

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Тверское УФАС России, Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – Фомин В.М., руководитель управления;

члены Комиссии:

- Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

- Шибанов Я.А., специалист-эксперт отдела контроля размещения государственного заказа,

рассмотрев дело № 05-6/2-14-2012, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в присутствии представителей:

- ООО «Лоджик Телеком»,

- ОАО «ВымпелКом»,

в отсутствие надлежащим образом извещенных о месте, дате и времени рассмотрения дела представителей Индивидуального предпринимателя Ерохина Александра Михайловича,

Установила:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России 24.10.2012 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) в отношении Индивидуального предпринимателя Ерохина Александра Михайловича (далее – ИП Ерохин А.М.), ООО «Лоджик Телеком» и ОАО «ВымпелКом».

Поводом для возбуждения дела послужили поступившие из Управления Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области (далее – Ивановское УФАС России) в соответствии с пунктом 3 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, заявление владельца номера ***** (далее – Заявитель) сети «Билайн» оператора сотовой связи ОАО «ВымпелКом», а также дополнительно полученные Ивановским УФАС России в ходе предварительного рассмотрения заявления документы, из которых следовало, что на номер Заявителя 07.08.2012 поступило короткое текстовое сообщение следующего содержания: «Деньги! Лови момент! Супер акция! Т. 8 800 100 88 44 ООО «Нано-Финанс». При этом заявитель сообщал об отсутствии его разрешения на получение рекламных сообщений от ООО «Нано-Финанс».

Как следовало из представленных Ивановским УФАС России документов, к

распространению вышеуказанного смс - сообщения на номер Заявителя имеют отношение: оператор сотовой связи ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ИП Ерохин А.М., ООО «Нано-Финанс». При этом ИП Ерохин А.М. имеет адрес регистрации в Тверской области, что и обусловило необходимость направления всех материалов для рассмотрения в Тверское УФАС России.

Полученные от Ивановского УФАС России и непосредственно Тверским УФАС России от ОАО «ВымпелКом» (письма от 20.08.2012 № 344, от 19.11.2012 № 01000/12-ИЦР-ТВР), от ООО «Лоджик Телеком» (письма от 05.09.2012, от 31.10.2012 № 13) и от ООО «Нано-Финанс» (письмо от 07.09.2012 № 54) документы свидетельствуют о том, что непосредственным отправителем смс-сообщения следующего содержания: «Деньги! Лови момент! Супер акция! Т. 8 800 100 88 44 ООО «Нано-Финанс», являлся ИП Ерохин А.М.

Данное сообщение ИП Ерохин А.М. отправлял на основании договора возмездного оказания услуг от 03.04.2012 № 14, заключенного между ООО «Нано-Финанс» (Заказчик) и ИП Ерохин А.М. (Исполнитель), согласно пунктам 1.1 и 1.2 которым Исполнитель обязался оказать услуги по распространению рекламной информации ООО «Нано-Финанс» путем рассылки на мобильные телефонные номера абонентов Исполнителя коротких текстовых сообщений; при этом Исполнитель предоставляет базу данных абонентов, а Заказчик предоставляет Исполнителю согласованный текст смс-сообщений, а также обязуется принять и оплатить услуги. Согласно подпункту 3.1.1 вышеуказанного договора Исполнитель обязался обеспечить распространение рекламы в порядке и на условиях, соответствующих требованиям законодательства Российской Федерации, при использовании базы данных абонентов, находящихся в его распоряжении.

Согласно позиции ООО «Нано-Финанс», изложенной в письме последнего (письмо от 07.09.2012 № 54), ООО «Нано-Финанс» не являлось рекламораспространителем, поскольку не имело отношение к процессу рассылки смс-сообщений на номер мобильного телефона Заявителя, а определяло только содержание рекламы; полагает, что лицом, осуществляющим распространение спорных смс-сообщений, является ИП Ерохин А.М.

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.

