

РЕШЕНИЕ

9 апреля 2014г.

г. Кемерово

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

Заместителя председателя Комиссии:	Клостер Е.А. -	заместителя руководителя управления;
	Каминской Е.Б. -	начальника отдела рекламы и недобросовестной конкуренции;
Членов Комиссии:	Ромадиной Ю.Е. -	ведущего специалиста-эксперта отдела рекламы и недобросовестной конкуренции;

рассмотрев дело № 115/Р-2013, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Мобилфон» (ИНН 2466122079, юридический адрес: г. Красноярск, пр. Мира, 45г, помещение 4, далее – ООО «Мобилфон») по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

02.09.2013г. в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление физического лица (исх. б/н от 31.08.2013г.) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщений на мобильный телефон <...> заявителя.

При рассмотрении информации Кемеровским УФАС России было установлено следующее:

Из информации, представленной в адрес Кемеровского УФАС России закрытым акционерным обществом «Енисейтелеком» (далее - ЗАО «Енисейтелеком») (исх. 10-01/6197 от 09.10.2013г.), следует, что данное смс - сообщение было отправлено ООО «Мобилфон».

ЗАО «Енисейтелеком» не является рекламодателем, а является оператором сети подвижной связи, осуществляющим деятельность по доставке сообщения от рекламодателя адресату и получающим оплату за оказание услуги связи по доставке коротких текстовых сообщений.

ЗАО «Енисейтелеком» оказывает услуги подвижной связи ООО «Мобилфон», в том числе услуги по передаче по сети подвижной связи коротких текстовых сообщений

на основании договора № 1546/49 от 30.12.2010г.

31.10.2013г. определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России возбуждено дело № 115/Р-2013 в отношении ООО «Мобилфон» и назначено к рассмотрению на 14.11.2013г. в 15 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «Мобилфон» заказным письмом с уведомлением о вручении.

07.11.2013г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «Мобилфон» (исх. № 11-1/1217 от 06.11.2013г.) из которых следует, что доступ для отправки смс – сообщений ООО «Мобилфон» предоставляет обществу с ограниченной ответственностью «СМС - Оценка» (далее - ООО «СМС - Оценка») по протоколу SMPP V. 3.4. Подключения ООО «СМС - Оценка» к SMPP – шлюзу ООО «Мобилфон» имеют внутренние номера 12, 13, 14, 15, 53, 54, которые для идентификации используют идентификаторы системы (SysID) sms_ocenka1, sms_ocenka2, sms_ocenka3, sms_ocenka4, sms_ocenka5 и sms_ocenka6 соответственно. Согласно данным, сообщения на указанный номер в указанный период пришли с SMPP – соединения, имеющего внутренний номер <...> (SysID - sms_ocenka1), которое, согласно вышеприведенной информации, принадлежит ООО «СМС - Оценка».

В соответствии с договором № 106/11 от 17.02.2011г. заключенном между ООО «Мобилфон» и ООО «СМС – Оценка», ООО «Мобилфон» не является создателем (изготовителем) смс - сообщений и всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством РФ за ненадлежащее или незаконное распространение смс – сообщений и их содержание несет ООО «СМС - Оценка». На основании данного договора рекламораспространителем смс – сообщений является ООО «СМС - Оценка», как лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителя.

14.11.2013г. состоялось рассмотрение дела № 115/Р-2013 в отсутствие представителя ООО «Мобилфон», уведомленного надлежащим образом.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения дела для замены ненадлежащего ответчика (ООО «Мобилфон») надлежащим (ООО «СМС - Оценка», ИНН 4217100872, юридический адрес: 654041, г. Новокузнецк, ул. Циолковского, 50, почтовый адрес: 654000, г. Новокузнецк, ул. Орджоникидзе, 21, офис 404).

14.11.2013г. определением об отложении дело № 115/Р-2013 было отложено до 13.12.2013 г. в 10 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «СМС - Оценка» заказным письмом с уведомлением о вручении.

