

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-8-2013

Решение по делу оглашено 20 августа 2013 г.

Решение изготовлено в полном объеме 03 сентября 2013 г.

г.

Тверь

Комиссия Тверского УФАС России (далее – Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель: Фомин В.М., руководитель управления;

члены комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления;

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти;

Никифорова Г.И., ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти;

в присутствии:

- заявителя Н.;

- представителя ОАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ОАО «ВымпелКом»): О. (по доверенности),

в отсутствие:

- надлежащим образом извещенных о дате, времени и месте рассмотрения дела представителей ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «Нотис Систем», ООО «Автотехника»,

УСТАНОВИЛА:

29.03.2013 Управлением на основании заявления Н. (далее - заявитель) возбуждено дело № 04-6/2-8-2013 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) по факту распространения 24.01.2013 в 13.59. на принадлежащий заявителю телефонный номер <...> -903-*** без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Только 2 дня 26 и 27 января беспрецедентные скидки на все автомобили KIA и SsangYong у официального дилера «Автотехника». 50 лет Октября, д. 17А. 39-***, 35-***».

При этом Заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рекламных сообщений от ООО «Автотехника».

Вышеуказанное смс-сообщение, как следует из письма ОАО «ВымпелКом» от 22.04.2013 № 00286/13-ИЦР-ТВР, было отправлено с номера, закрепленного в соответствии с договором об оказании услуг связи «Билайн» от 18.01.2012 № 429838801 и дополнительным соглашением от 18.01.2012 № 010112 за ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»; согласно договору и дополнительному соглашению ОАО «ВымпелКом»

оказывало ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» услуги по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (SMS-сообщений).

Из пояснений ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» от 31.05.2013 № 172 следует, что между ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ООО «Нотис Систем» заключены договор оказания услуг от 10.10.2011 № ДТ-А/012424 и дополнительное соглашение от 10.10.2011 № 1, согласно которым ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Исполнитель) предоставляет заказчику (ООО «Нотис Систем») техническую возможность для отправки смс-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform».

Письмо-отчет ООО «Нотис Систем» от 21.06.2013 б/н свидетельствует о том, что смс-сообщения на телефонный номер <...> -903-*** с текстом: «Только 2 дня 26 и 27 января беспрецедентные скидки на все автомобили KIA и SsangYong у официального дилера «Автотехника», 50 лет Октября, д. 17А. 39-***, 35-***», были отправлены пользователем ООО «Автотехника».

ООО «Автотехника» пояснений и документов Управлению не представило.

В соответствии со статьей 1 Закона **целями настоящего Закона являются** развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, **реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.**

В соответствии со статьей 3 Закона **реклама** это 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; **объект рекламирования** - товар, средство его индивидуализации, 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; **ненадлежащая реклама** - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; **рекламораспространитель** - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 N АЦ/4624 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики

применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются проводимые ООО «Автотехника» акции.

Согласно части 1 статьи 5 Закона, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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.

Как указано выше, при обращении в Тверское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его разрешения на получение рекламных сообщений от ООО «Автотехника».

ООО «Автотехника» пояснений по существу дела, а также документального подтверждения наличия согласия абонента на получение как рекламы акций ООО «Автотехника», так и любой иной рекламы посредством смс-рассылки, равно как и другие привлеченные к участию в деле в качестве лиц, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, не представило.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «Согласно части 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 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. Вместе с тем согласие абонента 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».

Учитывая отсутствие разрешения заявителя и его согласия на получение рекламы акций ООО «Автотехника», при распространении 24.01.2013 на телефонный номер заявителя 8-903-*** рекламы следующего содержания: «Только 2 дня 26 и 27 января беспрецедентные скидки на все автомобили KIA и SsangYong у официального дилера «Автотехника». 50 лет Октября, д. 17А. 39-***, 35-***», были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

Как указано выше, статьей 3 Закона определено, что рекламодатель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. При этом Закон содержит понятие рекламодателя и не ограничивает количество таких рекламодателей (постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.02.2011 № 09АП-33644/2010-АК по делу № А40-109462/10-94-618).

