ЗАО «СМАРТС-УФА»

ул. Первомайская, д. 8а,

г. Уфа, 450044

ЗАО «ГрандТелеком»

ул. Бочкова, д.6, 1,

г. Москва, 129085

ул. Полковая, д. 3, стр. 9,

г. Москва, 127018

ООО «ИТ Бизнес Консалтинг»

ул. Правды, д. 16, 2, г. Дубна,

Московская область, 141981

13.10.2015 № 10046/04-01

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-01/23-14

«29» сентября 2015 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 № 04-01/23-14, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения гражданином 21.10.2013 г. в 14:29 на номер его мобильного телефона <…> смс-сообщения рекламного характера: «ВАШ АДВОКАТ! Ведение гражданских, уголовных дел. Звоните! 84956478482», без согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

Закрытое акционерное общество «СМАРТС-УФА» (далее – ЗАО «СМАРТС-УФА»), Закрытое акционерное общество «ГрандТелеком» (далее – ЗАО «ГрандТелеком»), Общество с ограниченной ответственностью «ИТ Бизнес Консалтинг» (далее – ООО «ИТ Бизнес Консалтинг»), привлеченные к рассмотрению дела 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 гражданина, проживающего в г. Москва, 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. № 11079 от 28.11.2013).

Заявитель сообщает о том, что 21.10.2013 в 14:29 на номер его мобильного телефона <…> поступило нежелательное смс-сообщение (реклама) с номера ADVOKAT и содержало следующий текст:

«ВАШ АДВОКАТ! Ведение гражданских, уголовных дел. Звоните! 84956478482».

Заявитель считает распространение данной рекламы нарушением Федерального закона 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 дозванивания, автоматической рассылки).

Дело № 04-01/23-14 возбуждено по признакам нарушения части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в отношении ЗАО «СМАРТС-УФА».

В ответ на определение о возбуждении дела № 04-01/23-14 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 28.01.2014 г. ЗАО «СМАРТС-УФА» в письме от 12.02.2014 № 10-123 сообщило, что указанная смс-рассылка совершалась компанией ЗАО «ГранТелеком» на основании заключенного договора. Представлен договор № 10-01-212 предоставления услуг от 15.10.2013 г., заключенный между ЗАО «СМАРТС-УФА» и ЗАО «ГрандТелеком».

Определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 04-01/23-14 от 25.02.2014 г. к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, привлечено ЗАО «ГрандТелеком».

Производство по делу № 04-01/23-14 приостанавливалось определением от 28.03.2014 г. до установления местонахождения лица, осуществившего распространение 21.10.2013 в 14:29 на номер мобильного телефона <…> с номера ADVOKAT смс-сообщения: «ВАШ АДВОКАТ! Ведение гражданских, уголовных дел. Звоните! 84956478482».

ЗАО «ГрандТелеком», в письменных пояснениях от 08.04.2014 г. исх. № 112/36 сообщило, что предоставляет исключительно техническую возможность формирования смс-сообщений со своего сайта с использованием сети Интернет, при этом не обладает возможностью анализировать тексты. Общество не является создателем текста сообщений, не отправляет их на мобильный телефон абонента, а также не владеет какой-либо абонентской базой, по которой производится рассылка смс-сообщений. Выше указанный он-лайн сервис смс-сообщений ЗАО «ГрандТелеком» предоставляет различным физическим и юридическим лицам за плату. В отношении рассматриваемого случая ЗАО «ГрандТелеком» передало за плату определенное договором количество смс-сообщений ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» на основании договора № 0000036 от 19.02.2012 г. для осуществления последним смс-рассылок. В договоре четко оговорена ответственность Заказчика (ООО «ИТ Бизнес Консалтинг») за осуществление массовой рассылки без согласия Абонента.

Определением о возобновлении производства по делу № 04-01/23-14 от 31.08.2015 г. к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, привлечено ООО «ИТ Бизнес Консалтинг».

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 21.10.2013 в 14:29 на номер мобильного

телефона <…> информация «ВАШ АДВОКАТ! Ведение гражданских, уголовных дел. Звоните! 84956478482» отвечает вышеперечисленным требованиям рекламного законодательства, следовательно, является рекламой, объектом рекламирования в которой являются услуги адвоката по ведению гражданских и уголовных дел.

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 «Мобильные ТелеСистемы» предоставило сведения о том, что абонентом телефонного номера <…>, на который поступило рассматриваемое смс-сообщение, является заявитель, а также детализацию смс-сообщений, согласно которой 21.10.2013 в 14:29 поступило смс-сообщение на номер <…> с +79023708198.

Согласно скриншота, предоставленного заявителем, на номер его мобильного телефона 21.10.2013 в 14:29 поступило смс - сообщение «ВАШ АДВОКАТ! Ведение гражданских, уголовных дел. Звоните! 84956478482» от ADVOKAT через SMS-центр ЗАО «СМАРТС-УФА»: номер <...> .