То, что смс-сообщение в адрес Заявителя не носит персонифицированный характер, свидетельствуют также поступившая из нескольких территориальных Управлений Федеральной антимонопольной службы информация с запросом о распространении как аналогичной, так и несущественно отличающейся по своему содержанию рекламы услуг ООО «Нано-Финанс» посредством смс-сообщений; в частности, такие запросы поступали из Воронежского УФАС России, Рязанского УФАС России, Ярославского УФАС России, Астраханского УФАС России, Тамбовского УФАС России, в том числе с информацией о причастности к такому распространению ИП Ерохин А.М.

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 оказываемые ООО «Нано-Финанс» услуги.

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 Ивановское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его разрешения на получение рекламных сообщений от ООО «Нано-Финанс».

ИП Ерохин А.М. пояснений по существу дела, а также документального подтверждения наличия согласия абонента на получение как рекламы оказываемых ООО «Нано-Финанс», так и любой иной рекламы посредством смс-рассылки не представил.

Закон не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что предполагает допустимым любую форму предварительного согласия абонента.

Указанное полностью согласуется с позицией Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в статье 15 вышеуказанного постановления Пленума ВАС РФ, в которой, в частности, отражено 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 рекламораспространителя. 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».

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что при распространении на телефон Заявителя 07.08.2012 рекламы следующего содержания: «Деньги! Лови момент! Супер акция! Т. 8 800 100 88 44 ООО «Нано-Финанс», 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 рекламораспространитель.

Как указано выше, статьей 3 Закона определено, что рекламораспространитель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. При этом Закон содержит понятие рекламораспространителя и не ограничивает количество таких

рекламораспространителей (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 распространителем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что ими являются ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» и ИП Ерохин А.М., и такой вывод позволяет сделать наличие цепи договорных отношений между оператором – ОАО «ВымпелКом», ретранслятором – ООО «Лоджик Телеком» и ИП Ерохин А.М., что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламораспространителей.

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.

Согласно пояснениям ОАО «ВымпелКом», исх. № 01000/12-ИЦР-ТВР от 19.11.2012, ОАО «ВымпелКом» 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. Далее 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» пояснило, 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 <...> ***** Заявителя, поскольку оно было отправлено третьим лицом. Также ОАО «ВымпелКом» пояснило, что 01.01.2012 между ОАО «ВымпелКом» (Оператор) и ООО «Лоджик Телеком» (Абонент) заключен договор об оказании услуг связи № 429838908, а также дополнительное соглашение № 010112 от 01.01.2012; 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). В соответствии с пунктом 4.10 соглашения, Абонент обязался не использовать выделенные номера доступа и подключение к оборудованию Оператора с целью организации спама. 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 соглашения также предусмотрено, что Абонент (ООО «Лоджик Телеком») обязуется осуществлять смс-рассылки (без предварительного смс-запроса Пользователя) только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально. Также ООО «ВымпелКом» сообщил, что ООО «Лоджик Телеком» оказывал посредством своей программной платформы услуги ИП Ерохин А.М. по

осуществлению планирования, формирования и доставки различного рода сообщений до адресатов на основании заключенного с ним договора предоставления услуг по приему и передаче информационных сообщений № 17769/2012-к от 24.01.2012 г. В этой связи ОАО «ВымпелКом» считает, что поскольку отправителем спорного сообщения являлся ИП Ерохин А.М., а не ОАО «ВымпелКом», то он и является рекламораспространителем.

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 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 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 - Заявителя об оказываемой ООО «Нано-Финанс» услуге могло осуществить и осуществляло ОАО «ВымпелКом».

Как следует из представленных в материалы дела документов, 01.01.2012 ОАО «ВымпелКом» (Оператор) заключило с ООО «Лоджик Телеком» (Абонент) договор об оказании услуг связи «Билайн» № 429838908 (типовой договор), а также дополнительное соглашение № 010112 к вышеуказанному договору (далее – Соглашение). 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.

