

ПАО «ВымпелКом»

127083, г. Москва,
ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14

ООО «СофтПрофи»

450005, г. Уфа,
ул. Достоевского, д. 139, кор. 1, оф. 3

450106, Республика Башкортостан,
г. Уфа, ул. Рабкоров, д. 2/1

ООО «БИЛДИНГ»

614111, г. Пермь,
ул. Солдатова, д. 44, оф. 12

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «24» декабря 2015 г.

В полном объеме решение изготовлено «02» февраля 2016 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 – К.С. Сучковой, Н.С. Уваровой,

рассмотрев дело № 3-18-210/77-15 в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ООО «БИЛДИНГ» по факту распространения на телефонный номер < > посредством СМС-сообщения рекламы следующего содержания: «Срочное Такси Акция минус 20% т. 84997030502 www.4007778.ru», поступившей 08.09.2013 в 12:42, отправитель: moskvaTAXI (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 «СофтПрофи», ООО «БИЛДИНГ» (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-210/77-15 возбуждено в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ООО «БИЛДИНГ» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер < > посредством СМС-сообщения рекламы «Срочное Такси Акция минус 20% т. 84997030502 www.4007778.ru», поступившей 08.09.2013 в 12:42, отправитель: moskvaTAXI (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11).

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «ВымпелКом» (адрес: 127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 28.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700166636.

ООО «СофтПрофи» (адрес: 450106, г. Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Рабкоров, д. 2/1) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 01.08.2007 за основным государственным регистрационным номером 1070278008019.

ООО «БИЛДИНГ» (адрес: 614111, г. Пермь, ул. Солдатова, д. 44, оф. 12) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 20.04.2007 за основным государственным регистрационным номером 1075904007123.

Согласно материалам дела № 3-18-210/77-15 на номер телефона +7 985 784-46-13 08.09.2013 в 12:42 поступила реклама следующего содержания: «Срочное Такси Акция минус 20% т. 84997030502 www.4007778.ru» отправитель: moskvaTAXI (номер <...> в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11).

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.

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.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного СМС-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом исходя из буквального толкования упомянутой нормы права следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама 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 такси и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также в материалы дела не представлено доказательств направления sms-сообщения «Срочное Такси Акция минус 20% т. 84997030502 www.4007778.ru» исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством sms-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к услугам такси.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы от ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ООО «БИЛДИНГ» он не давал. Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ООО «БИЛДИНГ» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ООО «БИЛДИНГ» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина по данному обращению в Московское УФАС России, на получение рекламы, ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ООО «БИЛДИНГ» также не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-210/77-15 указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора об оказании услуг связи «Биллайн» № 483510120 от 24.06.2013 (далее — Договор 1), заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СофтПрофи»; договора возмездного оказания услуг № 4У101212/01 от 10.12.2012 (далее — Договор 2), заключенного между ООО «СофтПрофи» и ООО «БИЛДИНГ».

Также между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СофтПрофи» было заключено Дополнительное соглашение от 24.06.2013 к Договору 1.

Согласно Дополнительному соглашению к Договору № 1, ПАО «ВымпелКом» оказывает ООО «СофтПрофи» услуги по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений от ООО «СофтПрофи» к Пользователю, а так же от Пользователя к ООО «СофтПрофи».

В соответствии с пунктом 3.7 вышеуказанного Дополнительного соглашения, ООО «СофтПрофи» обязуется осуществлять sms-рассылки только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально. Согласно пункту 1.4 Дополнительного соглашения, под открытыми sms-рассылками понимается предоставление услуги без предварительного sms-запроса Пользователя.

Кроме того, в соответствии с пунктом 4.1 Дополнительного соглашения, ООО «СофтПрофи» гарантирует, что данные информационно-сервисного содержания, либо набор Сервисов предоставляемых в рамках настоящего соглашения, в том числе, не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации.

В случае нарушения ООО «СофтПрофи» в том числе данного условия Дополнительного соглашения ПАО «ВымпелКом» обязано незамедлительно приостановить оказание услуги в одностороннем порядке с последующим направлением уведомления ООО «СофтПрофи».

Согласно пункту 1.1 Договора 2. ООО «СофтПрофи» предоставляет за плату ООО «БИЛЛИНГ» услуги по предоставлению доступа к Программному приложению обеспечивающему формирование доставки и подтверждение о доставке коротких и длинных sms-сообщений, выбора тарифа и подписи. В соответствии с пунктом 1.2 Договора 2 предметом договора является предоставление ООО «БИЛЛИНГ» услуг в соответствии с действующими тарифами и установленными правилами предоставления услуг.

При этом, согласно пункту 2.5 Договора 2. под программным приложением понимается комплекс программных средств позволяющих ООО «БИЛЛИНГ» зарегистрироваться, отправлять короткие и длинные sms-сообщения, отслеживать их статус и контролировать свой электронный виртуальный счет.

В соответствии с пунктом 3.5 Договора 2. ООО «БИЛЛИНГ» обязано строго соблюдать Правила предоставления услуг которые являются приложением к данному договору и его неотъемлемой частью, в соответствии с пунктом 7.2 рассматриваемого договора.

