

РЕШЕНИЕ

по делу № 299/2013-Р

«24» февраля 2014г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Рязанской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, в составе: <...>

рассмотрев дело № 299/2013-Р по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», выразившегося при распространении смс-рекламы ИП Косарчук И.В. на телефонный номер <...>, в присутствии представителя рекламораспространителя – <...> (доверенность от 13.01.2014г.), в отсутствие заявителя – <...>, уведомленной надлежащим образом о месте и времени рассмотрения дела по электронной почте,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России 14.11.2013г. вх. №3920 поступило заявление <...> о том, что 07.11.2013г. в 07:08 на ее мобильный номер <...> поступило смс-сообщение рекламного характера: «30% скидка на новую коллекцию FOX при предъявлении дисконтных карт МАКСИ, Top Secret, House Glance! ТЦ "Виктория Плаза» 2 этаж», отправитель FOX.

<...> является абонентом сотового оператора ОАО «Вымпел Коммуникации».

Из заявления <...> следует, что она не давала согласия на рассылку рекламных смс-сообщений на ее номер телефона.

Поскольку телефонный номер заявителя закреплен за ОАО «Вымпел-Коммуникации», для установления рекламораспространителя Рязанским УФАС России был направлен запрос в Рязанский филиал ОАО «Вымпел-Коммуникации».

Из объяснений Рязанского филиала ОАО «Вымпел-Коммуникации» (от 29.11.2013г. вх. №4114) следует, что смс-сообщение 07.11.2013г. было направлено ООО «ОСК» г. Москва.

Между ОАО «Вымпел-Коммуникации» (Оператор) и ООО «ОСК» (Абонент) 25.08.2011г. заключен договор об оказании услуг связи <...>, а также дополнительное соглашение <...> от 25.08.2011г. (далее – Соглашение) к указанному договору.

Предметом Соглашения является оказание Абоненту услуг по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (sms) от Абонента к Пользователю (абоненту сети сотовой радиотелефонной связи Оператора либо других операторов подвижной связи).

В соответствии с пунктом 4.11 Соглашения, Абонент обязался не использовать выделенные номера доступа и подключение к оборудованию Оператора с целью организации спама.

Согласно Соглашению, услуга рассылки sms-сообщений осуществляется на

основе платформы Абонента и предоставляется только юридическим лицам, с каждым из которых Абонент заключает договор оказания услуг, в котором прописана ответственность заказчика за рассылку СПАМ-сообщений.

Пунктом 4.18 Соглашения также предусмотрено, что Абонент обязуется осуществлять sms-рассылки (без предварительного sms-запроса Пользователя) только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально.

Из объяснений ООО «ОСК», представленных (13.12.2013г. вх. №4379) в соответствии с определением о возбуждении дела № 299/2013-Р следует, что общество оказывает технические услуги обеспечения функционирования программного обеспечения лицам, осуществляющим рассылку sms-сообщений, не обладающим соответствующим оборудованием и программным обеспечением. ООО «ОСК» проверило факт направления каких-либо сообщений операторам связи для их дальнейшей отправки на телефонный номер <...> и выяснило, что указанные сообщения действительно поступали на оборудование ООО «ОСК» от ООО «МобиВижн» (далее – Клиент) на основании заключенного с указанной компанией Договора <...> от 01.03.2010г. (далее – Договор). По указанному Договору ООО «ОСК» оказывает Клиенту услугу по обеспечению функционирования программного обеспечения ООО «ОСК», обеспечивающему доставку sms-сообщений Клиента sms-сервер оператора связи. В соответствии с Договором, формирование и отправка sms-сообщений осуществляется Клиентом самостоятельно, без согласования с нашим обществом текстов и адресатов направляемых сообщений. При этом ООО «ОСК» не имеет технической возможности каким-либо образом формировать, дополнять, обрабатывать поступающие от Клиента sms-сообщения. Программное обеспечение ООО «ОСК» лишь осуществляет передачу текста sms-сообщения и номера адресата сообщения на оборудование оператора связи; указанная передача происходит в автоматическом режиме без какого-либо вмешательства со стороны «ОСК». При этом в соответствии с условиями Договора Клиент обязуется не использовать услуги ООО «ОСК» в целях распространения информации, не запрошенной получателем, либо информации, от получения которой получатель предварительно отказался. В случае если текст рассылаемых с помощью программного обеспечения ООО «ОСК» сообщений, может быть признан рекламой, рекламодателем в этом случае будет являться Клиент как лицо, осуществляющее распространение рекламы.

