

ОАО «Вымпелком»

127083, г. Москва,
ул. Восьмого Марта, 10, 14

ООО «Лоджик Телеком»

124460, г. Москва, г. Зеленоград,
пр-д 4806, д. 6

ООО «Групп Инфо»

445039, г. Тольятти,
ул. Свердлова, д. 1, оф. 8

РЕШЕНИЕ

«10» февраля 2014 года

г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – (.....),

членов Комиссии – (....), (....)

рассмотрев материалы дела № 3-18-123/77-13 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения ОАО «Вымпелком», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо», рекламы следующего содержания: «Акция! Автокредит без первого взноса от 7% годовых до 7 лет! 84956616046», поступившей 19.12.2012 в 11 часов 09 минут (отправитель AUTOSALON); «Акция! -70% на дизайн интерьеров! 650 рублей! 84959223765», поступившей 19.12.2012 в 14 часов 21 минуту (отправитель TcityDesign), на телефонный номер (.....), с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

в присутствии представителя ОАО «Вымпелком» — (.....) (доверенность № 1111 от 15.11.2012),

в отсутствие: ООО «Лоджик Телеком» (представлено ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие ООО «Лоджик Телеком»), ООО «Групп Инфо» (о месте и времени рассмотрения дела уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-123/77-13 возбуждено в отношении ОАО «Вымпелком», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» на основании обращения (.....) (вх. № 6136 от 05.03.2013) по факту распространения следующих смс-сообщений рекламного характера на ее телефонный номер (.....):

19.12.2012 в 11 часов 09 минут смс-сообщение следующего содержания: «Акция! Автокредит без первого взноса от 7% годовых до 7 лет! 84956616046», поступившее на телефонный номер абонента с короткого номера «AUTOSALON»;

19.12.2012 в 14 часов 21 минуту смс-сообщение следующего содержания: «Акция! -70% на дизайн интерьеров! 650 рублей! 84959223765», поступившее на телефонный номер абонента с короткого номера «CityDesign».

Комиссия Московского УФАС России, исследовав материалы дела, оценив доказательства в их совокупности и взаимосвязи, установила следующее.

Согласно материалам дела № 3-18-123/77-13 на телефонный номер (.....) поступили смс-сообщения рекламного характера, согласие на получение которых она не давала, а именно:

- 19.12.2012 в 11 часов 09 минут смс-сообщение следующего содержания: «Акция! Автокредит без первого взноса от 7% годовых до 7 лет! 84956616046», поступившее на телефонный номер абонента с короткого номера «AUTOSALON» (в соответствии с детализированной выпиской с номера (.....), принадлежащего к номерной емкости ОАО «Вымпел-Коммуникации»);
- 19.12.2012 в 14 часов 21 минуту смс-сообщение следующего содержания: «Акция! -70% на дизайн интерьеров! 650 рублей! 84959223765», поступившее на телефонный номер абонента с короткого номера «CityDesign» (в соответствии с детализированной выпиской с номера (.....), принадлежащего к номерной емкости ОАО «Вымпел-Коммуникации»).

Поступление рассматриваемых смс-сообщений рекламного характера на телефонный номер (.....), принадлежащий (.....), подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона, содержащими текст распространенных сообщений, а также детализированной выпиской от оператора связи, оказывающего услуги связи (вх. № 6136 от 05.03.2013).

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама — 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.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникшего по поводу реализации

объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Информация, распространенная в смс - сообщениях поступивших на телефонный номер (.....), принадлежащий (.....), отвечает всем требованиям рекламы: распространена посредством использования телефонной связи; адресована неопределенному кругу лиц, так как из текста сообщений не ясно, для кого именно они созданы и на восприятие кого направлены; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» объект рекламирования — товар, средство 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.

Согласно пунктом 3 статьи 3 ФЗ «О рекламе» под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Информация, распространенная на телефонный номер (.....), направлена на привлечение внимания к акциям, предоставляющим возможность получения скидок лицами, обратившимися по указанным в сообщениях телефонным номерам.

Таким образом, информация следующего содержания: «Акция! Автокредит без первого взноса от 7% годовых до 7 лет! 84956616046», «Акция! -70% на дизайн интерьеров! 650 рублей! 84959223765», распространенная посредством направления смс-сообщений на телефонный номер (...), признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

Данный вывод Комиссии Московского УФАС России представителем ОАО «Вымпелком» в ходе рассмотрения дела, а также ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» в письменных пояснениях, не оспаривается.