Согласно пункту 8 Правил предоставления услуг ООО «БИЛЛИНГ» обязуется использовать услугу в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации адресатам давшим свое письменное согласие на ее получение которое в случае необходимости может быть предъявлено в качестве безоговорочного доказательства по первому письменному требованию ООО «СофтПрофи» в трехдневный срок.

В соответствии с пунктом 5.2 Договора 2, при поступлении в адрес ООО «СофтПрофи» информации о нарушении ООО «БИЛЛИНГ» Правил предоставления услуг ООО «СофтПрофи» немедленно приостанавливает предоставление услуг.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение sms-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «БИЛЛИНГ» к ООО «СофтПрофи», а от него к ПАО «ВымпелКом» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Таким образом, каждое лицо, участвующее в деле является неотъемлемой частью правоотношений складывающихся в процессе передачи sms-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Кроме того, анализ вышеизложенных положений договоров в своей совокупности и взаимной связи позволяет говорить о том, что ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи» предполагали возможность направления абоненту смс сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «СПАМ», в том числе и рекламу. При этом у ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи» имелась возможность блокировать отправку таких sms-сообщений, распространенных лицам не дававшим согласия. Таким образом, ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи» обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагента.

Согласно статьи 309 Гражданского кодекса 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.

В соответствии с частью 1 статьи 8 Гражданского кодекса Российской Федерации гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности. В этой связи гражданские права и обязанности возникают, в том числе, из договоров.

Таким образом, заключив вышеупомянутые договоры ПАО «ВымпелКом» ООО «СофтПрофи» конклюдентно согласились с тем, что предоставляемые ими услуги связи будут использоваться в целях распространения, в том числе рекламной информации.

Названное обстоятельство свидетельствует о необходимости осуществления со стороны Обществ определенного контроля за действиями своих контрагентов по договорам.

Однако ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ООО «БИЛДИНГ» в настоящем случае не предприняли достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров (пункт 3.7 Договора 1 и пункт 8 Правил предоставления услуг к Договору 2), следует, что субъекты предполагали возможность использования их услуг с целью распространения сообщений рекламного характера, в том числе без получения согласия абонентов. Более того, ООО «СофтПрофи», ООО «БИЛДИНГ» принята на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получения.

В этой связи ссылки лиц, участвующих в деле на отсутствие у них возможности ознакомиться с содержанием передаваемых сообщений противоречит ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеет правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке sms-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Желание лиц, участвующих в деле получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче sms-сообщений рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не подлежит судебной защите.

В отношении информации, представленной ПАО «ВымпелКом», согласно которой рассматриваемое в рамках данного дела сообщение не было зафиксировано, в связи с этим ПАО «ВымпелКом» не располагает данными о лицах, осуществляющих рассылку указанного сообщения, Комиссия Московского УФАС приходит к следующим выводам.

При первоначальном запросе ПАО «ВымпелКом» относительно

спорного сообщения, Общество представило сведения о лице, на основании договора с которым было распространено спорное сообщение. В связи с вышеизложенным Комиссия Московского УФАС России не усматривает причин исключить представленные ранее сведения. Таким образом, у Комиссии нет оснований полагать, что спорное сообщение не было распространено.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению sms-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ООО «БИЛЛИНГ» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

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

Таким образом распространение 08.09.2013 в 12:42 рекламы товаров и услуг на номер телефона < > от отправителя «moskvaTAXI» с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

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

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

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

При этом законодательно установленное определенное распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Комиссией Московского УФАС России установлено что ПАО «ВымпелКом» является лицом, осуществившим наряду с ООО «СофтПрофи» и ООО «БИЛЛИНГ» распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...>.

ПАО «ВымпелКом» ООО «СофтПрофи» и ООО «БИЛЛИНГ» 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 «СофтПрофи» и ООО «БИЛЛИНГ» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы. На основании изложенного ПАО «ВымпелКом» ООО «СофтПрофи» и ООО «БИЛЛИНГ» являются рекламодателями рекламы «Срочное Такси Акция минус 20% т 84997030502 www.4007778.ru», поступившей 08.09.2013 в 12:42 от отправителя «moskvaTAXI».

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 «СофтПрофи» и ООО «БИЛДИНГ» 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 «СофтПрофи» и ООО «БИЛДИНГ» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе выразившееся в распространении 08.09.2013 в 12:42 на телефонный номер <...> от отправителя «moskvaTAXI» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Локализация свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи» и ООО «БИЛДИНГ» 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.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости вынудить ПАО «ВымпелКом» ООО «СофтПрофи» ООО «БИЛДИНГ» предписания о прекращении нарушения (предупреждение аналогичного правонарушений) законодательства Российской Федерации о рекламе а именно распространение рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

Согласно представленным в материалах дела документам и сведениям, спорное сообщение было распространено 08.09.2013.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности в настоящем случае истек.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 3.3 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 08.09.2013 в 12:42 рекламы «Срочное Такси Акция минус 20% т 84997030502 www.d007778.ru» на номер телефона < > от отправителя «moskvaTAXI» 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 «СофтПрофи» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Выдать ООО «БИЛДИНГ» 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.

1.

1.

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

Председатель Комиссии

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

К.С. Сучковой

Н.С. Уварова

