

РЕШЕНИЕ

по делу №03-02/20-2015

01 февраля 2016 года

г. Петрозаводск

Резолютивная часть решения объявлена 19 января 2016 года.

Решение изготовлено в полном объеме 01 февраля 2016 года.

Комиссия Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

<...>

рассмотрев дело № 03-02/20-2015, возбужденное в отношении ООО «Мобильная реклама» (109202, г.Москва, шоссе Фрезер, д.5/1, офис I-комната 15, ИНН 7707826933, ОГРН 1147746178854), по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе», Закон) по факту распространения 20 февраля 2015 года в 16 часов 27 минут посредством SMS-сообщения на абонентский номер телефона («...») гражданина «...» рекламы без его предварительного согласия, в отсутствие лиц, участвующих в деле,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Карельского УФАС России поступило заявление гражданина «...» (вх. от 02 марта 2015 года №993) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе», при распространении рекламы посредством SMS-сообщения на его мобильный номер телефона («...») без его предварительного согласия.

Заявитель просил принять меры по отношению к рекламоделателям и рекламораспространителям вышеназванной рекламы, так как своего согласия на получение указанной рекламы им дано не было.

Из приложенных к заявлению документов следует, что SMS-сообщение рекламного характера поступило от абонента +79023595798; SMS-центр: +79023700909; дата и время: 20.02.2015, 16:27; текст: «Руки Вверх Бар гр. ТЕХНОЛОГИЯ 21.02 999-49-49 По sms вход + 1 Free».

Согласно информации о детализации предоставленных услуг, полученной от оператора связи ОАО «Санкт-Петербург Телеком», 20 февраля 2015 в 16 часов 27 минут на принадлежащий «...» телефонный номер действительно поступило SMS-сообщение из SMS-центра +79023700909 ЗАО «СМАРТС - Чебоксары».

По информации, представленной ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», в соответствии с договором на предоставление услуг «Бизнес@SMS» от 01 сентября 2012 года № 03-143-12 ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства несет ООО «Мобильный актив».

Согласно информации ООО «Мобильный актив», изложенной в письме от 20 апреля 2015 года № 14, в соответствии с договором на предоставление услуг от 20 января 2014 года № 1117 ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства несет ООО «Моби Сервис».

По запросу Карельского УФАС России о предоставлении информации от 01 апреля 2015 года №03-01/19/1392 ООО «Моби Сервис» согласие абонента на получение вышеуказанной рекламы не предоставило, пояснив, что рассылка SMS – сообщений была осуществлена в рамках исполнения договора от 02 октября 2013 года № 02/10/13 заключенного с ООО «Мобильные Сервисы», переименованного в ООО «ИНСТАМ».

По результатам расследования определением от 05 мая 2015 года «О возбуждении дела №03-02/20-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее – определение) настоящее дело назначено к рассмотрению на 11 часов 00 минут 08 июня 2015 года.

Указанным определением лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, признано ООО «ИНСТАМ».

В соответствии с определением ООО «ИНСТАМ» надлежало в срок до 01 июня 2015 года (включительно) представить следующие сведения (в надлежаще заверенных копиях):

-согласие абонента «...» «...» на получение SMS-рекламы;

-договоры на распространение вышеуказанной рекламы (SMS-рассылки) с приложением счетов, платежных поручений, актов выполненных работ;

-письменное объяснение о том, каким образом осуществлялась вышеуказанная рассылка;

-сведения о лицах, при участии которых осуществлена отправка указанного SMS-сообщения, в том числе сведения о имеющихся контактах каждого лица (почтовый адрес (в случае, если с данным лицом ведется переписка по почте, адрес электронной почты), телефоны должностных лиц, с которыми поддерживается (поддерживалась) связь; информацию о договорах, заключенных между данными лицами, на основании которых осуществлена отправка этого SMS-сообщения.

- иные документы и сведения, имеющие значение для дела, при наличии возражений – нормативное и документальное их обоснование.

Определение получено ООО «ИНСТАМ» 19 мая 2015 года.

Вышеуказанные документы и сведения, запрашиваемые от ООО «ИНСТАМ» в адрес Карельского УФАС России на дату рассмотрения настоящего дела, не поступили.