ОАО «Вымпелком» (121099, г. Москва, Старопесковский пер., 7/1, стр. 1) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 46 по г. Москве 29 декабря 2004 года, за основным государственным регистрационным номером 1047797078658 ИНН 7704542771, КПП 770401001.

ООО «Лоджик Телеком» (124460, г. Москва, г. Зеленоград, пр-д 4806, д. 6) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 46 по г. Москве 16 ноября 2009 года, Инспекция Федеральной налоговой службы № 35 по г. Москве, за основным государственным регистрационным номером 1097746715934 ИНН 7735564052,

КПП 773501001.

ООО «Групп Инфо» (445039, г. Тольятти, ул. Свердлова, д. 1, оф. 8) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, ИНН 6321284605, КПП 632101001.

На основании материалов дела № 3-18-123/77-13 Комиссией Московского УФАС России установлен следующий механизм распространения указанной рекламы на телефонный номер (.....).

Между ООО «Лоджик Телеком» и ООО «Групп Инфо» заключен контракт № 22705/2012-К от 30.10.2012, а также профильный договор № 22705/ИС от 30.10.2012 к названному контракту, предметом которых является предоставление ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» доступа к платформе, обеспечивающей пользование ООО «Групп Инфо» за обусловленную плату различными видами услуг передачи данных, в том числе: предоставление инструмента для формирования текстовых и мультимедийных сообщений, графической, аудио и видео информации, синтезатора и распознавания речи, передачи СМС, ММС, факсимильных документов, электронной почты, услуг IP-телефонии, предоставление защищенного VPN соединения, и т. п.

В соответствии с пунктом 5.2. указанного контракта при пользовании услугами по профильному договору ООО «Групп Инфо» воспрещается допускать рассылку сообщений, попадающих под определение «спам». При этом согласно пункту 5.5. в ООО «Лоджик Телеком» имеет право заблокировать доступ (в том числе на определенное время) ООО «Групп Инфо» к пользованию услугами, если тот будет неоднократно оперировать информационными данными, которые соответствуют признакам «спам», сообщениями оскорбительного или клеветнического характера и т. п.

Согласно п. 1.12 названного контракта под определение «спам» подпадает информация, предназначенная по своему содержанию неопределенному кругу лиц, отправленная ООО «Групп Инфо» и доставленная получателям без их предварительного согласия. При этом согласно примечанию к пункту 1.12 критерии наличия (определения) «спам» соответствуют критериям недобросовестной рекламы, содержащимся в статье 18 Федерального закона «О рекламе» и статье 10 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

В свою очередь между ОАО «Вымпел-Коммуникации» и ООО «Лоджик Телеком» заключен договор на оказание услуг связи БИЛАЙН № 429838908 от 01.01.2012, а также дополнительное соглашение № 010112 от 01.01.2012 к названному договору.

Предметом договора на оказание услуг связи БИЛАЙН № 429838908 от 01.01.2012 является оказание абоненту (ООО «Лоджик Телеком») услуг связи, т. е. услуг по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи.

Пунктом 1.2 дополнительного соглашения № 010112 от 01.01.2012

определено, что под услугой ОАО «ВымпелКом» понимается прием, обработка и передача коротких текстовых сообщений от ООО «Лоджик Телеком» к пользователю, и от пользователя до абонента.

Согласно пунктам 4.11, 4.17 дополнительного соглашения № 010112 от 01.01.2012 ООО «Лоджик Телеком» обязалось не использовать выделенное подключение к оборудованию ОАО «ВымпелКом» с целью организации спама. При этом под «спамом» в рамках названного дополнительного соглашения понимаются смс-сообщения, отправленные ООО «Лоджик Телеком» и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные пользователю без его предварительного согласия или не позволяющие определить отправителя этого смс-сообщения, в том числе, содержащие несуществующий или фальсифицированный адрес отправителя. За нарушение данного условия предусмотрено право ОАО «ВымпелКом» расторгнуть указанное дополнительное соглашение без предварительного предупреждения ООО «Лоджик Телеком».

В соответствии с пунктом 4.18 дополнительного соглашения № 010112 от 01.01.2012 ООО «Лоджик Телеком» обязуется осуществлять отправку смс-сообщений только при наличии согласия пользователя, подтвержденного документально. В случае возникновения претензии со стороны пользователя, ООО «Лоджик Телеком» обязуется предоставить ОАО «ВымпелКом» документальное подтверждение согласия пользователей на получение смс-сообщений, отправленных ООО «Лоджик Телеком».

