

РЕШЕНИЕ

27 июня 2014 года

г. Саратов

Комиссия Саратовского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии - и.о. руководителя Управления,
- - начальника отдела контроля рекламы и
Члены Комиссии - финансовых рынков,
- – специалист-эксперт отдела контроля
рекламы и финансовых рынков,

рассмотрев дело № 3-14р по признакам нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ " О рекламе", возбужденное по заявлению (вх. № 29 от 29.01.2014), о получении им на номер +7 905 559 5212 СМС-сообщения рекламного характера следующего содержания:

"номер <...> выбран БИЛАЙН в число возможных ПОБЕДИТЕЛЕЙ в розыгрыше 10.000.000 Рублей! Отправте ДА на 2014 СЕЙЧАС и станьте МИЛЛИОНЕРОМ! 19 руб/день. Подробнее 0846 (беспл.) и <http://beeline.ru/redirect/s>", поступившее 18.12.2013 в 19:28 без предварительного согласия,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Саратовского УФАС России поступило заявление (вх. № 29 от 29.01.2014), переданное ФАС России, о получении им на номер +7 905 559 5212 СМС-сообщения рекламного характера следующего содержания:

"номер <...> выбран БИЛАЙН в число возможных ПОБЕДИТЕЛЕЙ в розыгрыше 10.000.000 Рублей! Отправте ДА на 2014 СЕЙЧАС и станьте МИЛЛИОНЕРОМ! 19 руб/день. Подробнее 0846 (беспл.) и <http://beeline.ru/redirect/s>", поступившее 18.12.2013 в 19:28.

Данное рекламное СМС-сообщение было получено без предварительного согласия абонента, что по мнению содержит признаки нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ " О рекламе".

Изучив материалы дела, выслушав доводы сторон, Комиссия Саратовского УФАС России установила следующая.

28.03.2014 Саратовским УФАС России было возбуждено дело № 3-14р в отношении ОАО "ВымпелКом" по признакам нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ " О рекламе".

Как следует из материалов дела, между ОАО "ВымпелКом" и заключен договор № 476F33 от 20.10.2011 об оказании услуг связи.

В соответствии со ст. 45 Федерального закона "О связи", заключаемый договор является публичным договором, т.е. договор на оказание услуг связи, который ОАО "ВымпелКом" заключил с абонентом, является договором присоединения. Условия такого договора определены одной стороной в формулярах или стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Из письменных пояснений ОАО "ВымпелКом" (вх. №2214 от 18.04.2014) следует, что согласно п. 9 указанного договора об оказании услуг связи "Билайн", заключенного между Абонентом и Оператором, соглашаясь с условиями Договора, Абонент выражает согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям электросвязи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе.

Таким образом, по мнению ОАО "ВымпелКом", абонент подписав бланк единого абонентского договора, **выразил свое согласие** со всеми условиями Договора на оказании услуг связи, в том числе на получение рекламы.

С данным доводом нельзя согласиться, поскольку согласно п. 15 Постановления № 58 от 08.10.2012 Пленума Высшего Арбитражного суда РФ " О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи и согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и **подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.**

Вместе с тем, договор № 476F33 от 20.10.2011, заключенный ОАО "ВымпелКом" с о предоставлении услуг связи "Билайн", не предусматривал вариативность поведения абонента – согласиться на получение рекламы или отказаться.

Следовательно, ознакомление с Правилами оказания услуг связи не является обстоятельствами подтверждающими согласие абонента на получение рекламы и **не позволяют их идентифицировать как волеизъявление на получение рекламы.**

Кроме того, в ходе рассмотрения дела ОАО «ВымпелКом» не согласилось с наличием в своих действиях признаков нарушения рекламного законодательства и указало, в частности, на следующие обстоятельства.

В период с 20.03.2013 по 31.12.2013 ОАО "ВымпелКом" действительно проводило викторину "Смартфон для эрудита".

Для этого между ОАО "Вымпелком" и ЗАО Темафон" был заключен договор № ВК/ТФ – 01.04.2013 от 01.04.2013 по оказанию услуг по организации и проведению Викторины с использованием технических средств ЗАО "Темафон".