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что ими являются ОАО «ВымпелКом», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «Нотис Систем» и ООО «Автотехника», и такой вывод позволяет сделать наличие цепи договорных отношений между оператором – ОАО «ВымпелКом», ретрансляторами – ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ООО «Нотис Систем», а также ООО «Автотехника», что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламодателей.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон 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; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В соответствии с пунктами 1 и 2 статьи 44 Закона о связи на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи. Правила оказания услуг связи утверждаются Правительством Российской Федерации. Правилами оказания услуг связи

регламентируются взаимоотношения пользователей услугами связи и операторов связи при заключении и исполнении договора об оказании услуг связи, а также порядок и основания приостановления оказания услуг связи по договору и расторжения такого договора, особенности оказания услуг связи, права и обязанности операторов связи и пользователей услугами связи, форма и порядок расчетов за оказанные услуги связи, порядок предъявления и рассмотрения жалоб, претензий пользователей услугами связи, ответственность сторон.

В соответствии с абзацем 2 пункта 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услугами связи услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи.

Согласно пояснениям ОАО «ВымпелКом» (исх. №№ 00112/13-ИЦР-ТВР от 14.02.2013, 00286/13-ИЦР-ТВР от 22.04.2013) Общество является оператором связи и предоставляет телекоммуникационные услуги, в том числе услугу «Корпоративные SMS-сервисы». «Корпоративные SMS-сервисы» - это возможность для организации самостоятельно отправлять SMS со своей компьютерной сети на телефоны своих клиентов, партнеров. Также ОАО «ВымпелКом» пояснило, что использование WEB-интерфейса «Бизнес SMS» позволяет производить рассылку рекламных SMS клиентам через интернет; управлять списками номеров адресатов (в том числе производить загрузку/выгрузку списков номеров из файлов); создавать расписание отправки сообщений; использовать произвольную буквенную подпись при отправке сообщений. При этом ОАО «ВымпелКом» полагает, что лишь обеспечивает техническую возможность обмена (приема - отправки) SMS-сообщений между абонентом и пользователем; Обществу не было известно о содержании SMS-сообщения, поступившего на абонентский номер <...> -903-*** Заявителя, поскольку оно было отправлено третьим лицом. Телефонный номер <...> -903-***, зафиксированный в детализации абонента в качестве номера отправителя SMS-сообщения, является техническим номером SMS-Центра ОАО «ВымпелКом».

Также ОАО «ВымпелКом» указало, что 18.01.2012 между ОАО «ВымпелКом» (Оператор) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Абонент) заключен договор об оказании услуг связи № 429838801, а также дополнительное соглашение № 010112 от 18.01.2012 (далее Соглашение); предметом Соглашения является оказание Абоненту услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (SMS) от Абонента к Пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи Оператора либо других операторов подвижной сети).

Согласно типовому договору об оказании услуг связи «Билайн», регулиющему отношения между оператором и абонентом, его предметом является оказание оператором связи услуги связи «Билайн»; при этом **под услугой оператора понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи; под услугой связи в рамках договора понимается услуги подвижной радиотелефонной связи** (доступ к сети связи оператора, **соединения по сети связи оператора**, соединения с абонентами и (или) пользователями сетей фиксированной телефонной связи сети связи общего пользования, возможности пользования услугами подвижной радиотелефонной связи при нахождении за пределами территории, указанной в лицензии, **доступ к телематическим услугам связи и услугам связи по передаче данных**), телематические услуги связи (доступ к

сети связи лицензиата, доступ к информационным системам информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе к сети Интернет, прием и передача телематических электронных сообщений), услуги сети передачи данных (доступ к сети связи лицензиата; соединения по сети передачи данных, доступ к услугам передачи данных, оказываемым другими операторами связи, сети передачи данных которых взаимодействуют с сетью связи лицензиата) в сети подвижной связи, дополнительные услуги, оказываемые оператором абонентам в соответствии с Правилами оказания соответствующего вида услуг и условиями выданных оператору лицензий. При этом в типовом договоре отмечено, что в нем применяются термины, определенные в Правилах оказания услуг подвижной связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации № 328 от 25.05.2005; в Правилах оказания услуг связи по передаче данных, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации № 32 от 23.01.2006; в Правилах оказания телематических услуг связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации № 575 от 10.09.2007.

