

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

ООО «СМС Трафик»
Проспект Ленинградский, д. 80,
корпус 37, г. Москва, 125190

ООО «Северо-Западная компания
«Инфосвязь»
Проспект Обуховской Обороны,
д. 271, лит. А, офис 1001
г. Санкт-Петербург, 192012

09.02.2016 № 1150/04-01

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-01/35-14

«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 № 04-01/35-14, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения гражданином П. 10.11.2013 г. в 18:05 на номер его мобильного телефона <...> смс-сообщения рекламного характера: «Вам ПОДАРОК – голосовое признание! Чтобы послушать ЗВОНИ 09933/КОД 746/10р/м. Ознакомьтесь с офертой: war.i-free.ru/oferta», без согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

Открытое акционерное общество «Вымпел-Коммуникации» (далее – ОАО «ВымпелКом»), Общество с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» (далее – ООО «СМС Трафик»), Общество с ограниченной ответственностью «Северо-Западная компания «Инфосвязь» (далее – ООО «СЗК «Инфосвязь»), 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 10.11.2013 в 18:05 на номер его мобильного телефона <...> поступило нежелательное смс-сообщение (реклама) от 09933 и содержало следующий текст: «Вам ПОДАРОК – голосовое признание! Чтобы прослушать ЗВОНИ 09933/КОД 746/10р/м. Ознакомьтесь с офертой: war.i-free.ru/oferta».

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 рекламодатель 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 № 04-01/35-14 возбуждено определением от 07.02.2014 г. (исх. № 973/04-01 от 07.02.2014) в отношении ОАО «ВымпелКом» и ООО «СМС Трафик» по признакам нарушения частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

ОАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях от 05.03.2014 № 00297/14-ИЦР-ЯРС на определение о возбуждении дела сообщило, что отправителем указанного смс-сообщения является ООО «СМС Трафик» на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» № 432672522 от 01.01.2012 и Дополнительного соглашения №

010112 от 01.01.2012.

Производство по делу № 04-01/35-14 приостанавливалось до установления местонахождения лица, осуществившего распространение рассматриваемого смс-сообщения.

ООО «СМС Трафик» сообщило, что инициатором рассылки рассматриваемого смс-сообщения является ООО «СЗК «Инфосвязь» в соответствии с договором № 145/13 от 23.04.2013 г.

Определением о возобновлении производства по делу № 04-01/35-14 от 24.12.2015 г. к участию в рассмотрении дела привлечено ООО «СЗК «Инфосвязь» 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.

Распространенная по сетям электросвязи 10.11.2013 в 18:05 на номер мобильного телефона <...> информация «Вам ПОДАРОК – голосовое признание! Чтобы послушать ЗВОНИ 09933/КОД 746/10р/м. Ознакомьтесь с офертой: wap.i-free.ru/oferta» отвечает вышеперечисленным требованиям рекламного законодательства, следовательно, является рекламой.

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 10.11.2013 в 18:05 поступило смс-сообщение на номер <...>.

Согласно скриншота, предоставленного заявителем, на номер его мобильного телефона 10.11.2013 в 18:05 поступило смс - сообщение «Вам ПОДАРОК – голосовое

признание! Чтобы прослушать ЗВОНИ 09933/КОД 746/10р/м. Ознакомьтесь с офертой: war.i-free.ru/oferta» от 09933 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 «СМС Трафик» (Абонентом) заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № 432672522 от 01.01.2012 г. и Дополнительное соглашение № 010112 от 01.01.2012 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 «СМС Трафик») обязуется осуществлять отправку SMS-сообщений Пользователю только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально.

В свою очередь ООО «СМС Трафик» сообщило, что инициатором рассылки данного смс-сообщения является ООО «СЗК «Инфосвязь» на основании договора № 145/13 от 23.04.2013 года, в соответствии с которым ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) по заданию ООО «СЗК «Инфосвязь» (Заказчика) оказывает последнему услуги доступа к системе, обеспечивающей обработку, отправку сообщений и организацию их взаимодействия между Заказчиком и Абонентом.

Доводы ООО «СМС Трафик» о том, что общество в данном случае оказывает услуги связи на основании соответствующих лицензий – Лицензии № 127018 от 26.03.2013 г. на оказание телематических услуг связи и Лицензии № 129162 от 02.06.2015 г. на оказание услуг связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, не могут быть приняты Комиссией в связи со следующим.

Согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» оператор связи – юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

Согласно пунктам 22, 23 Правил оказания телематических услуг связи, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 г. № 575, в договоре оказания услуг связи, помимо прочего, должны содержаться: реквизиты выданной оператору связи лицензии; адрес установки пользовательского (оконечного) оборудования и описание абонентской линии (при доступе к сети передачи данных с использованием абонентской линии) технические показатели, характеризующие качество телематических услуг связи (в том числе полосу пропускания линии связи в сети передачи данных, технические нормы, в соответствии с которыми оказываются телематические услуги связи и технологически неразрывно связанные с ними услуги, тарифы и (или) тарифный план для оплаты телематических услуг связи в российских рублях, состав оказываемых телематических услуг связи.

Данные условия в договоре № 145/13 от 23.04.2013 года отсутствуют. Лицензия № 127018 от 26.03.2013 г. выдана ООО «СМС Трафик» на оказание телематических услуг связи только на территории Москвы, тогда как рассматриваемое смс-сообщение получено абонентом г. Санкт-Петербурга. Лицензия № 129162 от 02.06.2015 г. выдана ООО «СМС Трафик» значительно позже распространения рассматриваемой рекламы.

Кроме того, материалами дела не установлено участие ООО «СЗК «Инфосвязь» в рассылке рассматриваемого смс-сообщения: представленный договор № 145/13 от 23.04.2013 года, заключенный между ООО «СМС Трафик» и ООО «СЗК «Инфосвязь», не содержит сведений о рассматриваемом смс-сообщении, других документов, подтверждающих факт отправки рассматриваемого смс-сообщения ООО «СЗК «Инфосвязь» Общество с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» не предоставило, само же ООО «СЗК «Инфосвязь» в письменных пояснениях (исх. № 20/15 от 24.11.2015 г.) отрицает свою причастность к рассылке рассматриваемого смс-сообщения.

Таким образом, распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи оператора связи ОАО «ВымпелКом» осуществлено ООО «СМС Трафик», являющегося абонентом по договору об оказании услуг связи «Билайн» № 432672522 от 01.01.2012 г. и Дополнительному соглашению № 010112 от 01.01.2012 г. к данному договору.

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 «СМС Трафик» является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы, поскольку на основании заключенного договора и дополнительного соглашения к данному договору, используя технические средства ОАО «ВымпелКом», осуществило распространение рассматриваемой рекламы.

В материалы дела не предоставлено предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи, несмотря на то, что ООО «СМС Трафик» в соответствии с заключенным договором обязалось в обязательном порядке получить от абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщений, 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 «СМС Трафик», 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 рекламодатель.

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 «СМС Трафик» 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 рекламодателем. В связи с чем, дело в отношении ОАО «ВымпелКом» подлежит прекращению.

Таким образом, ООО «СМС Трафик» при распространении рассматриваемой рекламы допустило 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 «Вам ПОДАРОК – голосовое признание!

Чтобы прослушать ЗВОНИ 09933/КОД 746/10р/м. Ознакомьтесь с офертой: war.i-free.ru/oferta», поступившую 10.11.2013 в 18:05 на номер мобильного телефона <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «СМС Трафик» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Дело № 04-01/35-14 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 «09» февраля 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