03.12.2013г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «СМС - Оценка» (исх. № 129 от 27.11.2013г.) из которых следует, что ООО «СМС – оценка» является компанией, которая предоставляет другим организациям и индивидуальным предпринимателям сервис по отправке различного рода смс – сообщений. У ООО «СМС – оценка» создан свой сайт, на котором регистрируются все клиенты. После регистрации каждый клиент получает доступ в «личный кабинет», зайдя в который, они могут формировать тексты смс – сообщений и осуществлять рассылку по своей клиентской базе. Вход в «личный кабинет»

возможен только по индивидуальному паролю и логину, которые известны только самому клиенту. Каждый клиент осуществляет смс – рассылку по собственной клиентской базе, которая также не доступна для ООО «СМС – оценка». В каждом договоре с клиентом предусмотрены условия о том, что клиент должен в обязательном порядке получить предварительное согласие абонентов на получение смс – сообщений, а также любым доступным способом довести до сведения получателя смс – сообщения информацию о возможности и способе, с помощью которого адресат сообщения может отказаться от дальнейшего получения рассылки смс - сообщений. В договоре также предусмотрено, что клиент самостоятельно отвечает за содержание смс – сообщения, и должен соблюдать законодательство о рекламе при рассылке смс – сообщений. Одним из клиентов ООО «СМС – Оценка» является Общество с ограниченной ответственностью «БИС» (далее – ООО «БИС») по договору № 80003015340 от 20.05.2010г. ООО «БИС» отправило сообщение, в отношении которого возбуждено производство по делу № 115/Р-2013.

13.12.2013 г. состоялось рассмотрение дела № 115/Р-2013 в отсутствие представителя ООО «СМС - Оценка», уведомленного надлежащим образом.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения дела для замены ненадлежащего ответчика (ООО «СМС - Оценка») надлежащим (ООО «БИС», юридический адрес: 644105, г. Омск, Ершова ул., 16, фактический адрес: 644042, г. Омск, К. Маркса ул., 20, офис 401).

13.12.2013 г. определением об отложении дело № 115/Р-2013 было отложено до 13.01.2014г. в 09 часов 20 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «СМС - Оценка» заказным письмом с уведомлением о вручении.

09.01.2014г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «БИС» (исх. № 21 от 26.12.2013г.) из которых следует, что ООО «БИС» является компанией, которая предоставляет другим организациям и индивидуальным предпринимателям сервис по отправке различного рода смс -сообщений. Рассылку смс – сообщений для ООО «БИС» производит ООО «СМС - Оценка». У ООО «СМС - Оценка» с операторами сотовой связи заключены соответствующие договоры.

У ООО «БИС» создан свой сайт, на котором регистрируются все клиенты. После регистрации каждый клиент получает доступ в «личный кабинет», зайдя в который, они могут формировать тексты смс – сообщений и осуществлять рассылку по своей клиентской базе. Вход в «личный кабинет» возможен только самому клиенту. Каждый клиент осуществляет рассылку по собственной клиентской базе, которая также не доступна для ООО «БИС». В каждом договоре между ООО «БИС» и клиентом предусмотрены условия о том, что клиент должен в обязательном порядке получить предварительное согласие абонента на получение смс – сообщений, а также любым способом довести до сведения получателя смс – сообщения информацию о возможности и способе, с помощью которого адресат смс – сообщения может отказаться от дальнейшего получения смс – сообщений. В каком формате будет получено согласие, каждый клиент определяет для себя сам. В договоре также предусмотрено, что клиент самостоятельно отвечает за содержание смс – сообщений и должен соблюдать ФЗ «О рекламе».

Одним из клиентов ООО «БИС» является общество с ограниченной ответственностью «Никон» (далее – ООО «Никон») на основании договора № 80008713100/1 от 22.03.2013г. ООО «Никон» отправило из своего личного кабинета смс – сообщение на абонентский номер <...>.

13.01.2014 г. состоялось рассмотрение дела № 115/Р-2013 в отсутствие представителя ООО «БИС», уведомленного надлежащим образом.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения дела для замены ненадлежащего ответчика (ООО «БИС») надлежащим (ООО «Никон», юридический адрес: 654034, г. Новокузнецк, ул. Глинки, 24, ИНН 42539997168).

13.01.2014 г. определением об отложении дело № 115/Р-2013 было отложено до 11.02.2014 г. в 09 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «БИС», ООО «Никон» заказными письмами с уведомлением о вручении (уведомления о вручении ООО «БИС», ООО «Никон» имеются в материалах дела).

11.02.2014г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «Никон» (исх. № 129 от 27.11.2013г.) из которых следует, что у ООО «Никон» существует система анкет на получение клубной карты. При выдаче карты Сидоренко Т.И. заполнила бумажную анкету с персональными данными. В анкете клиент указал номер мобильного телефона <...> и поставил отметку о согласии на смс – информирование (копия анкеты (б/н, б/д) имеется в материалах дела).