Указанное свидетельствует о том, что фактическое (или физическое) доведение сведений до абонента, в данном случае, Заявителя, о проводимой ООО «Автотехника» акции могло осуществить и осуществляло ОАО «ВымпелКом».

Как следует из представленных в материалы дела документов, 18.01.2012 ОАО «ВымпелКом» (Оператор) заключило с ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Абонент) договор об оказании услуг связи «Билайн» № 429838801 (типовой договор), а также дополнительное соглашение № 010112 к нему. В данном Соглашении используются понятия: пользователь – абонент сети сотовой радиотелефонной связи оператора; **услуга – услуга Оператора (то есть, ОАО «ВымпелКом») по приему, обработке и передаче коротких текстовых SMS-сообщений от Абонента к Пользователю;** номерная емкость – собственный номерной ресурс оператора связи, используемый им для обеспечения услуг связи; номер доступа – номер из номерной емкости оператора, используемый для оказания услуг абоненту; **сеть – совокупность аппаратных средств, каналов соединения и прочей технологической инфраструктуры, необходимой, в частности, для построения и эксплуатации автоматизированной системы обмена информацией посредством коротких сообщений между Оператором и Абонентом, а также между Пользователем и Оператором; интерфейс – связующее звено, отвечающее определенным параметрам и спецификации, для предоставления абоненту возможности формирования SMS-сообщений для передачи информации пользователям** (техническое описание прилагается к Соглашению); отосланное сообщение – сообщение, которое было получено от Абонента по Интерфейсу и обработано в соответствии с техническим описанием Интерфейса; Спам – SMS-сообщения, отправленные Абонентом и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные Пользователю без его предварительного согласия или не позволяющие определить отправителя этого SMS-сообщения, в том числе, содержащие несуществующий или фальсифицированный адрес отправителя.

В соответствии с пунктом 4.10 соглашения, Абонент обязался не использовать выделенные номера доступа и подключение к оборудованию Оператора с целью организации спама. Согласно Соглашению услуга рассылки SMS-сообщения осуществляется на основе платформы Абонента и предоставляется только

юридическим лицам, с каждым из которых Абонент заключает договор оказания услуг, в котором прописана ответственность заказчика за рассылку СПАМ-сообщений. **Пунктом 4.18 вышеуказанного соглашения также предусмотрено, что Абонент (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») обязуется осуществлять смс-рассылки (без предварительного смс-запроса Пользователя) только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально.**

Таким образом, содержание Соглашения в совокупности с пояснениями ОАО «ВымпелКом» позволяет сделать вывод о том, что ОАО «ВымпелКом» не просто предоставило ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» корпоративный SMS-сервис для рассылки SMS-сообщений как абонентам ОАО «ВымпелКом», так и абонентам других операторов, но и фактически предоставило ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» возможность пользования услугой «Открытые SMS-рассылки», то есть, предоставление услуги без предварительного SMS-запроса пользователя. В частности, ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставлен интерфейс и программное обеспечение для формирования SMS-сообщений для передачи информации пользователям. Пунктом 4.1 Соглашения предусмотрено право ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» по обеспечению рекламного продвижения в средствах массовой информации предлагаемого сервиса; пункт 6.2 Соглашения обязывает Оператора предоставить Абоненту доступ к интерфейсу, осуществить его настройку и оказывать поддержку по его эксплуатации. При этом Договором и Соглашением предусмотрено, что услугу по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений от абонента (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») к пользователю оказывает ОАО «ВымпелКом» (пункт 1.1 договора № 429838801 и пункт 2.1 Соглашения).

Приложением № 2 к Соглашению ОАО «ВымпелКом» предусмотрена возможность предоставления Абонентом (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») третьим лицам различных сервисов, таких как: рассылка SMS-сообщений; дано краткое описание данного сервиса – СМС уведомления для платежных и банковских транзакций, смс уведомления программ лояльности торговых сетей, поздравительные и рекламные сообщения. Приложение № 1 к Соглашению содержит описание интерфейса взаимодействия ОАО «ВымпелКом» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ».

