

ОАО «Ростелеком»
ул. Достоевского, д. 15,
г. Санкт-Петербург, 191002

ООО «Армада»
ул. Тургенева, д. 12, офис.62,
г. Пермь, Пермский край,
614017

Комсомольский проспект, д. 84,
г. Пермь, 614010

ООО «Юплэй»
ул. Глинки, д. 1, стр. Л,
г. Стерлитамак,
Республика Башкортостан, 453116

ул. Тургенева, д. 33А, кв. 1,
г. Пермь, 614017

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»
ул. Сущевский Вал, д. 16, стр. 6
г. Москва, 127018

ООО «УМ-3»
ул. Шателена, д. 14, лит. А, пом. 11-Н
г. Санкт-Петербург, 194021

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-01/10-14

«25» ноября 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., специалист-эксперт Солодяшкина С.Д.,

рассмотрев дело № 04-01/10-14, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту получения гражданином П. 23.10.2013 г. в 14:33 на номер его мобильного телефона <...> смс-сообщения рекламного характера: «25 роз(50см)-1350р.25роз(80см)-1850рЕсть доставка», без согласия абонента на его получение,

УСТАНОВИЛА:

Открытое акционерное общество «Ростелеком» (далее – ОАО «Ростелеком»), Общество с ограниченной ответственностью «Армада» (далее – ООО «Армада»), Общество с ограниченной ответственностью «Юплэй» (далее – ООО «Юплэй»), Общество с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (далее – ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»), Общество с ограниченной ответственностью «УМ-3» (далее – ООО «УМ-3»), привлеченные 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 П., проживающего в г. Санкт-Петербург, 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. № 10910 от 25.11.2013).

Заявитель сообщает о том, что 23.10.2013 в 14:33 на номер его мобильного телефона <...> поступило нежелательное смс-сообщение (реклама) с номера ART-FLORA и содержало следующий текст: «25 роз(50см)-1350р.25роз(80см)-1850рЕсть доставка».

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 дозвонивания, автоматической рассылки).

Дело № 04-01/10-14 возбуждено по признакам нарушения части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в отношении ОАО «Ростелеком».

ОАО «Ростелеком» в пояснениях от 19.02.2014 № 0501/05/1085-14 на определение о возбуждении дела № 04-01/10-14 сообщило, что не является ни рекламораспространителем, ни рекламодателем, ни реклампроизводителем по данному факту. Между ОАО «Ростелеком» (Исполнитель) и ООО «Армада» (Заказчик) заключен договор об оказании услуг от 27.02.2012 № 410-12. В соответствии с пунктом 2.1. Договора Исполнитель предоставляет Заказчику техническую возможность осуществления с использованием оборудования Исполнителя отправки пользователям смс-сообщений. Пользователь – физическое или юридическое лицо, заключившее с исполнителем или иным оператором связи договор об оказании подвижной радиотелефонной связи стандарта GSM 900/1800, которому заказчиком направляется смс-сообщение в силу договорных отношений с заказчиком либо на основании письменного согласия такого физического или юридического лица (пункт 1.2 Договора). Исполнитель обязан обеспечить бесперебойную работу своего оборудования 24 часа в сутки 7 дней в неделю в течение срока действия Договора (пункт 3.1.2. Договора), а Заказчик согласно пункту 3.3.4. Договора обязан обеспечить наличие согласия пользователей на получение ими смс-сообщений. В силу пункта 3.3.5. Договора Заказчик обязан не направлять пользователям смс-сообщений без получения их письменного согласия. Аналогичные требования к смс-сообщениям установлены в пункте 1 приложения № 1 к Договору. ОАО «Ростелеком» как оператор связи на основании лицензии № 86470 от 06.05.2011 г. оказывало ООО «Армада» только услуги связи. Общество в силу законодательства и договорных отношений не отвечает за неисполнение обязательств контент-провайдеров непосредственно участвующих в цепочке рассылок смс-сообщений, имеющих признаки нарушения рекламного законодательства.

Определением об отложении и продлении срока рассмотрения дела № 04-01/10-

14 от 21.02.2014 г. к участию в рассмотрении дела привлечено ООО «Армада» в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «Армада» в ответ на определение пояснило, что в соответствии с представленными партнерами ООО «Армада» информацией техническая возможность формирования и направления указанного смс-сообщения предоставлена ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ». Возможность направления ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» смс-сообщения является результатом ряда последовательных сделок, а именно договора между ОАО «Ростелеком» и ООО «Армада», ООО «Армада» и ООО «Юплэй», ООО «Юплэй» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ». Указанный ряд последовательных сделок позволяет ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» с использованием его окончательного оборудования и сопряжения технических ресурсов участников сделок осуществлять формирование содержания, определять адресатов и отправку смс-сообщений определенным им адресатам с использованием сетей подвижной радиотелефонной связи, в том числе ОАО «Ростелеком».

