

РЕШЕНИЕ

по делу № 06-10.1/32-2016

12 июля 2016 года

г. Омск

Комиссия Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – <...>, и. о. заместителя руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 06-10.1/32-2016 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения обществом с ограниченной ответственностью «Движение» (далее – ООО «Движение») рекламы, содержащей признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Движение» (<...>), извещенного надлежащим образом (исх. № 06-4142 от 22.06.2016, трек-номер <...>),

в отсутствие представителя заинтересованного лица - ООО «СМС Аэро» (ходатайство от 06.07.2016),

в отсутствие заявителя - <...>, извещенного надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России из ФАС России поступило заявление гражданина <...> по факту направления 02.12.2015 (ориентировочно в 13 часов 37 минут по омскому времени) на его абонентский номер <...> рекламного SMS-сообщения: «НЕОЖИДАННО! 2 КИЛОГРАММА РОЛЛОВ снова за 999р.! donroll.ru тел. 50-55-88».

В качестве отправителя вышеуказанного SMS-сообщения указан **Don Roll**, SMS-центр: **+79232510081**.

По утверждению заявителя, данная реклама была отправлена с помощью SMS-сообщения без его предварительного согласия, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», в силу которой распространение рекламы посредством радиотелефонной связи допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет

ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

Согласно ответу Сибирского филиала ПАО «МегаФон» от 11.12.2015 № 5/3-07-ДД-Исх-00469/15: «...Направление рекламного сообщения, указанного в запросе от 07.12.2015г., осуществлялось Оператором в рамках дополнительного соглашения № 42-2 к Генеральному соглашению от 30.04.2010 года, заключенного между Оператором и ЗАО «МегаЛабс» (далее - «Партнер»), в соответствии с которым Оператор обязался по заданию Партнера оказывать Партнеру услуги по распространению рекламы рекламодателей с помощью каналов коммуникации, т.е. осуществлять действия по направлению своим абонентам рекламных сообщений в соответствии с определенными условиями выборки...

...Вместе с тем в соответствии с п.2.2 Партнер самостоятельно получает предварительное согласие конечного получателя, являющегося абонентом (пользователя) Оператора...».

Из информации, представленной ЗАО «МегаЛабс», следует, что: «...Рассылка указанного в Запросе сообщения осуществлялась ООО «Крафт Телеком» по договору №МР-МИ-КРФТТ- 10.10.2014 от 10.10.2014 (далее - Договор), по которому Общество оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов Клиента ООО «Крафт Телеком». Согласно условиям Договора, ООО «Крафт Телеком» обязуется получить согласие абонентов, среди которых предполагается осуществить распространение рекламно-информационных материалов и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов, у которых такое согласие было получено (п. 3.7. и 4.8. Договора)...».

В своем ответе от 08.02.2016 исх. № 12 ООО «Крафт Телеком» пояснило следующее: «... Смс-сообщение «НЕОЖИДАННО! 2 КИЛОГРАММА РОЛЛОВ снова за 999р.! donroll.ru тел. 50-55-88» получено 02.12.2015 (ориентировочно в 13 часов 37 минут) на телефонный номер <...> , (далее - СМС) отправлено в рамках договора от 31.12.2013 №106 (далее - Договор), заключенного между ООО «Крафт Телеком» (далее - Исполнитель) и ООО «Мобильные Сервисы» переименованное в ООО «Инстам» (далее - Заказчик), по условиям которого мы предоставили транзитный канал связи для передачи заказчиком смс-сообщений...».

В ответ на запрос Омского УФАС России ООО «Инстам» представило информацию (исх. 3 20 от 21.03.2016), согласно которой, отправка вышеуказанного сообщения осуществлялась «...в рамках договора от 10 декабря 2013 г. № 676 (далее - Договор), заключенного между ООО «Мобильные Сервисы» переименованное в ООО «Инстам» (далее - Исполнитель) и ООО «СМС-Центр» (далее - Заказчик), по условиям которого мы предоставили транзитный канал связи для передачи заказчиком смс-сообщений.

На основании п. 1.1. Договора Исполнитель оказывает, а Заказчик принимает и оплачивает услугу подключения к Технической базе в порядке и на условиях, предусмотренных Договором.

Согласно п 2.4.5. Договора Заказчик обязался не использовать подключение к Технической базе Исполнителя для отправки СПАМа (п. 15 Определений

Договора).

Согласно п. п. 6.3., 6.4. Договора составителем и отправителем сообщений отправленных в рамках Договора является Заказчик, который, определяет конечных получателей и несет ответственность за выполнение действующего законодательства РФ.

Исполнитель оказывает Заказчику услуги по предоставлению доступа к своей технической системе с целью пропуска транзитом смс-сообщений (трафика) Заказчика через шлюз Исполнителя...».

На запрос Омского УФАС России ООО «СМС-Центр» представило следующие пояснения (исх. № 117-05/2016 от 16.05.2016): «...указанное смс-сообщение на номер <...> с текстом «НЕОЖИДАННО! 2 КИЛОГРАММА РОЛЛОВ снова за 999р.! donroll.ru тел.50-55-88» было отправлено ООО «СМС Аэро» 02.12.2015г. через клиентский доступ, предоставленный по договору № 409671 от 29 сентября 2015 года...».

Согласно информации, представленной ООО «СМС Аэро» (вх. № 4090 от 07.06.2016), отправителем вышеуказанного сообщения в адрес <...> является ООО «Движение» (<...>).