Одновременно вышеуказанные положения с учетом пунктов 4.18 – 4.19 Соглашения о том, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» обязуется отправлять смс-сообщения Пользователям только при наличии согласия пользователей, в противном случае несет перед ОАО «ВымпелКом» гражданско-правовую ответственность, свидетельствуют о возможности и обязанности ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» исполнить законодательства о рекламе в части нераспространения рекламы посредством смс-сообщений пользователям без их согласия.

Согласно пояснениям ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», исх. № 172 от 31.05.2013, данное Общество является оператором связи и работает с заказчиками на основании договоров оказания услуг. ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет техническую возможность отправки SMS-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform», и не считает, что оно является распространителем рекламных SMS-сообщения 24.01.2013 на телефонный номер Н. 8-903-***; полагает, что на основании п. 3.3.3 и п. 3.3.4 дополнительного соглашения № 1 к договору от 10.10.2011 № ДТ-А/01224 ответственность за содержание SMS-сообщений, за присваиваемый адрес отправителя, используемые номера Абонентов для отправки SMS-сообщений несет Заказчик, в данном случае ООО «Нотис Систем».

Как следует из представленных ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» документов, 10.10.2011 им («Исполнителем») заключен договор оказания услуг № ДТ-А/012424 (клиентский договор) с ООО «Нотис Систем» («Заказчиком»). Согласно пункту 2.1 договора перечень оказываемых Исполнителем в рамках договора услуг определяется дополнительным соглашением; согласно пункту 3.1.1 договора Исполнитель обязуется оказать Заказчику своими силами и/или силами третьих лиц, привлеченных для выполнения обязательств по договору, в соответствии с дополнительным соглашением.

Согласно статье 1 Дополнительного соглашения № 1 к договору оказания услуг № ДТ-А/012424 от 10.10.2011, в нем используются следующие термины: 1.1. DEVINO Platform – программно-аппаратный комплекс, принадлежащий Исполнителю, позволяющий обеспечивать реализацию услуг, предусмотренных Дополнительным соглашением; 1.2. **услуги – действия Исполнителя, направленные на отправку на мобильный терминал Подписчика, в том числе, смс-сообщений**; 1.3. личный кабинет пользователя – многофункциональный виртуальный рабочий стол Заказчика, доступ в который осуществляется после авторизации – ввода логина и пароля. В пределах личного кабинета Заказчик (ООО «Нотис Систем») производит выбор конкретных услуг, в том числе, отправку/прием смс-сообщений; 1.4. смс-сообщение – короткое текстовое сообщение, которое может быть отправлено и принято Подписчиком с/на Мобильный Терминал; 1.12. спам – рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная на Мобильные Терминалы Подписчиков без их предварительного согласия; 1.13. Подписчик – лицо, пользующееся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из Операторов связи; 1.16. Мобильные Терминалы – технические средства, позволяющие пользоваться услугами подвижной радиотелефонной связи. Согласно пункту 2.1 Дополнительного соглашения в его рамках Исполнитель (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») предоставляет Заказчику доступ к личному кабинету пользователя на DEVINO Platform, позволяющий Заказчику самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды услуг. Согласно пункту 3.1.2 Дополнительного соглашения Исполнитель обеспечивает работоспособность DEVINO Platform; согласно пункту 3.2.2 - Исполнитель вправе блокировать Личный кабинет заказчика при рассылке последним сообщений, соответствующих признакам спам, сообщений оскорбительного или клеветнического характера, порнографической направленности. Согласно пункту 3.3.1 – 3.3.2, 3.3.4 Дополнительного соглашения Заказчик обязан соблюдать требования законодательства о рекламе; самостоятельно и за свой счет предварительно получить от Подписчика, на Мобильный терминал которого планируется отправка смс-сообщений; не использовать подключение к DEVINO Platform для организации спама. Согласно пункту 6.1 Дополнительного соглашения в процессе создания Личного кабинета пользователя Исполнитель (ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») при необходимости осуществляет для Заказчика (ООО «Нотис Систем») настройку для отправки bulk смс-сообщений (отправка большого количества одинаковых смс-сообщений через web-интерфейс, по поддерживаемым протоколам).