Оценив имеющиеся в материалах дела документы и сведения, руководствуясь пунктами 27, 32 и 34 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17 августа 2006 года № 508, Комиссия определила рассмотрение дела №03-02/20-2015 отложить до 15 часов 00 минут 07 июля 2015 года.

24 июня 2015 года письмом № 13(вх. № 3318) ООО «ИНСТАМ» пояснило, что не является рекламодателем, так как оказывало услуги по передаче вышеуказанной SMS-рекламы ООО «Мобильная реклама» и ссылаясь на статью 44.1 Федерального закона от 07 июля 2003 года № 126-ФЗ «О связи», пункт 3 статьи 17 Федерального закона от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», пункт 68 Правил оказания телематических услуг связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 10 сентября 2007 года №575, ходатайствовало о прекращении рассмотрения дела. Договор оказания услуг, заключенный с ООО «Мобильная реклама», а также согласие абонента «...» «...» на данную SMS-рассылку не представило.

Из письменных пояснений ООО «ИНСТАМ» следует, что распространение вышеуказанного SMS-сообщения могло быть осуществлено ООО «Мобильная реклама». Вместе с тем документы, подтверждающие договорные отношения с ООО «Мобильная реклама» не представлены.

Определением об отложении рассмотрения дела от 07 июля 2015 года № 03-02/20-2015/3038 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, рассмотрение дела отложено до 11 часов 00 минут 31 июля 2015 года.

Указанным определением лицами, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, признаны ООО «ИНСТАМ» и ООО «Мобильная реклама».

ООО «ИНСТАМ» в срок до 30 июля 2015 года (включительно) надлежало представить договор оказания услуг, заключенный с ООО «Мобильная реклама», в рамках которого распространялась вышеуказанная SMS-рассылка.

ООО «Мобильная реклама» в срок до 30 июля 2015 года (включительно) надлежало представить следующие сведения:

-согласие абонента «...» «...» на данную SMS-рассылку;

-договоры на распространение вышеуказанной рекламы (SMS-рассылки) с приложением счетов, платежных поручений, актов выполненных работ;

-письменное объяснение о том, каким образом осуществлялась вышеуказанная рассылка;

-сведения о лицах, при участии которых осуществлена отправка указанного SMS-сообщения, в том числе сведения о имеющихся контактах каждого лица (почтовый адрес (в случае, если с данным лицом ведется переписка по почте, адрес электронной почты), телефоны должностных лиц, с которыми поддерживается (поддерживалась) связь; информацию о договорах, заключенных между данными лицами, на основании которых осуществлена отправка этого SMS-сообщения.

- иные документы и сведения, имеющие значение для дела, при наличии возражений – нормативное и документальное их обоснование.

Вышеуказанные документы и сведения, в адрес Карельского УФАС России на дату рассмотрения настоящего дела не поступили.

Рассмотрение дела состоялось в назначенные дату и время.

В связи с тем, что в адрес Карельского УФАС России не поступили сведения об уведомлении ООО «ИНСТАМ» и ООО «Мобильная реклама» о дате, времени и месте рассмотрения дела, комиссия в целях соблюдения прав указанных лиц определила рассмотрение дела №03-02/20-2015 отложить, назначив дело № 03-02/20-2015 к рассмотрению на 11 часов 00 минут 31 августа 2015 года.

ООО «ИНСТАМ» надлежало в срок до 28 августа 2015 года (включительно) представить договор оказания услуг, заключенный с ООО «Мобильная реклама» по условиям которого распространялась вышеуказанная SMS-рассылка.

ООО «Мобильная реклама» в срок до 28 августа 2015 года (включительно) надлежало представить запрашиваемые Определением об отложении рассмотрения дела от 07 июля 2015 года № 03-02/20-2015/3038 сведения.

26 августа 2015 года (вх. 4439) ООО «ИНСТАМ» представило договор от 01 января 2015 года №1370, заключенный с ООО «Мобильная реклама» по условиям которого распространялась вышеуказанная SMS-рассылка.

Из вышеуказанного следует, что распространение вышеуказанного SMS-сообщения было осуществлено ООО «Мобильная реклама».

В связи с тем, что в адрес Карельского УФАС России не поступили сведения об уведомлении ООО «Мобильная реклама» о дате, времени и месте рассмотрения дела, комиссия в целях соблюдения прав указанного лица определила рассмотрение дела №03-02/20-2015 отложить, назначив дело № 03-02/20-2015 к рассмотрению на 12 часов 10 минут 30 сентября 2015 года.