Таким образом, ООО «Движение» согласно пункту 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является рекламодателем, т.е. лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно Пользовательскому соглашению, размещенному на официальном сайте ООО «СМС Аэро» (<https://smsaero.ru/about/agreement/>) (далее - Соглашение), ООО «СМС Аэро», именуемое в дальнейшем «Исполнитель», предоставляет в использование сервис под брендом «SMS Aero», располагающийся на сайте <http://www.smsaero.ru/> (далее - Сервис), пользователю, который зарегистрировался на указанном сайте и начал пользоваться Сервисом (далее - «Заказчик»).

Согласно пункту **3.3** вышеуказанного соглашения Заказчик (ООО «Движение») обязуется формировать поручения на отправку SMS-сообщений при наличии согласия на получение таких сообщений от получателей сообщений. Заказчик самостоятельно и за свой счет предварительно получает такие согласия, урегулирует претензии любых третьих лиц, в том числе получателей сообщений, органов государственной власти по всем вопросам, вытекающим из условий настоящего Соглашения.

В соответствии с пунктом **3.4** Заказчик обязуется не формировать поручения для Оператора связи о направлении SMS-сообщений, которые не соответствуют действующему законодательству Российской Федерации, в том числе: спам, сообщения, содержащие недостоверную информацию или ненормативную лексику, SMS-сообщения мошеннического характера и др.

В силу пункта **4.2.4.** Заказчик обязан не производить рассылку сообщений, попадающих под признаки спама, нежелательных SMS-сообщений, SMS-сообщений рекламного характера, если от Абонента не было получено предварительное согласие на их получение, SMS-сообщений, приводящих к нарушению работоспособности Системы, SMS-сообщений оскорбительного или клеветнического характера, разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь, а также не использовать Услуги для передачи или приема материалов, нарушающих авторские и другие права, или материалов, противоречащих действующему российскому или международному законодательству.

Согласно пункту **4.2.5.** осуществлять отправку SMS-сообщений только тем Абонентам, которые выразили свое согласие на получение отправляемых SMS-сообщений в любой законной форме (подписка через SMS-сообщение, анкета с указанием контактного номера, подписанное заявление или договор, акцепт на оферту и т.д.).

В ходе подготовки к рассмотрению дела № 06-10.1/32-2016 каких-либо документов, подтверждающих предварительное согласие <...> на получение рекламы от ООО «Движение» либо иного лица в адрес Омского УФАС России представлено не было.

Одновременно Комиссия Омского УФАС России считает, что нарушение законодательства о рекламе может быть устранено посредством действий, направленных на его устранение любым лицом, которое может прекратить распространение ненадлежащей рекламы.

В соответствии с пунктом 5.2. Соглашения в случае невыполнения Заказчиком (ООО «Движение») обязательств, предусмотренных пунктами **3.3., 3.4., 3.12., 4.2.4., 4.2.5., 4.2.6., 4.2.7., 4.2.8.**, Исполнитель вправе заблокировать доступ к Электронному интерфейсу Заказчика без возврата неиспользованного остатка денежных средств, перечисленных Исполнителю Заказчиком за выполнение Услуг по настоящему Соглашению и потребовать с Заказчика полного возмещения реального ущерба, возникшего в связи этим у Исполнителя.

Учитывая пояснения заявителя об отсутствии его согласия на получение рекламы от ООО «Движение», пояснения ООО «СМС Аэро», положения Пользовательского соглашения, размещенного на официальном сайте ООО «СМС Аэро» (<https://smsaero.ru/about/agreement/>), Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нарушении ООО «Движение» требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламной информации посредством SMS-сообщений в адрес <...>.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 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 действия ООО «Движение», выразившиеся в направлении в адрес

гражданина <...> смс-сообщения: «НЕОЖИДАННО! 2 КИЛОГРАММА РОЛЛОВ снова за 999р.! donroll.ru тел. 50-55-88» без его предварительного согласия, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Выдать ООО «Движение», ООО «СМС Аэро» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела должностному лицу Омского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 12 июля 2016 года.

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>

ПРЕДПИСАНИЕ

о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе

по делу № 06-10.1/32-2016

12 июля 2016 года

г. Омск

Комиссия Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – <...>, и. о. заместителя руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

на основании своего решения от 12.07.2016 по делу № 06-10.1/32-2016 о признании действий общества с ограниченной ответственностью «Движение» (далее – ООО «Движение»), выразившихся в направлении посредством SMS-сообщений рекламы на абонентский номер гражданина <...> без его предварительного согласия, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, пунктом 3.59 Административного регламента

Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Движение» (<...>) в срок **до 29 июля 2016 года** прекратить нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» в части рассылки рекламы посредством использования телефонной связи в адрес гражданина <...> до получения его предварительного согласия на получение рекламы по сетям электросвязи.

2. ООО «СМС Аэро» (<...>) в срок **до 29 июля 2016 года** приостановить ООО «Движение» передачу SMS-сообщений рекламного характера в адрес гражданина <...> до получения доказательств его предварительного согласия на получение рекламы по сетям электросвязи.

3. ООО «Движение» и ООО «СМС Аэро» представить в Омское УФАС России доказательства исполнения настоящего предписания в срок **до 03 августа 2016 года**.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Омское УФАС России вправе в соответствии с частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф 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.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>