Содержание указанного Дополнительного соглашения свидетельствует о том, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет ООО «Нотис Систем» возможность для отправки и осуществляет (может осуществлять) отправки массовых смс-сообщений через принадлежащий ему программно-аппаратный комплекс. При этом содержание как договорных отношений между ООО «Нотис Систем» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», так и между ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ОАО «ВымпелКом»

свидетельствует о том, что стороны осознают возможность нарушения рекламного законодательства – в части распространения рекламы посредством смс-сообщений без согласия абонента, оговаривают ответственность другой (по цепочке от оператора связи) стороны за такое нарушение, «перекладывая» на такую сторону ответственность за данное нарушение.

Как следует из представленного ООО «Нотис Систем» письма-отчета от 21.06.2013 б/н по журналам посещения на сайте nssms.ru, принадлежащему ООО «Нотис Систем», была обнаружена следующая активность пользователя с ip адресом 81.27.247.85 24.01.2013:

81.27.247.85-- (24/lan/2013:13:48:10+0400)"GET/HTTP/1.1200 10368

81.27.247.85-- (24/lan/2013:13:48:33+0400)"POST/users/login HTTP/1/1" 302-

81.27.247.85-- (24/lan/2013:13:51:31+0400)"POST/users/sendsms HTTP/1/1" 302-

По данным whois (<https://www.nic.ru/whois/?gueru=81.27.247.85>) этот айпи-адрес принадлежит провайдеру DIS из города Тверь

IP 81.27.247.85

Хост: host-247-85.an-net.ru

Город: Тверь

Страна: Russian Federation

IP диапазон: 81.27.247.0-81.27.247.255

Название провайдера: Society of limited liability "DIS"

ООО «Нотис Систем» пояснило, что вышеуказанное сообщение отправляло ООО «Автотехника» на основании договора № К112 предоставления услуг передачи трафика от 11.11.2011, согласно которому ООО «Нотис Систем» (Исполнитель) обязался оказать услуги по техническому обеспечению передачи информационных массивов Абонентам через Операторов с использованием сервиса Исполнителя (раздел 2 Договора). Под «сервисом» понимаются программные продукты, с помощью которых Исполнитель оказывает ООО «Автотехника» предусмотренные Договором услуги, а Заказчик передает Информационный текст (текст информационного и (или) рекламного характера) Абонентам в формате смс-сообщения. Согласно Договору Заказчик (ООО «Автотехника») обязан: получить согласие Абонентов на прием Абонентами SMS-сообщений в письменном виде или иным способом, позволяющим однозначно идентифицировать как самого Абонента, так и выраженное им согласие на получение им указанных SMS-сообщений, отправителем которых является Заказчик, до направления Исполнителю информационных SMS-сообщений, адресованных Абонентам (пункт 3.2.2 Договора); представлять Исполнителю документы, подтверждающие согласие Абонентов на получение СМС-сообщений в разумный срок, по первому требованию (пункт 3.2.3 Договора).

Анализ договорных отношений между ОАО «ВымпелКом», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «Нотис Систем» и ООО «Автотехника» позволяет сделать вывод о следующем.

ООО «Автотехника» осуществляло распространение рекламной информации путем рассылки рекламы в виде коротких текстовых сообщений на мобильные телефонные номера абонентов, используя при этом сервис, предоставленный ООО «Нотис Систем»; при этом Общество непосредственно формировало текст исходящих смс-сообщений, определяло их содержание, формируя базу данных, осуществляло отправку смс-сообщений в следующее звено цепи рекламодателей.

ООО «Нотис Систем», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ОАО «ВымпелКом» в рамках вышеперечисленных договоров и дополнительных соглашений не только последовательно, с использованием имеющихся у них программно-аппаратных комплексов, осуществляли передачу смс-сообщений, но и в рамках этих отношений последовательно создавали другой стороне договорных отношений условия для отправки смс-сообщений, в том числе, для одновременной отправки большого количества смс-сообщений.

При этом факт заключения договора между ОАО «ВымпелКом» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» позже, чем были заключены договоры между другими перечисленными сторонами, значения в рамках данного дела не имеет, поскольку именно договор между ОАО «ВымпелКом» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» позволил распространить спорное смс-сообщение с рекламой ООО «Автотехника».