В соответствии с определением об отложении дела № 299/2013-Р (от 17.12.2013г. исх. № 3637) ООО «МобиВижн» пояснило, что общество получило возможность отправки sms-сообщений абонентам сотовой связи в соответствии с договором об оказании услуг связи <...> от 01.03.2010г., заключенным с ООО «ОСК». В рамках реализации технической возможности ООО «МобиВижн» заключило Договор <...> от 08.04.2009г. (далее – Договор) с ИП Косарчук И.В., на основании которого ООО «МобиВижн» приняло на себя обязательство по обработке и передаче sms-сообщений, формируемых ИП Косарчук И.В. или его клиентами.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора Исполнитель (ООО «МобиВижн») предоставляет Заказчику (ИП Косарчук И.В.) услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке sms-сообщений (далее – Услуги).

В соответствии с Правилами предоставления услуг (приложение №2 к Договору <...> от 08.04.2009г.) Исполнитель предоставляет Услуги только своим Заказчикам.

Заказчиком считается лицо, заключившее с Исполнителем Договор о предоставлении Услуг и зарегистрированное в системе. При регистрации Заказчик получает индивидуальный логин и пароль, позволяющие получить доступ к защищенной области сайта <http://ssender.mobvision.ru/>. Исполнитель предоставляет оплаченные Заказчиком Услуги доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование и доставку sms-сообщений. Передача информации (текст sms-сообщения, телефон и др. информация) происходит от Заказчика к Исполнителю через сеть «Интернет».

В соответствии с пунктом 7 Правил предоставления услуг Заказчик обязался использовать Услугу только для передачи информации своим сотрудникам и/или клиентам. Пунктом 9 Правил предоставления услуг Заказчик обязался не использовать Услугу для распространения ненужной получателю, не запрошенной информации вида СПАМ.

На основании договоров со своими контрагентами ООО «МобиВижн» не осуществляет распространение рекламных сообщений по сетям электросвязи, а всего лишь предоставляет доступ к своему программно-аппаратному комплексу связи. Сообщения, формируемые контрагентами, направляются ими через программно-аппаратный комплекс ООО «МобиВижн» в сети других операторов, где они, в свою очередь, доставляются абонентам (адресатам). При реализации такого рекламораспространения функции ООО «МобиВижн» ограничиваются и исчерпываются обеспечением технической проходимости для смс-сообщений.

ООО «МобиВижн» считает, что, поскольку смс-сообщение было направлено ИП Косарчук И.В., то привлекать к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, необходимо ИП Косарчук И.В.

В связи с заменой ненадлежащего лица – ООО «МобиВижн», надлежащим – ИП Косарчук И.В. в соответствии с абзацем 5 пункта 34 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссией 20.01.2014г. принято решение об отложении дела №299/2013-Р на 04.02.2014г.

На заседании Комиссии 04.02.2014г. представитель ИП Косарчук И.В. – <...> заявила, что представленный отчет с платформы ООО «МобиВижн» по ИП Косарчук И.В. не может являться доказательством того, что данная услуга была заказана и осуществлена ИП Косарчук И.В.

В связи с необходимостью получения дополнительных доказательств рассмотрение дела было снова отложено до 24.02.2014г. У ИП Косарчук И.В. повторно запрошены доказательства получения согласия <...> на рассылку в ее адрес смс-рекламы.

Рязанским УФАС России был направлен запрос в адрес ООО «МобиВижн» от 05.02.2014г. исх.358 о необходимости представить доказательства, подтверждающие отправку рекламного смс-сообщения ИП Косарчук И.В. через программное приложение ООО «МобиВижн».

В соответствии с запросом от ООО «МобиВижн» 17.02.2014г. вх.554 представило объяснение, в котором сообщило, что логин <...> принадлежит ИП Косарчук И.В.

Скриншот №1 «Файл регистрации клиента ИП Косарчук» подтверждает принадлежность данного логина.

Из представленного скриншота №2 «Журнал действий клиента» следует, что 07.11.2013г. с индивидуального логина <...>, принадлежащего ИП Косарчук И.В., были осуществлены следующие действия:

- вход в систему (host (ip-адрес): <...>)
- запуск рассылки по группе (<...>)
- просмотр суммарного отчета по рассылке (№<...>).