Рассмотрение дела приостанавливалось до установления местонахождения лица, осуществившего распространение рассматриваемой рекламы.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» в письме № б/н от 12.08.2014 пояснило, что не является рекламодателем по факту отправки рассматриваемого смс-сообщения. Рекламодателем является ООО «УМ-3», которому ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет техническую возможность отправки смс-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора № ДТ-К/013006 от 01.07.2012 г. На основании пункта 3.3.1. Дополнительного соглашения № 1 от 01.07.2012 г. ООО «УМ-3» (Заказчик) обязано соблюдать требования законодательства Российской Федерации, в том числе рекламного законодательства. На основании пункта 3.3.2. Дополнительного соглашения Заказчик обязан получить от Абонента письменное согласие на получение смс-сообщений. На основании пунктов 3.3.3. и 3.3.4. ответственность за содержание смс-сообщений, за присваиваемый адрес отправителя, используемые номера Абонентов для отправки смс-сообщений несет Заказчик.

Определением о возобновлении производства по делу № 04-01/10-14 от 28.10.2015 г. к участию в рассмотрении дела в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечены ООО «Юплэй», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «УМ-3».

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 23.10.2013 в 14:33 на номер мобильного телефона <...> информация «25 роз(50см)-1350р.25роз(80см)-1850рЕсть доставка» отвечает вышеперечисленным требованиям рекламного законодательства, следовательно, является рекламой, объектом рекламирования в которой являются цветы и услуги по их доставке.

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 «ВымпелКом» предоставило сведения о том, что абонентом телефонного номера <...>, на который поступило рассматриваемое смс-сообщение, является заявитель, а также детализацию смс-сообщений, согласно которой 23.10.2013 в 14:33 поступило смс-сообщение на номер <...> .

Согласно скриншота, предоставленного заявителем, на номер его мобильного телефона 23.10.2013 в 14:33 поступило смс - сообщение «25 роз(50см)-1350р.25роз(80см)-1850рЕсть доставка» от ART-FLORA через SMS-центр ОАО «Ростелеком»: номер <...> .

Рассматриваемая реклама распространялась по сети подвижной радиотелефонной связи на основании договора об оказании услуг № 410-12 от 27.02.2012 г., заключенного между ОАО «Ростелеком», оператором подвижной радиотелефонной связи, которое имеет соответствующую лицензию на оказание данного вида услуг связи, и ООО «Армада» (Заказчиком). В соответствии с предметом данного договора ОАО «Ростелеком» предоставляет заказчику техническую возможность осуществления с использованием оборудования оператора связи отправки пользователям (физическим или юридическим лицам, заключившим с исполнителем или иным оператором связи договор об оказании подвижной радиотелефонной связи стандарта GSM 900/1800, которому заказчиком направляется смс-сообщение) смс-сообщений, а заказчик оплачивает оказанные услуги согласно условиям настоящего Договора.

ООО «Армада» согласно пункту 3.3.4. Договора обязано обеспечить наличие согласия пользователей на получение ими смс-сообщений. В силу пункта 3.3.5. Договора Заказчик обязан не направлять пользователям смс-сообщений без получения их письменного согласия. Аналогичные требования к смс-сообщениям установлены в пункте 1 приложения № 1 к Договору.

Таким образом, по сети подвижной радиотелефонной связи с использованием соответствующих средств ОАО «Ростелеком» распространение рассматриваемой рекламы было осуществлено ООО «Армада», которое обязалось перед оператором связи на основании заключенного договора не

направлять смс-сообщений без получения письменного согласия абонентов на их получение.

Вместе с тем, ООО «Армада» заключен договор об оказании услуг № 128/2012 от 01.05.2012 г. с ООО «Юплэй», в соответствии с которым ООО «Армада» выступает в качестве «Исполнителя», а ООО «Юплэй» «Заказчиком». Согласно пункта 2.1. вышеуказанного Договора Исполнитель собственными силами и с привлечением Оператора (ОАО «Ростелеком») обеспечивает Заказчику техническую возможность осуществления с использованием оборудования Заказчика отправку пользователям смс-сообщений, а Заказчик оплачивает оказанные услуги согласно условиям настоящего Договора. Согласно пунктов 3.3.4 и 3.3.5. Заказчик обязан обеспечить наличие согласия пользователей на получение ими смс-сообщений, не направлять пользователям смс-сообщений без получения их письменного согласия.

