

РЕШЕНИЕ

по делу № 24

Резолютивная часть решения оглашена 10 сентября 2015 года

В полном объеме решение изготовлено 15 сентября 2015 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в составе: Председателя комиссии: <><><>><>; секретарь- <>< – специалист отдела ФРиР Кировского УФАС России;

в отсутствие:

заявителя - физического лица <>.;

лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе:

ООО «Инфобип», ООО «ИМОБИС» и ИП <>

рассмотрев дело № 24, возбужденное по заявлению физического лица по признакам нарушения ООО «Инфобип» ООО «ИМОБИС» и ИП <> ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 года № 38-ФЗ (далее по тексту Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В Кировское УФАС России для рассмотрения по существу поступило заявление <> по поводу получения 26.01.2014 в 16:59 на номер мобильного телефона + <> от абонента « SalonALTEY» смс-сообщения следующего содержания: «Только по выходным! Маникюр sh -1200р, педикюр sh. – 1300р. Маникюр +педикюр-1400р. Стрижка -400р, стрижка+окраш.-1200р. Звоните-тел.9851112», сервисный центр <>.

Определением от 14.03.2014 г. возбуждено дело № 24 в отношении ООО «Инфобип» по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Определением от 01.04.2015 г. рассмотрение дела № 24 продлено.

ООО «Инфобип» на заседание Комиссии не явилось, представило запрошенные документы, а также письменные пояснения, в которых просило привлечь для участия в деле ООО «ИМОБИС» и ИП <>

Учитывая изложенное, для участия в деле в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства привлечено - ООО «ИМОБИС» и ИП <>

Определением от 05.05.2014 г. рассмотрение дела № 24 было приостановлено до установления местонахождения лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства.

Определением от 31.07.2015 г. рассмотрение дела возобновлено и назначено на 10.09.2015г.

Заявитель надлежащим образом уведомленный о дате, месте и времени рассмотрения дела, явку не обеспечил, направил ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие. Дополнительно сообщил, что на номер <> от абонента «SalonALTEY» поступали смс-сообщения 26.01.14, 30.01.2014, 13.02.2014, 21.02.2014, 25.02.2014, 05.03.2014, 18.03.2014, 30.03.2014 (представлена детализация). Заявитель также пояснил, что смс-сообщения от абонента «SalonALTEY» поступали и после 31.03.2014г.

Письмом от 08.04.2014 г. ООО «ИМОБИС» представило письменные пояснения, согласно которым на номер мобильного телефона + <> от абонента « SalonALTEY» смс-сообщения следующего содержания: «Только по выходным! Маникюр sh - 1200р, педикюр sh. – 1300р. Маникюр +педикюр-1400р. Стрижка -400р, стрижка+окраш.-1200р. Звоните-тел.9851112» отправлено лицом, зарегистрированным за аккаунтом im862874 (салон красоты «Алтей», <>, являющегося клиентом ООО «ИМОБИС» с 11.07.2013 г. Рассылка произведена клиентом самостоятельно из личного кабинета клиента, услуги которому предоставлены на основании оферты.

Письмом от <><> ООО «ИнфоБип» представило письменные пояснения, согласно которым Общество оказывает услуги по приему и передаче электронных сообщений и является оператором связи на основании лицензии на оказание телематических услуг связи.

ООО «ИнфоБип» заключен договор оказания услуг связи № 1501201001 от 15.01.2010г. с ООО «ИМОБИС» (Заказчик). Согласно правил оказания услуг Заказчик имеет право использовать услугу только для передачи информации абонентам, от которых получено согласие на получение таких сообщений в объективной форме, которая может быть предъявлена ООО «ИнфоБип» и оператору связи. Заказчик по договору вправе самостоятельно определять имя отправителя, текст сообщения и иные свойства сообщения.

ООО «ИнфоБип» также указало, что ООО «ИМОБИС» имеет договорные отношения с ИП <> в котором она выступает в качестве заказчика.

ИП <>. явку не обеспечила, запрошенные документы и сведения не представила. Антимонопольным органом были предприняты меры по неоднократному извещению ответчика о дате, месте и времени рассмотрения дела № 24. Определение о возобновлении производства по делу № 24 от 31.07.2015 г. направлено ИП <> заказным письмом с уведомлением о вручении, на дату рассмотрения дела согласно информации с сайта «Почта России» - заказное письмо не получено.

Учитывая тот факт, что антимонопольным органам предприняты меры по надлежащему извещению ИП <> о дате, месте и времени рассмотрения дела, Комиссия решила рассмотреть дело в ее отсутствие. ИП <> считается извещенной надлежащим образом.

