЬФ! Ваш новый Mitsubishi с зимними колесами, подарками и супер-выгодой! Назови свою цену до 31.10! +74957807788», изучив принятые ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчуком А.Д. на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ИП Левчуком А.Д. путем направления оспариваемого сообщения ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчук А.Д. предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «спам», в том числе и рекламу.

При этом, у каждого из названных хозяйствующих субъектов имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчуком А.Д. обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

В соответствии со статьей 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Обязание контрагента не использовать выделенное подключение к

оборудованию с целью организации «спама», а также самостоятельно получать согласие абонента на получение смс-сообщений, не снимает с самого лица обязанностей по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку не устраняет условий, при которых такое лицо признается рекламодателем.

Исходя из перечисленных договоров, ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчук А.Д. имеют возможность не передавать рассматриваемую рекламу. Само по себе отсутствие участия какой-либо из сторон по делу в процессе формирования текста рекламы либо ее адресатов, не снимает с ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчука А.Д. ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данные лица являются рекламодателями в силу законодательного определения.

Достигнутые сторонами соглашения в рамках гражданско-правовых отношений не освобождают указанные стороны от обязанности по соблюдению норм и правил действующего законодательства, а равно не влияют на установление субъектов рекламодателей Комиссией Московского УФАС России.

Не может быть принята во внимание ссылка на положение о тайне связи в силу статьи 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», так как ответственность рекламодателя исходит из действий по распространению рекламного сообщения, а не его фактического содержания.

ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, 10, стр. 14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1027700166636 ИНН 7713076301, КПП 771301001.

ООО «Девино Телеком» (127018, г. Москва, ул. Суцевский Вал, д. 16, стр. 4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1107746769162, ИНН 7715829230.

Индивидуальный предприниматель Левчук Александр Дмитриевич (адрес: 194100, г. Санкт-Петербург, Кантемировская, д. 37, оф. 3И, БЦ Мебель Сити 2) включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей за основным государственным регистрационным номером 313784725200517, ИНН 780437205633.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 29.10.2013 в 13:03 рекламы услуг, оказываемых компанией «Рольф» на номер телефона (...) от отправителя diamantrolf (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11) с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатели.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «ВымпелКом», является лицом, осуществившим наряду с ООО «Девино Телеком», ИП Левчуком А.Д. распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...).

ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчук А.Д. последовательно осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...) в силу имеющихся между ними гражданско - правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчук А.Д. рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчук А.Д. являются рекламодателями рекламы «Дни самураев в РОЛЬФ! Ваш новый Mitsubishi с замными колесами, подарками и супер-выгодой! Назови свою цену до 31.10! +74957807788», поступившей 29.10.2013 в 13:03, отправитель: diamantrolf (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11).

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчуком А.Д. не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчука А.Д. установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 29.10.2013 в 13:03 на телефонный номер (...) от отправителя diamantrolf (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11) рекламы «Дни самураев в РОЛЬФ! Ваш новый Mitsubishi с замными колесами, подарками и супер-выгодой! Назови свою цену до 31.10! +74957807788» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения

указанной рекламы, ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчуком А.Д. не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Целью выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе помимо пресечения выявленного нарушения является предупреждение аналогичных правонарушений в будущем.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «ВымпелКом», ООО «Девино Телеком», ИП Левчуку А.Д. предписаний о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Срок давности привлечения к административной ответственности за вмененное правонарушение установлен частью 1 статьи 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и составляет один год с момента нарушения Закона о рекламе.

Временем совершения рассматриваемого нарушения является время поступления рассматриваемой рекламы на телефонный номер (...), а именно 29.10.2013 в 13:03.

Таким образом, установлено, что возбуждение дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, невозможно.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение 29.10.2013 в 13:03 рекламы «Дни самураев в РОЛЬФ! Ваш новый Mitsubishi с замними колесами, подарками и супер-выгодой! Назови свою цену до 31.10! +74957807788» на номер телефона (...) от отправителя diamantrolf



(номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11), в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. Выдать ПАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Выдать ООО «Девино Телеком» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Выдать ИП Левчуку А.Д. предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
5. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в связи с истечением срока давности привлечения к административной ответственности.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.