Согласно приложенному скриншоту №3 «Отчет из личного кабинета клиента о создании рассылки» клиентом ИП Косарчук 07.11.2013г. была запущена рассылка <...> следующего содержания: «30% скидка на новую коллекцию FOX при предъявлении дисконтных карт МАКСИ, Top Secret, House Glance! ТЦ "Виктория Плаза» 2 этаж» за подписью FOX.

Из скриншота №4 «Отчет о доставке смс-сообщения» следует, что 07.11.2013г. смс-сообщение «30% скидка на новую коллекцию FOX при предъявлении дисконтных карт МАКСИ, Top Secret, House Glance! ТЦ "Виктория Плаза» 2 этаж» за подписью FOX было доставлено на телефонный номер <...>. Старт общей рассылки – 07.11.2013 17:08:45. Отправитель – <...> (индивидуальный логин, принадлежащий ИП Косарчук И.В. Регион – Рязанская область. Подпись – FOX.

Скриншот №5 «ip-адрес клиента» подтверждает, что вход на платформу ООО «МобиВижн» в личный кабинет ИП Косарчук И.В. для формирования и осуществления рассылки (отображено в журнале действий клиента) был осуществлен с ip-адреса <...> (г. Рязань, Рязанская область).

Представленные в материалы дела скриншоты подтверждают, что рассылка <...> от 07.11.2013г. смс-сообщений следующего содержания: «30% скидка на новую коллекцию FOX при предъявлении дисконтных карт МАКСИ, Top Secret, House Glance! ТЦ "Виктория Плаза» 2 этаж» за подписью FOX была инициирована и осуществлена непосредственно Заказчиком (ИП Косарчук И.В.), не обеспечившим получение должного согласия со стороны <...>.

Рассмотрев все имеющиеся в материалах дела № 299/2013-Р документы и сведения, Комиссия 24.02.2014г. пришла к следующим выводам.

Направленная путем смс-сообщения информация является рекламой, так как, соответствует критериям рекламы, указанным в статье 3 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Реклама имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования и способствовала его продвижению.

В силу части 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.

Из заявления <...> следует, что предварительного согласия на получение рекламных сообщений на номер своего телефона она не выражала.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно статье 2 Федерального закона «О связи», абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

Рекламодатель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

На момент рассмотрения дела 24.02.2014г. Комиссия не получила никаких доказательств от ИП Косарчук И.В., подтверждающих согласие <...>, на получение вышеуказанной рекламы.

В соответствии со статьей 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламодатель.

Пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определено, что рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, ИП Косарчук И.В. (<...>) является рекламодателем, поскольку им определен способ распространения рекламы через программное приложение ООО «МобиВижн», обеспечивающее отправку смс-сообщений.

ИП Косарчук И.В. не предпринял никаких действий по соблюдению обязанностей возложенных пунктами 7, 9 Правил предоставления услуг (приложение №2 к Договору <...> от 08.04.2009г.) с ООО «МобиВижн», в результате чего <...> было получено рекламное смс-сообщение с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального 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 ненадлежащей рекламу: «30% скидка на новую коллекцию FOX при предъявлении дисконтных карт МАКСИ, Top Secret, House Glance! ТЦ "Виктория Плаза» 2 этаж», распространяемую ИП Косарчук И.В. посредством сотовой связи через программное приложение ООО «МобиВиЖн» на телефонный номер <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ИП Косарчук И.В. предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Рязанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 27 февраля 2014г.

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

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«27» февраля 2014 года

Комиссия Рязанского УФАС России по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе: <...>

на основании своего решения от 27 февраля 2014 года по делу № 299/2013-Р о признании ненадлежащей рекламы «30% скидка на новую коллекцию FOX при предъявлении дисконтных карт МАКСИ, Top Secret, House Glance! ТЦ "Виктория Плаза» 2 этаж», распространяемой ИП Косарчук И.В. посредством сотовой связи на телефонный номер <...>, и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ИП Косарчук И.В. в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства РФ о рекламе, а именно, распространение ненадлежащей рекламы на телефонный номер <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ИП Косарчук И.В. представить в Рязанское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 11 марта 2014 года.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Рязанское УФАС России вправе в соответствии с п. 2.4 ст. 19.5 КоАП РФ наложить административный штраф на должностных лиц в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

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