Надлежащим образом уведомленные о времени и месте рассмотрения дела заявитель и лица, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства, явку не обеспечили, запрошенные документы и сведения не представили.

Проанализировав материалы дела, Комиссия Кировского УФАС России пришла к следующим выводам.

Изучив материалы дела, комиссия Кировского УФАС России приходит к следующим выводам.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Кировской области в порядке переадресации из ФАС России 28.01.2014 поступило заявление гражданина <> заявлению приложены: скриншот мобильного телефона, согласие абонента.

В своем заявлении гражданин указал, что на его абонентский номер <...> <> 26.01.2014 в 16:59 было направлено смс-сообщение без предварительного согласия от абонента «SalonALTEY» следующего содержания: «Только по выходным! Маникюр sh -1200р, педикюр sh. – 1300р. Маникюр +педикюр-1400р. Стрижка -400р, стрижка+окраш.-1200р. Звоните-тел.9851112», сервисный центр <>

Факт принадлежности абоненту <> телефонного номера + <>, а также отправка и получение спорного смс-сообщения подтверждается представленной заявителем в материалы дела выпиской детализации вызовов по телефону + <> за период 01.01.2014 00:00:00 по 31.03.2014 23:59:59, согласно которой на номер мобильного телефона + <> поступило смс-сообщение с номера отправителя «SalonALTEY» 26.01.2014 в 12:59:23.

В соответствии с вышеуказанной детализацией смс-сообщения с номера отправителя «SalonALTEY» также поступали <><<><<>

Согласно ст. 3 Федерального закона «О рекламе», рекламой является 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 объектом рекламирования понимается 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 – это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной

стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее 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, содержащаяся в спорном смс-сообщении, полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Федерального закона «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие 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 соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 года № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

При обращении в ФАС России гражданин сообщил об отсутствии его разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

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

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «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; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

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.

При этом в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» 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.

В соответствии с п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» данный закон 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.

Согласно письменным пояснениям ЗАО «Теле2» смс-сообщение на номер <...> <> от абонента «SalonALTEY» направлено 26.01.2014 в 12:59:23 с номера +7<>. Номер +<>, входит в ресурс нумерации ЗАО «Ростовская Сотовая Связь» и принадлежит технологическому смс-центру Теле2.

26.01.2014 в 12:59 рассылку смс-сообщений через смс-центр ЗАО «Теле2» осуществило ООО «ИнфоБип», с которым заключен договор № от 01.11.2013.

ЗАО «Теле2» в письменных пояснениях также указало, что предоставляет ООО «ИнфоБип» техническое обеспечение, не рассылает рекламные смс-сообщения.

В соответствии с письменными пояснениями ООО «ИнфоБип» на основании вышеуказанного договора обязуется осуществлять рассылку смс-сообщений только тем абонентам ЗАО «Ростовская Сотовая Связь», которые являются клиентами ООО «ИнфоБип» или его партнерами и выразили свое явно выраженное согласие на их получение в письменной форме. Ответственность за содержание информации в sms mt –сообщениях несет ООО «ИнфоБип».

Согласно п. 3.2.2. договора оказания услуг от <> г., заключенного между ООО «Телематик» (в настоящее время ООО «ИнфоБип», Исполнитель) и ООО «ИМОБИС» (Заказчик), обязанность получения в обязательном получении от абонента, на телефон которого планируется отправка смс-сообщения с информацией заказчика, согласия на получения таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена оператору и не составляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности абонента на его получение.

В соответствии с п. 7,8,9 Правил предоставления услуг (приложение к договору № 2 об оказании услуг от 15.01.2010 г.) Заказчик обязуется использовать услугу в соответствии с нормами законодательства РФ о рекламе и только для передачи информации абонентам, от которых получено согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена оператору и не составляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности абонента на получение смс с информацией Заказчика.

В силу п. 10 Правил предоставления услуг Заказчик обязуется не использовать услугу для распространения ненужной получателю информации, в том числе несогласованных предварительно с получателями смс.

Согласно пояснениям ООО «ИнфоБип» и ООО «ИМОБИС» спорное смс-сообщение направлено ИП <> ИП <> согласие на получение спорного смс-сообщения в материалы дела не представлено.

