

ПАО «ВымпелКом»

127083, г. Москва,
Ул. Восьмого Марта, д. 10, стр. 14

ООО «СофтПрофи»

450005, Республика Башкортостан,
Ул. Достоевского, д. 139, к. 1, оф. 3

ИП Адамян А.Э.

198328, г. Санкт-Петербург,
Ул. Доблести, 28, 1, 186

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «12» февраля 2016 г.

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 – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – П.В. Олейника, К.С. Сучковой,

рассмотрев дело № 3-18-232/77-15 в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяна А.Э. по факту распространения 30.06.2013 в 20:42 на номер телефона (...) от отправителя «9187007» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11) рекламы с текстом «Ваше Новое Такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250ру!», с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в отсутствие представителей надлежащим образом уведомленных ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяна А.Э.,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-232/77-15 возбуждено на основании обращения физического лица в отношении ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяна А.Э. по факту поступления 30.06.2013 в 20:42 на номер телефона +7-915-199-55-48 от отправителя «9187007» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11) рекламы с текстом «Ваше Новое Такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250ру!».

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

Согласно материалам дела № 3-18-232/77-15 на номер телефона +7-915-199-55-48 30.06.2013 в 20:42 поступила реклама следующего содержания «Ваше Новое Такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250ру!», с указанием отправителя - «9187007» (в соответствии с детализированной выпиской с номера +7-903-701-11-11).

Поступление указанной рекламы на номер телефона +7-915-199-55-48 подтверждается фотографией экрана телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной в материалах дела № 3-18-232/77-15.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, реклама — 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «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; электросвязь - любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к услугам перевозки пассажиров (такси), может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная 30.06.2013 в 20:42 на номер телефона +7-915-199-55-48 от отправителя «9187007», направлена на привлечение внимания к услугам перевозки пассажиров (такси), и признана Комиссией Московского УФАС России рекламой.

В соответствии с частью 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 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.

В данном случае доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяном А.Э., не представлено, а умолчание абонента (непредставление сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Согласно обращению физического лица, своего согласия на получение рекламы посредством телефонной связи он не давал.

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

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяном А.Э. получения информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы, ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяном А.Э. не представлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-232/77-15, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора об оказании услуг связи «Билайн» № 476218040 от 01.01.2013, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СофтПрофи»; договора № ДУ 230813/01 возмездного оказания услуг от 23.08.2013, заключенного между ООО «СофтПрофи» и ИП Адамяном А.Э.

Согласно пункту 1.1 договора об оказании услуг связи «Билайн» № 476218040 от 01.01.2013, названный договор регулирует отношения между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СофтПрофи» при оказании ПАО «ВымпелКом» услуг связи.

При этом, под «услугами» понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи.

В соответствии с подпунктом 4 пункта 4.1 договора об оказании услуг связи «Билайн» № 476218040 от 01.01.2013, ООО «СофтПрофи» обязалось не использовать выделенный телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) для проведения рекламы и массовых рассылок (под массовой рассылкой понимается рассылка сообщений не менее чем 100 получателям).

Согласно пункту 7.4 договора об оказании услуг связи «Билайн» № 476218040 от 01.01.2013, ПАО «ВымпелКом» вправе приостановить оказание услуг в случае нарушения ООО «СофтПрофи» пункта 4.1 рассматриваемого договора.

Между ПАО «ВымпелКом» и ООО «СофтПрофи» также заключено дополнительное соглашение № 1 от 01.01.2013 к договору об оказании услуг связи «Билайн» № 476218040 от 01.01.2013, предметом которого является оказание ПАО «ВымпелКом» услуги ООО «СофтПрофи», предусмотренной данным дополнительным соглашением.

При этом, под «услугой» в рамках дополнительного соглашения № 1 от 01.01.2013, понимается услуга ПАО «ВымпелКом» по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений от ООО «СофтПрофи» к пользователю.

Согласно пункту 3.7 дополнительного соглашения № 1 от 01.01.2013, ООО «СофтПрофи» обязалось осуществлять отправку смс-сообщений пользователю, только при наличии согласия пользователя, подтвержденного документально.

Пунктом 12.4 дополнительного соглашения № 1 от 01.01.2013, предусмотрено право ПАО «ВымпелКом» приостановить действие названного дополнительного соглашения в одностороннем порядке в случае отправки ООО «СофтПрофи» пользователям смс-сообщений с нарушением пункта 3.7 дополнительного соглашения № 1 от 01.01.2013.

В свою очередь ООО «СофтПрофи» заключило договор № ДУ 230813/01 возмездного оказания услуг от 23.08.2013 с ИП Адамяном А.Э.

В соответствии с пунктом 1.1 договора № ДУ 230813/01 возмездного оказания услуг от 23.08.2013, ООО «СофтПрофи» предоставляет за плату ИП Адамяну А.Э. услугу «доступ к программному приложению».