ООО «Мобильная реклама» в срок до 23 сентября 2015 года (включительно) надлежало представить запрашиваемые сведения.

15 сентября 2015 года письмом № 19 (вх. от 15 сентября 2015 года № 4806) ООО «ИНСТАМ» представило в адрес Карельского УФАС России копию договора оказания услуг №1370 от 01 января 2015 года, заключенный с ООО «Мобильная реклама» по условиям которого распространялась вышеуказанная SMS-рассылка.

Из представленных документов следует, что ООО «ИНСТАМ» по договору оказания услуг №1370 от 01 января 2015 года предоставляет ООО «Мобильная реклама» подключение и доступ к Технической системе для передачи SMS - сообщений, за распространение которых с нарушением действующего законодательства ответственность несет ООО «Мобильная реклама».

ООО «Мобильная реклама» запрашиваемые Определением об отложении рассмотрения дела от 01 сентября 2015 года № 03-02/20-2015/3748 сведения в адрес Карельского УФАС не представлены.

Рассмотрение дела состоялось в назначенные дату и время.

В адрес Карельского УФАС России не поступили сведения об уведомлении ООО «Мобильная реклама» о дате, времени и месте рассмотрения дела, в связи с чем комиссия в целях соблюдения прав указанного лица определила рассмотрение дела №03-02/20-2015 отложить, назначив дело № 03-02/20-2015 к рассмотрению на 12 часов 10 минут 13 ноября 2015 года.

ООО «Мобильная реклама» в срок до 06 ноября 2015 года (включительно) надлежало представить запрашиваемые ранее сведения.

12 ноября 2015 года письмом № б/н (вх. от 12 ноября 2015 года № 5871) ООО «Мобильная реклама» представило в адрес Карельского УФАС России письменные пояснения с образцами договора на оказание услуг и анкеты о согласии получения СМС – рассылок и обработку персональных данных.

Рассмотрение дела состоялось в назначенные дату и время.

В представленных пояснениях ООО «Мобильная реклама» сообщает, что не является рекламодателем вышеуказанной рекламы, а предоставляет техническую возможность отправки SMS – сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора от 24 марта 2014 года, заключенного с ИП Лужковым Ильей Валерьевичем.

Полагает, что рекламодателем данной рекламы следует считать ИП Лужкова Илью Валерьевича (адрес регистрации: 192076, г. Санкт – Петербург, ул. Дмитрия Устинова, дом №1, кв. 131, ОГРНИП 310784727400583, ИНН 781140130805).

Определением об отложении рассмотрения дела от 13 ноября 2015 года № 03-02/20-2015/4852 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, рассмотрение дела отложено до 11 часов 00 минут 11 декабря 2015 года.

ИП Лужкову Илье Валерьевичу, привлеченному к участию в рассмотрении дела в качестве лица в действиях, которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, в срок до 10 декабря 2015 года (включительно) следовало представить следующие сведения (в надлежаще заверенных копиях) запрашиваемые Определением об отложении рассмотрения дела от 13 ноября 2015 года № 03-02/20-2015/4852:

-согласие абонента «...» «...» на получение SMS-рекламы;

-договоры на распространение вышеуказанной рекламы (SMS-рассылки) с приложением счетов, платежных поручений, актов выполненных работ;

-письменное объяснение о том, каким образом осуществлялась вышеуказанная рассылка;

-сведения о лицах, при участии которых осуществлена отправка указанного SMS-сообщения, в том числе сведения о имеющихся контактах каждого лица (почтовый адрес (в случае, если с данным лицом ведется переписка по почте, адрес электронной почты), телефоны должностных лиц, с которыми поддерживается (поддерживалась) связь; информацию о договорах, заключенных между данными

лицами, на основании которых осуществлена отправка этого SMS-сообщения.

- иные документы и сведения, имеющие значение для дела, при наличии возражений – нормативное и документальное их обоснование.

ООО «Мобильная реклама» в срок до 10 декабря 2015 года (включительно) надлежало представить договор на оказание услуг от 24 марта 2014 года, заключенный с ИП Лужковым И.В. и дополнительное соглашение к нему.

Рассмотрение дела состоялось в назначенные дату и время.

