

РЕШЕНИЕ

«25» июля 2011 г.
г. Ростов-на-Дону

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ростовской области (далее - Ростовское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: Молчанов Е.Г. – зам. руководителя управления
Члены Комиссии: Жилина Т.С. - ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти;
Скутнева К.В. – специалист 1 разряда отдела контроля органов власти;

рассмотрев материалы дела № 524/04 от 28.04.2011г., возбужденного в отношении ОАО «ВымпелКом» по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по факту рассылки рекламы путем смс-сообщений, без предварительного согласия абонента, что содержит в себе признаки нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ (далее - ФЗ «О рекламе»),

в отсутствии:

заявителя - гр. <...>

заинтересованного лица – ООО «Айфри», уведомленных о времени и месте рассмотрения настоящего дела, надлежащим образом,

в присутствии представителя ОАО «ВымпелКом» по доверенности,<...>,

УСТАНОВИЛА:

21.03.2011г. (вх. № 4418) в Ростовское УФАС России поступило заявление гражданина <...>, в котором сообщается о фактах неоднократной рассылки на его телефонный номер мобильной связи (89289013000 – оператор «Мегафон») рекламных SMS-сообщений без его предварительного согласия, что содержит признаки нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе».

В силу ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных ст. 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламораспространитель.

Согласно материалам заявления, в графе «отправитель» получаемых Заявителем сообщений содержится информация: «TESLACLUB». Вместе с тем, Заявителем представлена детализация звонков и смс-сообщений, согласно которой, данные смс-сообщения поступают с номера +79037011111 (оператор сотовой связи Билайн).

В ходе рассмотрения поступившего заявления, Ростовским УФАС России в адрес ОАО «ВымпелКом» (Билайн) был направлен запрос о предоставлении информации о лице, осуществляющем рекламную рассылку с указанного номера (исх. № 3820/04 от 07.04.2011г.).

22.04.2011г. в Ростовское УФАС России поступил ответ ОАО «ВымпелКом» (вх. № 6976), согласно которому номер <...> - единый адрес смс-платформы ОАО «ВымпелКом» на территории Российской Федерации. Сообщения от отправителей поступают на данную смс-платформу, после чего пересылаются конечному получателю. В связи с большим объемом обрабатываемой информации, сведения об отправленных и поступивших смс-сообщениях можно просмотреть за срок, не превышающий одного месяца. Таким образом, не зная данных конечного получателя и более поздних дат получения Заявителем рекламных смс-сообщений, установить их отправителя обществу не представляется возможным.

На основании данных фактов 28.04.2011г., по признакам нарушения ст.18 ФЗ «О рекламе», было возбуждено настоящее дело в отношении ОАО «ВымпелКом», осуществлявшего распространение вышеуказанной рекламы электронным способом, в форме смс-сообщений и с использованием технических средств рассылки смс-платформы ОАО «ВымпелКом» без предварительного согласия адресата.

16.05.2011г. в Ростовское УФАС России поступили документы и объяснения ОАО «ВымпелКом», согласно которым в результате запросов, направленных партнерам общества, отправка смс-сообщений от имени «TESLACLUB» была осуществлена ООО «Айфри» в рамках заключенного с ОАО «ВымпелКом» договора № 130375886 об оказании услуг связи «Билайн». При этом, выборка абонентов, в адрес которых осуществляется рассылка, получение их согласия на данную рассылку, формирование смс-сообщений и их рассылка осуществляется ООО «Айфри».

Кроме того, ОАО «ВымпелКом» представило полученную обществом по запросу от ООО «Айфри» анкету № 282 «TESLACLUB», завизированную неким <...>, который, указывая мобильный номер телефона Заявителя, дает согласие на получение смс-рассылки от ночного клуба TESLA.

27.05.2011г. на заседании Комиссии Ростовского УФАС России представитель ОАО «ВымпелКом» по доверенности подтвердил изложенную в объяснениях информацию.

Принимая во внимание изложенные обстоятельства, 27.05.2011г. Комиссия Ростовского УФАС России определила продлить срок, отложить рассмотрение настоящего дела, назначить его рассмотрение на 25.07.2011г. и признать в качестве заинтересованного лица ООО «Айфри».

10.06.2011г. <...> дал письменные объяснения, согласно которым анкету № 282 «TESLACLUB» он не заполнял, персональные данные (ФИО), указанные в анкете, Заявителю не известны и номер <...> указанный в анкете, зарегистрирован за Заявителем.

С целью подтверждения того, что номер <...> на который производилась смс-рассылка зарегистрирован за гр. <...>, 18.07.2011г. Ростовским УФАС России в адрес Кавказского филиала ОАО «Мегафон» был направлен запрос (исх. № 8801/04) о предоставлении информации о том, за кем зарегистрирован номер <...> .

21.07.2011г. (вх. № 12303) Кавказский филиал ОАО «Мегафон» представил подтверждение того, что указанный абонентский номер зарегистрирован на <...>.