Пунктом 4.21 дополнительного соглашения № 010112 от 01.01.2012 предусмотрено право ОАО «ВымпелКом» приостановить действие настоящего дополнительного соглашения в одностороннем внесудебном порядке с последующим направлением уведомления ООО «Лоджик Телеком», по факту регистрации ОАО «ВымпелКом» претензий пользователей, операторов связи и иных третьих лиц, в том числе и на получение и/или отправки ООО «Лоджик Телеком» нежелательных смс-сообщений или сообщений, содержащих рекламную информацию.

Согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель — лицо осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ОАО «ВымпелКом» является лицом, осуществившим наряду с ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (.....).

ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» последовательно осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер (.....) в силу имеющихся между ними гражданско — правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — Буковой Н.А. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» являются рекламодателями рекламы следующего содержания: «Акция! Автокредит без первого взноса от 7% годовых до 7 лет! 84956616046», «Акция! -70% на дизайн интерьеров! 650 рублей! 84959223765», на телефонный номер (.....).

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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. Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю, во-вторых – должно быть выражено явно.

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение рекламы от ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» равно как и от иных лиц, не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена именно на рекламодателя.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ОАО Вымпелком, ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» информации о наличии либо отсутствии согласия на получение

рекламы гражданки (.....), подавшей обращение в Московское УФАС России, ОАО Вымпелком, ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» не представлено.

Доводы представителя ОАО «ВымпелКом» относительно отсутствия у Общества возможности отслеживать содержание передаваемых им смс-сообщений, заявленные в ходе рассмотрения настоящего дела, а равно и аналогичные доводы ООО «Лоджик Телеком», приведенные в письменных пояснениях Общества, признаны Комиссией Московского УФАС России несостоятельными в силу следующего.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «спам», в том числе и рекламу.

В соответствии со статьей 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Обязание контрагента не использовать выделенное подключение к оборудованию с целью организации «спама», а также самостоятельно получать согласие абонента на получение смс-сообщений, не снимает с самого лица обязанностей по соблюдению требований статьи 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку не устраняет условий, при которых такое лицо признается рекламодателем.

Исходя из перечисленных договоров, ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» имеют возможность не передавать рассматриваемую рекламу. Само по себе отсутствие участия какой-либо из сторон по делу в процессе формирования текста рекламы либо ее адресатов, не снимает с ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» ответственности по соблюдению требований статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку данные лица являются рекламодателями в силу законодательного определения.

Достигнутые сторонами соглашения в рамках гражданско-правовых отношений не освобождают указанные стороны от обязанности по соблюдению норм и правил действующего законодательства, а равно не влияют на установление субъектов рекламодателей Комиссией Московского УФАС России.

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

Не может быть принята во внимание ссылка на положение о тайне связи в силу статьи 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», так как

ответственность рекламораспространителя исходит из действий по распространению рекламного сообщения, а не его фактического содержания.

Правовых доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» установлено нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», выразившееся в распространении на телефонный номер (.....) рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение, а именно:

- 19.12.2012 в 11 часов 09 минут рекламы следующего содержания: «Акция! Автокредит без первого взноса от 7% годовых до 7 лет! 84956616046», поступившей на телефонный номер абонента с короткого номера «AUTOSALON» (в соответствии с детализированной выпиской с номера (.....));
- 19.12.2012 в 14 часов 21 минуту рекламы следующего содержания: «Акция! -70% на дизайн интерьеров! 650 рублей! 84959223765», поступившей на телефонный номер абонента с короткого номера «CityDesign» (в соответствии с детализированной выпиской с номера (.....)).

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» не представлено.

Согласно п. 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Целью выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе помимо пресечения выявленного нарушения является предупреждение аналогичных правонарушений в будущем.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ОАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Между тем, распространение рассматриваемой ненадлежащей рекламы осуществлено 19.12.2012.

Срок давности привлечения к административной ответственности за временное правонарушение установлен частью 1 статьи 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и составляет один год с момента нарушения Закона о рекламе. Таким образом, установлено, что возбуждение дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, невозможно.

Руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 36 ФЗ «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 Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащим распространение рекламы «Акция! Автокредит без первого взноса от 7% годовых до 7 лет! 84956616046», поступившей 19.12.2012 в 11 часов 09 минут в короткого номера «AUTOSALON», а также рекламы «Акция! -70% на дизайн интерьеров! 650 рублей! 84959223765», поступившей 19.12.2012 в 14 часов 21 минуту с короткого номера «CityDesign» на телефонный номер (.....), поскольку нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ОАО «Вымпелком», ООО «Лоджик Телеком», ООО «Групп Инфо» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «20» февраля 2014 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии (.....)

Члены Комиссии (.....)

(.....)

Исполнитель:
8 (495) 784-75-05 (доб. 154)