ИП Лужковым И.В., ООО «Мобильная реклама» запрашиваемые сведения представлены не были. Подтверждение получения ООО «Мобильная реклама» определения об отложении рассмотрения дела от 13 ноября 2015 года № 03-02/20-2015/4852 в материалах дела отсутствует.

Комиссия в целях соблюдения прав указанных лиц определила рассмотрение дела №03-02/20-2015 отложить, назначив дело № 03-02/20-2015 к рассмотрению на 11 часов 30 минут 19 января 2016 года.

25 декабря 2015 года письмом № 13 (вх. от 11 января 2016 года № 6) ООО «Мобильная реклама» представило информацию, аналогичную представленной с письмом от 12 ноября 2015 года, а также дополнительно пояснило, что не имеет возможность представить копию договора на оказание услуг от 24 марта 2014 года, заключенного с ИП Лужковым И.В., поскольку последним не направлен в их адрес подписанный оригинал договора. К ответу были приложены: шаблон договора и копия анкеты от 25 января 2013 года о согласии получения СМС – рассылок и обработку персональных данных «...» (тел. номер – «...»).

ИП Лужковым И.В. документы и сведения, запрашиваемые определением об отложении рассмотрения дела от 14 декабря 2015 года № 03-02/20-2015/5217, в адрес Карельского УФАС России на дату рассмотрения настоящего дела не поступили. Определение получено ИП Лужковым И.В. письмом 25 декабря 2015 года.

Рассмотрев в назначенные дату и время материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» 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.

Информация, распространенная на выделенный «...» телефонный номер «...», полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», так как распространяется посредством подвижной радиотелефонной связи, адресована неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицирована и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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.

Частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» предусмотрено, что ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламодателей.

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

Статьей 44.1 Федерального закона от 07 июля 2003 года № 126-ФЗ «О связи», определено, что рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Статья 17 Федерального закона от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (Ответственность за правонарушения в сфере информации, информационных технологий и защиты информации), пункт 68 Правил оказания телематических услуг связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 10 сентября 2007 года N 575 (Оператор связи не несет ответственности за содержание информации, передаваемой (получаемой) абонентом и (или) пользователем при использовании телематическими услугами связи), устанавливают правовые основания привлечения либо освобождения от ответственности за содержание распространяемой информации и к рассматриваемому делу, а именно к

отношениям связанным с необходимостью получения разрешения абонента для распространения SMS-рекламы не применимы.

Следует отметить, что представленные ООО «Мобильная реклама» в ходе расследования документы, а именно, образец договора на оказание услуг и анкета от 25 января 2013 года о согласии получения СМС – рассылок и обработку персональных данных «...» (тел. номер – «...») не подтверждают тот факт, что ИП Лужков И.В. является распространителем SMS-сообщения с ненадлежащей рекламой.

Кроме того, в пояснениях ООО «Мобильная реклама» ссылается на договор от 24 марта 2014 года, заключенный с ИП Лужковым И.В., однако данный договор не был представлен в адрес Карельского УФАС и отсутствует в материалах дела.

Копия же анкеты о согласии получения СМС – рассылок и обработку персональных данных где фигурирует ИП Лужков И.В. датирована годом ранее чем, заключенный договор.

Учитывая, что в рамках исполнения договора от 01 января 2015 года №1370 ООО «Мобильная реклама» является Заказчиком услуги подключения к технической системе для распространения рекламных SMS – сообщений, следовательно, ООО «Мобильная реклама» является рекламораспространителем (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

Ввиду того, что согласие абонента «...» позволяющее достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки отсутствует, можно констатировать, нарушение ООО «Мобильная реклама» части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 36, 37-42, 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17 августа 2006 года № 508 Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Руки Вверх Бар гр. ТЕХНОЛОГИЯ 21.02 999-49-49 По sms вход + 1 Free», распространенную 20 февраля 2015 в 16 часов 27 минут на телефонный номер «...» посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента - ненадлежащей; действия ООО «Мобильная реклама» нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Прекратить производство по возбужденному в отношении ООО «ИНСТАМ», ИП Лужкову И.В. делу, в виду не подтверждения фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в связи с разовым характером распространения указанной рекламы не выдавать.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Карельского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждения в отношении ООО «Мобильная реклама» дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение антимонопольного органа может быть оспорено в арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.