На Определение Ростовского УФАС России об отложении 21.07.2011г. ООО «Айфри» представило информацию, согласно которой ООО «Айфри» является лицом, предоставляющим по указанию партнеров услуги связи по передаче данных (направление сообщений). Оказывая данные услуги передачи данных, общество не осуществляет выбор лиц, которым направляются смс-сообщения, не формирует базу абонентских номеров, действует исключительно в соответствии с указаниями заказчиков, передавая сообщения на платформу ОАО «ВымпелКом» без каких-либо изменений. Сообщения Заявителю были переданы ООО «Айфри» на платформу ОАО «ВымпелКом» по указанию партнера ООО «Айфри» - ООО «Бифри», которое в свою очередь получило указание на направление данных сообщений от ООО «Тобако». В материалы настоящего дела представлены договоры о соответствующем сотрудничестве:

1. Договор № 1303755886 об оказании услуг связи «Билайн», заключенный между ОАО «ВымпелКом» (Оператор) и ООО «Айфри» (Абонент); дополнительное соглашение № 120207 к указанному договору, согласно которым Оператор, обладающий собственной смс-платформой, за определенную плату предоставляет Абоненту доступ к указанной платформе для осуществления последним смс-рассылки.

2. Договор № 0110/09-05 на оказание услуг, заключенный между ООО «Айфри» (Исполнитель) и ООО «Бифри» (Заказчик), согласно которому Исполнитель за определенную плату обязуется по заданию Заказчика посредством аппаратно-программных средств оказывать Заказчику технические услуги передачи смс-сообщений.

3. Договор № SMSD2712/10-02КЛ, заключенный между ООО «Бифри» (Исполнитель) и ООО «Тобако» (Заказчик), согласно которому Исполнитель обязуется оказывать Заказчику услуги по передаче смс-сообщений Заказчика через смс-центр исполнителя до смс-центра Оператора.

21.07.2011г. ОАО «ВымпелКом» представило дополнительные пояснения по настоящему делу (вх. № 12350), согласно которым Клуб «TESLA», используя выделенный ООО «Айфри» шлюз, отправляет сообщение своим подписчикам, ООО «Айфри» доставляет сообщение пользователя до смс-центра ОАО «ВымпелКом», после чего сообщение направляется конечному получателю.

25.07.2011г. на заседание Комиссии представитель ОАО «ВымпелКом» подтвердила ранее изложенную информацию, а именно: основной функцией смс-платформы, принадлежащей ОАО «ВымпелКом», является автоматическая маршрутизация сообщений конечному получателю. Относительно анкеты ночного клуба «TESLA», представленной ООО «Айфри» в материалы дела и содержащей согласие некого лица на получение смс-рассылки от «TESLA» с указанием мобильного номера телефона Заявителя, <...> пояснила, что подлинность персональных данных лица (ФИО, номер телефона), дающего согласие на получение смс-рассылки, не возможно проверить. Кроме того, был изложен довод, согласно которому, ввиду нахождения Заявителя в момент получения смс-сообщений от «TESLA» в роуминге, данные сообщения могли поступать не с смс-центра ОАО «ВымпелКом», а быть переадресованными на оператора, в зоне действия которого находился Заявитель в момент получения сообщений. При этом, в детализации Заявителя мог отразиться номер смс-платформы ОАО «ВымпелКом», в связи с техническими особенностями предоставления услуг связи в роуминге.

Комиссия Ростовского УФАС России, изучив материалы дела, заслушав представителя ОАО «ВымпелКом», приходит к следующим выводам:

Согласно ч. 1 ст. 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.

В силу ст. 38 ФЗ «О рекламе», ответственность за нарушение ст. 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламодатель.

Из информации, имеющейся в материалах настоящего дела, следует, что реклама «TESLACLUB» от ООО «Тобако» поступает на техническую базу - смс-центра (комплекс аппаратно-программных средств) ООО «Бифри» (Договор № SMSD2712/10-02КЛ; дополнительное соглашения №1 к данному договору). ООО «Бифри» в рамках указанного договора, а также договора № 0110/09-05, заключенного с ООО «Айфри», с помощью своей технической базы - смс-центра (комплекса аппаратно-программных средств), оказывает услуги ООО «Тобако» по передаче его сообщений на аппаратно-программный комплекс ООО «Айфри». ООО «Айфри», в свою очередь, получив на свой смс-центр сообщения от ООО «Бифри», в рамках Договора № 1303755886 и дополнительного соглашения № 120207, заключенных с ОАО «ВымпелКом», направляет данные сообщения на смс-платформу ОАО «ВымпелКом», с которой происходит рассылка сообщений окончательным получателям.

Таким образом, рекламодателем рекламы «TESLACLUB», то есть лицом, определившим объект рекламирования (ст.3 ФЗ «О рекламе»), является ООО «Тобако». При этом, ООО «Айфри» и ООО «Бифри» являются посредниками, обеспечивающими маршрутизацию смс-сообщений от рекламодателя рекламодателю.