Доводы ОАО «ВымпелКом», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ООО «Нотис Систем» о том, что они не являются рекламодателями, Комиссия считает несостоятельными, поскольку их действия отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Закона в отношении рекламодателя – распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае - смс-сообщений.

Несостоятельными считает Комиссия и доводы ОАО «ВымпелКом» в части, касающейся тайны сообщений, передаваемых по сетям электросвязи. Комиссия считает, что, в том числе с учетом положений пункта 7 статьи 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149 - ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», в данном случае, прежде всего, устанавливается требование о не передаче третьим лицам без согласия ее обладателя сведений о передаваемой информации. При этом данная норма – о тайне переписки, никаким образом не исключает обязанности оператора сети обеспечить получение абонентом только согласованной им рекламы.

Вместо этого, как указано выше, ОАО «ВымпелКом», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ООО «Нотис Систем» последовательно обеспечили ООО «Автотехника» и технически, и программно возможностью, объективно, для массовой рассылки смс-сообщений, которая даже в определенных данными лицами соглашениях, договорах, контрактах подпадает под категорию спам-сообщений. При этом, после заключения вышеуказанных договоров и ОАО «ВымпелКом», и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», и ООО «Нотис Систем» фактически самоустранились от необходимости соблюдения требований действующего рекламного законодательства. Положения в договорах, контрактах, соглашениях (данное положение последовательно переадресовано - ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «Нотис Систем», ООО «Автотехника») об ответственности за рассылку несогласованных рекламных сообщений, во-первых, не исключает обязанности самих операторов связи и сторон договора соблюдать рекламное законодательство, во-вторых, не отменяет

ответственности за его соблюдение, так как являются обеспечительной мерой в рамках гражданско-правовых отношений, а не административных.

Принимая во внимание совокупность действий всех лиц, участвующих в схеме доведения смс-сообщений до Заявителя, Комиссия считает действия ОАО «ВымпелКом», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «Нотис Систем» и ООО «Автотехника» по распространению смс-сообщений на телефонный номер Заявителя по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без его предварительного согласия, нарушающими часть 1 статьи 18 Закона.

Руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37, 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ООО «Автотехника», ООО «Нотис Систем», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ОАО «Вымпел-Коммуникации» по распространению 24.01.2013 смс-сообщения, содержащего рекламу услуг ООО «Автотехника», без предварительного согласия Назаренко Д.Ф., нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Автотехника», ООО «Нотис Систем», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ОАО «Вымпел-Коммуникации» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении рекламодателей указанной рекламы: ООО «Автотехника», ООО «Нотис Систем», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», и ОАО «Вымпел-Коммуникация».

Решение оглашено 20 августа 2013 года.

Решение изготовлено в полном объеме 03 сентября 2013 года.

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

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, Г.И. Никифорова

ПРЕДПИСАНИЕ 04-6/2-8-2013

об устранении нарушения в сфере размещения рекламы

20 августа 2013 г.

г. Тверь

Комиссия Тверского УФАС России (далее – Управление, Тверское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель: Фомин В.М., руководитель управления;

члены комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления;

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти;

Никифорова Г.И., ведущий специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

на основании решения от 20.08.2013 по делу № 04-6/2-8-2013 и в соответствии со статьей 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. В срок до 20.09.2013.

1. ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «Нотис Систем» и ООО «Автотехника» при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер <...> -903-630-94-13 обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», **а именно, прекратить распространение рекламных СМС-сообщений ООО «Автотехника» без предварительного согласия абонента.**

2. **В срок до 10.10.2013** ОАО «Вымпел-Коммуникации» ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «Нотис Систем» и ООО «Автотехника» представить в Тверское УФАС России информацию об исполнении предписания.

Примечание: Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена ответственность за неисполнение предписания органа исполнительной власти, уполномоченного на осуществление контроля в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд. В случае неисполнения предписания Тверское УФАС России вправе обратиться в суд, арбитражный суд с требованием о понуждении совершения действий, соответствующих законодательству Российской Федерации, с заявлением в защиту прав и законных интересов участников размещения заказа.

Обжалование в судебном порядке настоящего предписания не приостанавливает его исполнение.

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, Г.И. Никифорова