Также ООО «Никон» сослалось на пункт 2.7. приложения № 4 к договору № 80008713100/1 от 22.03.2013г., согласно ФЗ «О рекламе» все абоненты, получатели смс – сообщений с текстом заказчика (ООО «Никон»), дали согласие на осуществление рассылок в их адрес. В случае возникновения претензий со стороны абонентов всю ответственность берет на себя исполнитель (ООО «БИС»)

11.02.2014г. состоялось рассмотрение дела № 115/Р-2013 в отсутствие представителей ООО «Никон», уведомленных надлежащим образом.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения дела для получения дополнительных доказательств.

11.02.2014г. определением об отложении дело № 115/Р-2013 было отложено до 11.03.2014 г. в 09 часов 30 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «БИС», ООО «Никон» заказными письмами с уведомлением о вручении.

03.03.2014г. в связи с производственной необходимостью дело № 115/Р-2013, в отношении ООО «Никон», назначенное к рассмотрению на 11.03.2014г. в 09 часов 30 минут, было отложено до 09.04.2014г. в 09 часов 40 минут.

09.04.2014г. состоялось рассмотрение дела № 115/Р-2013 в отсутствие представителей ООО «Никон», уведомленных надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения дела № 115/Р-2013.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила:

На телефонный номер <...> направлялась реклама посредством смс - сообщений

следующего содержания:

- «Приглашаем вашу компанию на день рождения resto-club «Шоколад» 31 августа начало в 23:00 Вход свободный Тел.: 95-07-77 Глинки 24» (31.08.2013г. в 11 часов 29 минут).

Заявитель представил копию договора № 432675565 от 21.02.2013г. на оказание услуг связи заключенного между заявителем (Индивидуальным предпринимателем <...>) и открытым акционерным обществом «ВымпелКом» (далее - ОАО «ВымпелКом»), что подтверждает, что абонентский номер <...> принадлежит заявителю, а не третьему лицу <...>.

Следовательно, заявитель согласия на получение вышеуказанной рекламы на мобильный номер <...> не давал, так как данное согласие было выражено <...>.

Через интернет сайт ООО «БИС», зайдя в «личный кабинет», ООО «Никон» сформировало текст смс – сообщения и осуществило рассылку данного сообщения.

В каждом договоре между ООО «БИС» и клиентом (ООО «Никон») предусмотрены условия о том, что клиент должен в обязательном порядке получить предварительное согласие абонента на получение смс – сообщений, а также любым способом довести до сведения получателя смс – сообщения информацию о возможности и способе, с помощью которого адресат смс – сообщения может отказаться от дальнейшего получения смс – сообщений. В договоре также предусмотрено, что клиент самостоятельно отвечает за содержание смс – сообщений и должен соблюдать ФЗ «О рекламе» (пункты 3.1, 3.2, 3.3. дополнительного соглашения № 1 к договору № 80008713100/1 от 22.03.2013г.)

Из заявления следует, что согласия на получение вышеуказанной рекламы на абонентский номер <...> заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В нарушение данной правовой нормы ООО «Никон» распространило рекламу посредством смс - сообщения без согласия абонента <...> следующего содержания: - «Приглашаем вашу компанию на день рождения resto-club «Шоколад» 31 августа начало в 23:00 Вход свободный Тел.: 95-07-77 Глинки 24» (31.08.2013г. в 11 часов 29 минут).

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ООО «Никон» на основании

договора № 80008713100/1 от 22.03.2013г., заключенного между ООО «БИС» и ООО «Никон».

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Кемеровского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Никон» (юридический адрес: 654034, г. Новокузнецк, ул. Глинки, 24, ИНН 42539997168) нарушившим требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщений без согласия абонента <...>.

2. Выдать ООО «Никон» (юридический адрес: 654034, г. Новокузнецк, ул. Глинки, 24, ИНН 42539997168) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «БИС» (юридический адрес: 644105, г. Омск, Ершова ул., 16, фактический адрес: 644042, г. Омск, К. Маркса ул., 20, офис 401) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, как лицу имеющему возможность устранить нарушение законодательства о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Кемеровского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 [Кодекса](#) Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 18 апреля 2014 года.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня вынесения.

	Е.А. Клостер
Заместитель председателя Комиссии:	Е.Б. Каминская
Члены Комиссии:	Ю.Е. Ромадина

--	--