При этом, согласно пункту 2.5 договора № ДУ 230813/01 возмездного оказания услуг от 23.08.2013, под «программным приложением» понимается комплекс программных средств, позволяющих ИП Адамяну А.Э. зарегистрироваться, отправлять короткие и длинные смс-сообщения, отслеживать их статус и контролировать свой виртуальный электронный счет.

Согласно пунктам 3.6, 3.7 договора № ДУ 230813/01 возмездного оказания услуг от 23.08.2013, ИП Адамян А.Э. обязался: не нарушать законодательство Российской Федерации, в частности положения Закона о рекламе; получать предварительное письменное согласие абонента или адресата на обработку персональных данных, получение смс-сообщений, рекламы или другой информации.

Пунктом 6.1 договора № ДУ 230813/01 возмездного оказания услуг от 23.08.2013 предусмотрено, что в случае передачи информации рекламного характера ИП Адамян А.Э. действует как рекламодатель, так как текстовая часть информации находится в сфере контроля ИП Адамяна А.Э.

При этом, в соответствии с пунктами 6.7, 6.8 договора № ДУ 230813/01 возмездного оказания услуг от 23.08.2013, ООО «СофтПрофи» вправе приостановить предоставление услуг ИП Адамяну А.Э., либо расторгнуть названный договор в случае нарушения ИП Адамяном А.Э., законодательства Российской Федерации, в том числе в случае распространения спама.

Согласно пункту 2.13 договора № ДУ 230813/01 возмездного оказания услуг от 23.08.2013, «спам» - рассылка смс-сообщений, ммс-сообщений или других видов сообщений (писем) рекламного или иного содержания, на контакт (номер) абонента без получения предварительного письменного согласия абонента в установленном законодательством порядке.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы ««Ваше Новое Такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250ру!»», изучив принятые ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяном А.Э. на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ИП Адамяном А.Э. путем направления оспариваемого сообщения ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Из имеющихся в материалах рассматриваемого дела документов следует, что ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамян А.Э. предполагали возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «спам», в том числе и рекламу.

При этом, у каждого из названных хозяйствующих субъектов имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а

также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи» обладали возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

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 Закона о рекламе, поскольку не устраняет условий, при которых такое лицо признается рекламодателем.

Исходя из перечисленных договоров, ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамян А.Э. 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 ПАО «ВымпелКом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяна А.Э. ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона 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.

ПАО «ВымпелКом» (127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, 10, стр. 14) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1027700166636 ИНН 7713076301, КПП 771301001.

ООО «СофтПрофи» (адрес: 450005, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Достоевского, д. 139, к. 1, оф. 3) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц за основным государственным регистрационным номером 1070278008019, ИНН 0278138308, КПП 027801001.

Индивидуальный предприниматель Адамян Аркадий Эдуардович (адрес: 198328, г. Санкт-Петербург, ул. Доблести, 28, 1, 186) включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей за основным государственным регистрационным номером 311784735600608,

ИНН 780730796508.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 30.06.2013 в 20:42 на номер телефона +7-915-199-55-48 от отправителя «9187007» рекламы с текстом «Ваше Новое Такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250ру!», с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодатель — лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «ВымпелКом» является лицом, осуществившим наряду с ООО «СофтПрофи», ИП Адамяном А.Э. распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7-915-199-55-48.

ПАО «Вымпелом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамян А.Э. последовательно осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7-915-199-55-48 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 — заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «Вымпелом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяна А.Э. рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

На основании изложенного, ПАО «Вымпелом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамян А.Э. являются рекламодателями рекламы «Ваше Новое Такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250ру!», поступившей поступившей 30.06.2013 в 20:42 от отправителя «9187007» (номер, в соответствии с детализацией услуг связи — +7-903-701-11-11)

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Вымпелом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяном А.Э. 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 ПАО «Вымпелом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяна А.Э. установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 30.06.2013 в 20:42 на номер телефона 8-915-462-49-55 от отправителя «9187007» рекламы

«Ваше Новое Такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250ру!» без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространении указанной рекламы, ПАО «Вымпелом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяном А.Э. не представлено.

Согласно пункту 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 ПАО «Вымпелом», ООО «СофтПрофи», ИП Адамяну А.Э. предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Срок давности привлечения к административной ответственности за вмененное правонарушение установлен частью 1 статьи 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и составляет один год с момента нарушения Закона о рекламе.

Временем совершения рассматриваемого нарушения является время поступления рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7-915-199-55-48, а именно 30.06.2013 в 20:42.

Таким образом, установлено, что возбуждение дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, невозможно.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона 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 ненадлежащим распространение 30.06.2013 в 20:42 на номер телефона +7-915-199-55-48 от отправителя «9187007» рекламы «Ваше Новое Такси 84999187007 только новые иномарки, поездки от 250ру!», в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ПАО «ВымпелКом» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Выдать ООО «СофтПрофи» предписание о прекращении нарушения

- законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Выдать ИП Адамяну А.Э. предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
 5. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в связи с истечением срока привлечения к административной ответственности.

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

Председатель Комиссии

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

П.В. Олейник

К.С. Сучкова