Также ООО «Армада», ссылаясь на то, что отправителем рассматриваемого смс-сообщения является ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», предоставило договор об оказании услуг № 120/2012 от 01.01.2012 г., заключенный между ООО «Юплэй» (Исполнителем) и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Заказчиком), в соответствии с условиями которого Исполнитель собственными силами и с привлечением Оператора (ОАО «Ростелеком») обеспечивает Заказчику техническую возможность осуществления с использованием оборудования Заказчика отправку пользователям смс-сообщений, а Заказчик оплачивает оказанные услуги согласно условиям настоящего Договора. Согласно пунктов 3.3.4 и 3.3.5. Заказчик обязан обеспечить наличие согласия пользователей на получение ими смс-сообщений, не направлять пользователям смс-сообщений без получения их письменного согласия.

В свою очередь ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» заключен договор оказания услуг № ДТ-К/013006 от 01.07.2012 г. с ООО «УМ-3». Согласно Дополнительного соглашения № 1 (Отправки/приема сообщений) к договору оказания услуг № ДТ-К/013006 от 01.07.2012 г. ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Исполнитель) предоставляет ООО «УМ-3» (Заказчику) доступ к личному кабинету пользователя на DEVINO Platform, позволяющий Заказчику самостоятельно выбирать объем, содержание (состав) и виды услуг (пункт 2.1. Договора). Согласно терминов и определений, данных в договоре, услуга, предоставляемая в рамках данного дополнительного соглашения, это действия Исполнителя, направленные на отправку на мобильные телефоны физических или юридических лиц смс-сообщений. На основании пунктов 3.3.1, 3.3.2. Дополнительного соглашения № 1 от 01.07.2012 г. ООО «УМ-3» (Заказчик) обязано соблюдать требования законодательства Российской Федерации, в том числе рекламного законодательства, обязан получить от Абонента письменное согласие на получение смс-сообщений.

ООО «УМ-3» не предоставило запрошенные у него документы и сведения в отношении распространения рассматриваемой рекламы.

Таким образом, Комиссией на основании материалов дела установлено, что распространение рассматриваемой рекламы стало возможным благодаря ряду последовательных действий следующих юридических лиц на основании соответствующих заключенных договоров: ООО «УМ-3», выступая в качестве Заказчика по договору № ДТ-К/013006 от 01.07.2012 г. и Дополнительному соглашению № 1 к нему для отправки рассматриваемого смс-сообщения использовало технические средства ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», которое в свою

очередь, выступая Заказчиком по договору № 120/2012 от 01.01.2012 для отправки рассматриваемого смс-сообщения использовало технические средства ООО «Юплэй»; ООО «Юплэй», выступая Заказчиком по договору № 128/2012 от 01.05.2012 г. для отправки рассматриваемого смс-сообщения использовало технические средства ООО «Армада», а ООО «Армада» осуществило распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи посредством использования технических средств оператора подвижной радиотелефонной связи ОАО «Ростелеком».

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» рекламораспространителями рекламы «25 роз(50см)-1350р.25роз(80см)-1850рЕсть доставка», поступившей 23.10.2013 г. в 14:33 на номер мобильного телефона <...>, являются: ООО «Армада», осуществившее распространение рассматриваемой рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи посредством использования технических средств оператора подвижной радиотелефонной связи ОАО «Ростелеком», а также ООО «Юплэй», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ООО «УМ-3», осуществившие распространение рассматриваемой рекламы по сетям электросвязи (по сети Интернет), на основании заключенных договоров, используя каждый соответствующие технические средства.

В материалы дела не предоставлено предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи, несмотря на то, что ООО «Армада», ООО «Юплэй», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ООО «УМ-3» 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 по сетям электросвязи, 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 дозвонивания, автоматической рассылки), поскольку рассылка рекламы, поступившей на технические средства ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «Юплэй», ООО «Армада» осуществлялась 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 выразившим 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 ОАО «Ростелеком» нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе». ОАО «Ростелеком» в рамках заключенного с ООО «Армада» договора является оператором подвижной радиотелефонной связи, обязавшимся предоставить техническую возможность осуществления отправки смс-сообщений с использованием своего оборудования. Оператор подвижной радиотелефонной связи в силу оказания лицензионных услуг не может являться рекламораспространителем. В связи с чем, дело в отношении ОАО «Ростелеком» подлежит прекращению.

Таким образом, ООО «Армада», ООО «Юплэй», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» и ООО «УМ-3» 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 «25 роз(50см)-1350р.25роз(80см)-1850р.Есть доставка», поступившую 23.10.2013 г. в 14:33 на номер мобильного телефона <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Армада», ООО «Юплэй», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «УМ-3» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. 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.
4. Дело № 04-01/10-14 в отношении ОАО «Ростелеком» 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 «01» декабря 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