Таким образом, содержание дополнительного соглашения в совокупности с пояснениями ОАО «ВымпелКом» позволяет сделать вывод о том, что данное Общество предоставило ООО «Лоджик Телеком» корпоративный SMS-сервис для рассылки SMS-сообщений как абонентам ОАО «ВымпелКом», так и абонентам других оператором. Фактически ООО «Лоджик Телеком» предоставлена возможность пользования услугой «Открытые SMS-рассылки», то есть, предоставление услуги без предварительного SMS-запроса пользователя. ООО «Лоджик Телеком» предоставлен интерфейс и программное обеспечение для формирования SMS-сообщений для передачи информации пользователям. Пунктом 4.1 названного Соглашения предусмотрено право ООО «Лоджик Телеком» по обеспечению рекламного продвижения в средствах массовой информации предлагаемого сервиса; пунктом 6.2 Соглашения Оператор обязуется предоставить Абоненту интерфейс, осуществить его настройку и оказывать поддержку по эксплуатации; пунктом 6.5 Соглашения указано на право оператора на страницах WAP-порталов и WEB-сайтов, являющихся собственностью оператора, размещать ссылки на возможность получения сервиса Абонента. Под услугой оператора, которым в данном случае являлось ОАО «Вымпел-Коммуникации», как указано выше, понимается прием, обработка и передача

коротких текстовых сообщений от абонента (ООО Лоджик Телеком») к пользователю (постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27.04.2012 по делу № А40-77128/11-153-690).

Приложением № 2 к Соглашению определены виды сервисов, предоставляемых Абонентом Пользователям: рассылка SMS-сообщений; дано 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 «Лоджик Телеком»), и, в частности, указание на то, что использование интерфейса для доступа Абонента к услуге может осуществляться с помощью следующих способов: через Интернет (базовый способ; с использованием безопасного Интернет VPN подключения; с использованием выделенных каналов подключения (минуя публичную сеть Интернет).

Согласно пояснениям ООО «Лоджик Телеком», исх. № 7 от 20.09.2012, данное Общество является оператором связи, действующим на основании лицензий; работает с операторами на основании договоров присоединения. Программно-аппаратный комплекс телематических услуг связи, используемый данным Обществом для предоставления услуг связи, транслирует сообщения, получаемые им от своих клиентов, вышестоящему оператору, не оценивая их смыслового содержания (со ссылкой на положения Закона о связи в части сохранения тайны связи). ООО «Лоджик Телеком» считает, что оно не является отправителем и изготовителем сообщений своих абонентов, на основании договоров (контрактов) возмездного оказания услуг связи осуществляет передачу сообщений в интересах своих абонентов (отправителей) в сети других операторов, где они, в свою очередь, доставляют сообщения своим абонентам (адресатам). Также ООО «Лоджик Телеком» сообщает, что по результатам проведенной Обществом проверки установлено, что отправителем смс-сообщения на номер Заявителя является контрагент Общества ИП Ерохин А.М. (контракт с ООО «Лоджик Телеком» № 17769/2012-К от 24.01.2012).

О том, что отношение к отправке спорного смс-сообщения может иметь ИП Ерохин А.М., сообщило также ООО «Нано-Финанс». В частности, в своих пояснениях, исх. № 54 от 07.09.2012, ООО «Нано-Финанс» сообщило, что 03.04.2012 Обществом заключен договор возмездного оказания услуг № 14 с ИП Ерохин А.М., согласно которому последний обязался оказать Обществу услуги по распространению рекламной информации ООО «Нано-Финанс» путем рассылки на мобильные телефонные номера абонентов ИП Ерохин А.М. коротких текстовых сообщений (sms-сообщения).

Как следует из представленных в материалы дела документов, ООО «Лоджик Телеком» (Исполнитель) 24.01.2012 заключило с ИП Ерохин А.М. (Контрагент) контракт № 17769/2012-К предоставления услуг доступа к системе передачи данных. Согласно пункту 2.1 контракта Исполнитель предоставляет Контрагенту доступ к Платформе, обеспечивающей пользование Контрагентом за обусловленную плату различными видами передачи данных, в том числе предоставление инструмента для формирования текстовых и мультимедийных сообщений, передачи СМС, ММС, факсимильных документов, электронной почты, услуги IP-телефонии, предоставление защищенного VPN соединения и т.п.