Также представитель ОАО "ВымпелКом" пояснил, что ОАО "ВымпелКом" обеспечивало только техническую возможность отправки СМС-сообщений с

коротких номеров "2013", "2113". Непосредственное отправление рекламных СМС-сообщений ОАО "ВымпелКом" не осуществляло, а осуществляло только отправку технических сообщений, содержащих вопросы и варианты ответов, согласно условиям договора в рамках передачи закрытого пакета информации.

Кроме того, на основании ст. 23 Конституции РФ на пересылку СМС-сообщений установлен режим тайны связи, на основании этого СМС-сообщения оператором не прочитываются.

С данными доводами нельзя согласиться по следующим основаниям.

В соответствии с пп. г п. 2.1. договора Заказчик (ОАО "ВымпелКом") обязуется обеспечить отправку Участникам Викторины с номера доступа "2013" и номера доступа "2113" технических сообщений, содержащих вопросы и варианты ответов, сведения о количестве набранных Участником баллов, **а также иную информацию, относящуюся к Викторине**, и предоставляемых Исполнителем (ЗАО "Темафон") посредством SMPP-протокола обмена данными между сервером Исполнителя и сервером Заказчика.

Кроме того, в соответствии с пп. е п.2.1. договора Заказчик обязуется осуществлять информирование Абонентов Заказчика о проводимой Викторине способами и в объемах, которые Заказчик сочтет необходимыми и достаточными.

В соответствии с пп.3 п.2.2. договора Исполнитель обязуется не осуществлять не согласованную СМС-рассылку Абонентам Заказчика, в том числе рассылку, не относящуюся к предмету настоящего Договора и не использовать выделенные для проведения Викторины номера для любых целей, не связанных с предметом настоящего Договора.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона "О рекламе" рекламодаделец - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, то есть осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

ОАО «ВымпелКом», согласно пп. е п.2.1. осуществляет информирование Абонентов о проводимой Викторине способами и в объемах, которые Заказчик сочтет необходимыми и достаточными. Эти услуги предоставляются оператором в целях доведения информации об услуге до потребителей. Таким образом, ОАО «Вымпел-Коммуникации» являлось рекламораспространителем, поскольку в рамках заключенного договора осуществило фактическое доведение сведений о проведении стимулирующей лотереи до сведения потребителей.

Кроме того, согласно указанного договора ОАО "ВымпелКом" является Заказчиком, т.е. продавцом товара (услуги) определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Одновременно необходимо отметить, что ссылка ОАО "Вымпелком" на Постановление Кассационного суда Северо-Западного округа по делу №А66-3211/2013 не может быть принята Комиссией Саратовского УФАС России во внимание в виду того, что рассматриваемые в указанном деле обстоятельства не соответствуют рассматриваемым обстоятельствам дела № 3-14р.

В соответствии с п. 6-7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодаделец и рекламодатель несут ответственность за нарушение требований, установленных статьей ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе».

Нарушение рекламоделами, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе в силу ч. 4 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» влечёт за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Рекламодателем и рекламоделом вышеупомянутой рекламы является ОАО "Вымпелком".

С учётом отсутствия в материалах дела доказательств прекращения распространения ненадлежащей рекламы на момент рассмотрения дела, Комиссия Саратовского УФАС России считает необходимым выдать ОАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства.

Руководствуясь п.1 ч. 2 ст. 33, ч.1 ст. 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: "номер <...> выбран БИЛАЙН в число возможных ПОБЕДИТЕЛЕЙ в розыгрыше 10.000.000 Рублей! Отправте ДА на 2014 СЕЙЧАС и станьте МИЛЛИОНЕРОМ! 19 руб/день. Подробнее 0846 (беспл.) и <http://beeline.ru/redirect/s>", распространенную 18.12.2013 в 19:28 по сетям подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента + 7 905 559 52 12 ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона "О рекламе".

2. Выдать ОАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Саратовского УФАС России для возбуждения дел об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ОАО «ВымпелКом».

Резолютивная часть решения оглашена 27 июня 2014. Решение изготовлено в полном объеме 11 июля 2014. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса

Российской Федерации.

Председатель Комиссии

.....

Члены Комиссии

.....

.....