На основе всестороннего анализа и собранных по делу доказательств антимонопольный орган приходит к выводу о том, что рекламораспространителями спорного смс-сообщения являются ООО «ИМОБИС» и ИП <>

В соответствии с частью 1 статьи 46 Федерального закона «О связи» оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

Согласно ч. 2 ст. 63 указанного закона операторы связи обязаны обеспечить соблюдение тайны связи.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Таким образом, ЗАО «Ростовская Сотовая Связь» и ООО «ИнфоБип», как операторы связи, соблюдая действующее законодательство, обеспечили возможность пропуска трафика по своим сетям связи и не распространяли рассматриваемую рекламу с нарушением положений законодательства о рекламе.

Следовательно, фактическое доведение рассматриваемого смс-сообщения до абонента без его согласия осуществили ООО «ИМОБИС» и ИП > поэтому указанные хозяйствующие субъекты являются рекламораспространителями.

Определением о возобновлении производства по делу № 24 от 31.07.2015 г. у ООО «ИМОБИС» и ИП <> запрашивалось документальное подтверждение согласия абонента на получение спорного смс-сообщения, которое в антимонопольный орган не поступило.

В ходе рассмотрения дела в Кировское УФАС России не были представлены доказательства того, что спорное смс-сообщение было передано абоненту <> с ее предварительного согласия.

Комиссией Кировского УФАС России были проанализированы все имеющиеся документы и доказательства по данному делу, на основании чего сделан вывод о том, что действия ООО «ИМОБИС» и ИП <> отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» в

отношении рекламодателя – распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае — смс-сообщений.

При этом, из анализа договорных отношений между указанными лицами следует, что первоначально согласие абонента должно было быть получено ИП <>., данное согласие указанный предприниматель должен был передать ООО «ИМОБИС» для дальнейшей передачи смс-сообщения с помощью программно-технических средств. ООО «ИМОБИС», в свою очередь, участвуя в передаче смс-сообщения, обязано было запросить согласие абонента у ИП <> для отправки спорного смс-сообщения по сетям электросвязи ООО «Инфобип» и ЗАО «Ростовская Сотовая Связь».

Действия ООО «ИМОБИС» и ИП >< являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным абонентам. Каждое из указанных лиц принимало непосредственное участие в распространении спорной рекламы.

Таким образом, рекламодатели ООО «ИМОБИС» и ИП <>., воспользовавшись техническими и программными средствами друг друга, а также программными и техническими средствами ЗАО «Ростовская Сотовая Связь», ООО «Инфобип» не исполнили в должной мере положения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», распространив на телефонный номер <><> смс-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя.

Договор оказания услуг, заключенный между ООО «Инфобип» и ООО «ИМОБИС» не исключает обязанности каждого из указанных лиц соблюдать рекламное законодательство, а также не отменяют ответственность за его несоблюдение, так как положения договора, устанавливающие ответственность за несоблюдение законодательства о рекламе каждого из последующих лиц в цепочке рекламодателей, являются обеспечительной мерой в рамках гражданско-правовых отношений, а не административных.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что при распространении на телефонный номер <> рекламы следующего содержания: «Только по выходным! Маникюр sh -1200р, педикюр sh. – 1300р. Маникюр +педикюр-1400р. Стрижка -400р, стрижка+окраш.-1200р. Звоните-тел.9851112», были нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

Комиссия Кировского УФАС России считает, что нарушение рекламного законодательства произошло по вине ООО «ИМОБИС» и ИП <>

В отношении ООО «Инфобип» рассмотрение дела подлежит прекращению.

Учитывая тот факт, что на дату принятия решения в Кировском УФАС России отсутствует документальное подтверждение распространения смс-сообщения от абонента «SalonALTEY» без согласия заявителя на номер <...> <>, Комиссия

Кировского УФАС России решила предписание об устранении нарушения не выдавать.

Руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 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, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Только по выходным! Маникюр sh -1200р, педикюр sh. – 1300р. Маникюр +педикюр-1400р. Стрижка -400р, стрижка+окраш.-1200р. Звоните-тел.9851112», направленное 26.01.2014 в 12:59:23 на номер мобильного телефона <> + >< без ее предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать в действиях ООО «ИМОБИС» и ИП <> выразившихся в распространении ненадлежащей рекламы посредством смс-сообщения без согласия абонента, факт нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

3.Предписания об устранении нарушений законодательства о рекламе ООО «ИМОБИС» и ИП <> не выдавать.

4.В отношении ООО «ИнфоБип» рассмотрение дела прекратить в связи с неподтверждением в его действиях факта нарушения рекламного законодательства.

5. Материалы дела уполномоченному должностному лицу Кировского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не передавать в связи с истечением срока давности привлечения к административной ответственности.

Председатель Комиссии

<>

Члены Комиссии

<>