Согласно ст.3 ФЗ «О рекламе», рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

номер <...>), с которого была произведена рассылка конечному получателю смс-сообщения, является единой смс-платформой, принадлежащей ОАО «ВымпелКом», пользование которой, предоставлено абонентам общества, в том числе, ООО «Айфри» (дополнительное соглашение № 120207). Услугой Оператора, в данном рассматриваемом случае, является прием и передача смс-сообщений от абонентов (ООО «Айфри») к пользователю.

Таким образом, осуществляя фактическое доведение рекламы до сведения потребителей, рекламодателем в данном случае является ОАО «ВымпелКом» - лицо, осуществляющее распространение рекламы в форме смс-сообщений с использованием технических средств рассылки смс-платформы ОАО «ВымпелКом».

При этом, как ОАО «ВымпелКом», так и ООО «Айфри» в письменных пояснениях, содержащихся в материалах настоящего дела, ссылаются на договорные отношения, согласно которым получение согласия конечных абонентов, которым направляются сообщения, не входит в компетенцию ни одного из них.

Так, в каждом из представленных договоров, получение согласия конечных абонентов, которым направляются сообщения, возлагается на каждую из сторон соответствующего договора:

- Приложение № 7 к дополнительному соглашению № 120207 между ОАО «ВымпелКом» и ООО «Айфри» (ООО «Айфри» обязуется осуществлять открытые смс-рассылки только при наличии согласия Пользователя);

- Договор № 0110/09-05, заключенный между ООО «Айфри» и ООО «Бифри» (ООО «Бифри» обязан получать согласие абонентов, которым направляются смс-сообщения);

- Договор № SMSD2712/10-02КЛ, заключенный между ООО «Бифри» и ООО «Тобако» (ООО «Тобако» обязуется получать согласие, которым направляются сообщения).

Указанные условия представленных договоров, равно как и письменные объяснения лиц, участвующих в деле, не могут быть приняты Ростовским УФАС России, так как противоречат действующему законодательству, а именно:

Согласно, ч. 2 ст. 2 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

В силу ч. 2 ст. 422 ГК РФ, договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения.

Согласно ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, бремя доказывания согласия абонента на получение смс-рассылки Федеральным Законом «О рекламе» прямо возложено на рекламодателя и

вышеприведенные условия договоров, на которые ссылаются ОАО «ВымпелКом», ООО «Айфри» и ООО «Бифри» являются ничтожными.

Вместе с тем, в материалах настоящего дела содержится анкета № 282 «TESLACLUB» завизированная <...>, который, указывая мобильный номер телефона Заявителя, дает согласие на получение смс-рассылки от ночного клуба TESLA.

На основании изложенного, подтверждается факт формального присутствия согласия абонента, которому направлялись смс-сообщения от «TESLACLUB». Однако, материалами дела установлено, что Заявитель - законный пользователь телефонного номера, на который производилась рассылка, указанную анкету не заполнял и согласие на получение смс-рассылки от Клуба не давал.

Таким образом, во-первых, у Комиссии Ростовского УФАС России имеются основания усомниться в подлинности представленной анкеты; во-вторых, объяснения общества относительно того, что подлинность персональных данных лица (ФИО, номер телефона), дающего согласие на получение смс-рассылки, не возможно проверить, не могут быть приняты Комиссией Ростовского УФАС России, так как, рекламодатель, согласно ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», должен доказать получение согласия абонента на получение рекламы.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что ОАО «ВымпелКом», являясь в данном случае рекламодателем, не доказало получение согласия абонента (Заявителя) на получение рекламы.

Кроме того, из материалов настоящего дела следует, что, посредством своей смс-платформы, ОАО «ВымпелКом», используя метод автоматической рассылки (без участия человека), распространяет полученную от Абонентов рекламу путем фактического доведения ее до конечных получателей.

Указанные действия общества не соответствуют требованиям ч. 2 ст. 18 ФЗ «О рекламе», в силу которой не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Согласно ст.38 ФЗ «О рекламе», ответственность за нарушение ч.2 ст. 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель - ОАО «ВымпелКом».

Таким образом, действия общества, выразившиеся в распространении рекламы по сетям электросвязи путем автоматической рассылки и без предварительного согласия адресата на получение рекламы, нарушают требования ч.ч. 1, 2 ст.18 ФЗ «О рекламе».

Материалами дела подтверждается, что в настоящее время рассылка смс-сообщений Заявителю от ночного клуба TESLA прекращена, что свидетельствует об отсутствии у Комиссии Ростовского УФАС России оснований для выдачи ОАО «ВымпелКом» предписания о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

Руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу «TESLACLUB», распространяемую на номер мобильного телефона гр. <... > посредством сотовой связи «Билайн» ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования ч.1, ч.2 ст.18 ФЗ «О рекламе»

2. Не выдавать ОАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе в связи с устранением лицом совершенного нарушения.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ростовского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч.1 ст.14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 03.08.2011 г.

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

Председатель Комиссии: Е.Г. Молчанов

Члены Комиссии: Т.С. Жилина, К.В. Скутнева