Согласно пункту 2.2 контракта перечень и детальное описание набора (пакета) услуг, доступных к использованию Контрагентом в результате заключения контракта, расположены на WEB-сайте Исполнителя. Согласно пункту 1 Контракта, в нем используются следующие понятия и термины: платформа – принадлежащий исполнителю (ООО «Лоджик Телеком») комплекс оборудования и программного обеспечения, который предоставляет Контрагенту (ИП Ерохин А.М.) техническую возможность обмениваться с определенным кругом его корреспондентов информационными данными различного типа (включая формирование, получение, обработку и передачу этих данных); «личный кабинет» он же «виртуальный офис» - сегмент сайта Исполнителя, расположенный на Платформе Исполнителя и доступный Контрагенту, после авторизации; а также дано понятие другим терминам. Согласно пункту 1.4 Профильного договора Исполнитель (ООО «Лоджик Телеком») оказывает Контрагенту (ИП Ерохин А.М.) на возмездной основе услуги по осуществлению платформой Исполнителя планирования, формирования и доставки от Контрагента до Адресатов различного вида Сообщений (согласно пункту 1.6 Контракта под Сообщениями понимаются смс-сообщения).

Согласно устным пояснениям представителей ООО «Лоджик Телеком» на заседании Комиссии последний предоставил информационный канал ИП Ерохин А.М. и на основании Договора с ОАО «ВымпелКом» осуществлял ретрансляцию смс-сообщений, исходящих от ИП Ерохин А.М.

Изложенное выше позволяет Комиссии сделать вывод о том, что ОАО «ВымпелКом» не просто фактически довело спорное смс-сообщение до Заявителя, но и осуществило техническое обеспечение возможности ретрансляции сообщений со стороны ООО «Лоджик Телеком», которое, в свою очередь, обеспечило как техническими, так и программными средствами (посредством платформы) ИП Ерохин А.М. При этом заключенные между ОАО «ВымпелКом» и ООО «Лоджик Телеком» дополнительное соглашение, между ООО «Лоджик Телеком» и ИП Ерохин А.М. контракт, свидетельствуют о том, что их предметом, в первую очередь, явилось обеспечение возможности рассылки смс-сообщений.

В этой связи доводы как ОАО «ВымпелКом», так и ООО «Лоджик Телеком» о том, что они не являются рекламораспространителями, Комиссия считает несостоятельными, поскольку их действия отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Закона в отношении рекламораспространителя – распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае - смс-сообщений.

Несостоятельными считает Комиссия и доводы ОАО «ВымпелКом» и ООО «Лоджик Телеком» 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, 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, ни каким образом не исключает обязанности оператора сети обеспечить получение абонентом только согласованной им рекламы. Вместо этого, и ОАО «ВымпелКом», и ООО «Лоджик Телеком» последовательно обеспечили ИП Ерохин А.М. и технически, и программно возможностью, объективно, для массовой рассылки смс-сообщений, которая даже в определенных данными лицами соглашениях, договорах, контрактах подпадают под категорию спам-сообщений.

При этом после заключения вышеуказанных договоров и ОАО «ВымпелКом», и ООО «Лоджик Телеком» фактически самоустранились от необходимости соблюдения требований действующего рекламного законодательства. Положения в договорах, контрактах, соглашениях (данное положение последовательно переадресовано контрагенту - ООО «Лоджик Телеком», ИП Ерохин А.М.) об ответственности за рассылки несогласованных рекламных сообщений, во-первых, не исключает обязанности самих операторов связи соблюдать рекламное законодательство, во-вторых, не отменяет ответственности за его соблюдение, так как является 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 «Лоджик Телеком» и Индивидуального предпринимателя Ерохина Александра Михайловича 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 статьей 9, 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, Комиссия

Решила:

1. Признать действия Индивидуального предпринимателя Ерохина Александра Михайловича, ООО «Лоджик Телеком» и ОАО «ВымпелКом» по распространению 07.08.2012 г. смс-сообщений, содержащих рекламу услуг ООО «Нано-Финанс», без получения предварительного согласия абонента, нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать Индивидуальному предпринимателю Ерохину Александру Михайловичу, ООО «Лоджик Телеком» и ОАО «ВымпелКом» 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: ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» и Индивидуального предпринимателя Ерохина Александра Михайловича.

Решение изготовлено в полном объеме «04» мая 2012 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, Я.А. Шибанов