Между ЗАО «СМАРТС-УФА» (Исполнителем), оператором подвижной радиотелефонной связи, через смс-центр которого прошло рассматриваемое смс-сообщение, и ЗАО «ГрандТелеком» (Заказчиком) заключен договор № 10-01-212 предоставления услуг от 15.10.2013 г., согласно которому Исполнитель обязуется предоставлять услуги по конвертированию телематических протоколов, используемых Заказчиком для отправки смс-сообщений, в протоколы сетей подвижной связи с необходимым уровнем качества, а также обеспечивать учет объема предоставляемых услуг, а Заказчик, телекоммуникационное оборудование которого подключено к оборудованию Исполнителя обязан не использовать свой комплекс и комплекс Исполнителя для организации спама, то есть рассылки абонентам смс-сообщений рекламного и/или иного содержания, которая осуществляется без предварительного согласия абонентов, которым она адресована (пункт 3.2.2 Договора), в обязательном порядке получить предварительное письменное согласие от абонента, на абонентский номер которого будет производится отправка смс-сообщений с информацией заказчика (пункт 3.2.3. Договора). В соответствии с пунктом 3.2.14.4 Договора Заказчику запрещается передавать права и обязанности по настоящему Договору третьим лицам без согласования с Исполнителем, в том числе права на использование Услуг Исполнителя путем подключения третьих лиц к Комплексу Заказчика.

В свою очередь ЗАО «ГрандТелеком» предоставило договор оказания услуг № 0000038 от 01.03.2013 г., заключенный между ним и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг», согласно которого ЗАО «ГрандТелеком» (Исполнитель) оказывает ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» (Заказчику) комплекс услуг по организации передачи смс-сообщений, включая услуги по регистрации смс-сообщений и обеспечению их отправки Абонентам через операторов связи (юридических лиц предоставляющих

Абонентам услуги сотовой связи на основании соответствующей услуги), предоставляя в своей Системе (комплекс программных и аппаратных средств, необходимых для оказания Исполнителем услуг) рабочий кабинет Заказчику для отправки смс-сообщений. Отправленным является смс-сообщение, отправленное Заказчиком, принятое Системой и отправленное Абоненту Системой.

Согласно правил предоставления услуг, изложенных в приложении № 1 к договору оказания услуг № 0000038 от 01.03.2013 г., являющихся неотъемлемой частью Договора, при регистрации в системе Исполнителя Заказчик получает индивидуальный логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта исполнителя. Исполнитель предоставляет доступ к программному приложению, обеспечивающему формирование и отправку смс-сообщений. Передача информации (текст смс-сообщения, шаблон сообщения и др. информация) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет. Срок отправки Исполнителем каждого смс-сообщения на SMS-центр оператора подвижной радиотелефонной связи – не более трех минут с момента инициации Заказчиком рассылки смс-сообщений в Системе или момента получения смс-сообщения от оборудования Заказчика.

Таким образом, распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи через SMS-центр оператора связи ЗАО «СМАРТС-УФА», обладающего соответствующей лицензией на оказание услуг подвижной радиотелефонной связи, стало возможным благодаря осуществлению последовательных действий лиц, участвующих в рассылке данной рекламы по сетям электросвязи на основе заключенных договоров, а именно, ЗАО «ГрандТелеком» осуществило распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи, используя технические средства оператора подвижной радиотелефонной связи ЗАО «СМАРТС-УФА», а ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» осуществило распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи через сеть Интернет на технические средства ЗАО «ГрандТелеком».

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» ЗАО «ГрандТелеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» являются рекламораспространителями рассматриваемой рекламы, поскольку на основании заключенных договоров, используя каждый соответствующие технические средства, осуществили распространение рекламы «ВАШ АДВОКАТ! Ведение гражданских, уголовных дел. Звоните! 84956478482», поступившее 21.10.2013 в 14:29 на номер мобильного телефона <…>.

В материалы дела не предоставлено предварительного согласия абонента <…> на получение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи, несмотря на то, что ЗАО «ГрандТелеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» 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 сетей электросвязи, как

подвижной радиотелефонной связи, так и сети Интернет, 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 дозванивания, автоматической рассылки), поскольку рассылка рекламы, поступившей на технические средства ЗАО «ГрандТелеком», осуществлялась им 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 выражавшим 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 ЗАО «СМАРТС-УФА» нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе». ЗАО «СМАРТС-УФА» в рамках заключенного с ЗАО «ГрандТелеком» Договора является оператором подвижной радиотелефонной связи, обязавшимся оказать услуги по конвертированию телематических протоколов, используемых Заказчиком для отправки смс-сообщений, в протоколы сетей подвижной связи с необходимым уровнем качества, а также обеспечить учет объема предоставленных услуг. Оператор подвижной радиотелефонной связи в силу оказания лицензионных услуг не может являться рекламораспространителем. В связи с чем, дело в отношении ЗАО «СМАРТС-УФА» подлежит прекращению.

Таким образом, ЗАО «ГрандТелеком» и ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» при

распространении рассматриваемой рекламы допущено нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку распространение рекламы по сетям электросвязи 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 «ВАШ АДВОКАТ! Ведение гражданских, уголовных дел. Звоните! 84956478482», поступившую 21.10.2013 в 14:29 на номер мобильного телефона <…>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ЗАО «ГрандТелеком» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Выдать ООО «ИТ Бизнес Консалтинг» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ярославского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

5. Дело № 04-01/23-14 в отношении ЗАО «СМАРТС-УФА» 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 «13» октября 2015 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