РЕШЕНИЕ

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, рассмотрев дело № 4-05/95 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении смс-рассылки рекламного характера без согласия абонента, в присутствии представителей ООО ТД «НОВОТОРГ» и ООО «Экспресс Мобайл»,

УСТАНОВИЛА:

В Хабаровское УФАС России поступило заявление гражданина <...> о поступлении на номер сотового телефона <...> смс-сообщений рекламного характера от имени кафе «Галерея» (ООО ТД «Новоторг») без согласия абонента.

Согласно 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

За период с 16.11.2011г. по 26.05.2012г. от имени кафе «Галерея» (ООО ТД «Новоторг») посредством смс-платформы ООО «Экспресс Мобайл» в адрес абонента отправлено 23 смс-сообщения без его согласия, что противоречит требованиям части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

20 декабря 2010г. между ООО «Экспресс Мобайл» и ООО ТД «Новоторг» заключен договор № 182 возмездного оказания услуг, по условиям которого ООО «Экспресс Мобайл» обязуется оказывать услуги по передаче смс и голосовых сообщений от представителей ООО ТД «Новоторг» к абонентам посредством своих технических и программных средств.

ООО ТД «Новоторг» сообщило, что действовало в рамках указанного выше договора - Общество дает поручения по отправке сообщений, а ООО «Экспресс Мобайл» выполняет данное ему поручение в процессе взаимодействия поручения (раздел 3, 4 договора).

Общество считает, что ООО «Экспресс Мобайл» обязано согласно условиям договора проверять наличие согласия абонентов на получение смс-сообщений и в случае сомнений получения такого согласия, руководствуясь п.4.5. договора, отказаться от исполнения поручения. По словам представителя ООО ТД «Новоторг» ООО «Экспресс Мобайл» получает не только поручения на отправку, но

и сам текст sms-сообщений, поэтому не могло не располагать информацией о рекламном характере присылаемых sms-сообщений.

Кроме того, представитель ООО ТД «Новоторг» указала на отсутствие доказательств, свидетельствующих о фактической передаче доступа к техническому средству, а также на отсутствие пароля, логина и возможности Общества самостоятельно совершать определенные действия с помощью sms-платформы ООО «Экспресс Мобайл (создавать текст sms-сообщений, загружать списки абонентов и т.п.).

Таким образом, ООО ТД «Новоторг» утверждает, что рекламораспространителем sms-сообщений в соответствии с условиями договора № 182 от 20.12.2012г. является ООО «Экспресс Мобайл».

ООО «Экспресс Мобайл» пояснило, что ООО ТД «Новоторг» является зарегистрированным пользователем sms-платформы, что подтверждается неоднократным авторизованным доступом к sms-платформе по предоставленным по электронной почте собственному логину и паролю в период действия договора. Данный факт зафиксирован оборудованием ООО «Экспресс Мобайл», к материалам дела приложены логи доступа по IP-адресам <...>, подтверждающих отправление рассылок в адрес заявителя.

Кроме того, представитель ООО «Экспресс Мобайл» указал на то, что ООО ТД «Новоторг» осуществляло оплату за sms-информирование согласно выставленных актов выполненных работ и платежных поручений.

Таким образом, ООО «Экспресс Мобайл» подтверждает, что отправка sms-сообщений с sms-платформы пользователем (ООО ТД «Новоторг») в адрес абонента <...> совершалась с указанных IP-адресов.

В процессе рассмотрения дела Хабаровским УФАС России получены дополнительные доказательства по данному делу.

В результате анализа данных материалов установлено следующее.

Оборудование ООО «Экспресс Мобайл» расположено в ООО «Дело Телеком». Программное обеспечение sms-платформы разработано обществом средствами и языками программирования Python, PgPSOL, Java, JavaScript. Платформа работает на оборудовании- 2 выделенных сервера Intel® Pentium® 4 CPU 3/40GHz, 8GB RAM, Linux OpenSUSE 11.2.

Защита sms-платформы от несанкционированного доступа к интерфейсу пользователя осуществляется средствами авторизации по логину и паролю с использованием SSL шифрования.

Смс-платформа ООО «Экспресс Мобайл» располагается в сети интернет по адресу <http://sms.expressmobile.ru>.

ООО ТД «Новоторг» по электронной почте присвоен собственный логин и пароль к интерфейсу пользователя sms-платформы ООО «Экспресс Мобайл» с описанием данного интерфейса и реквизитов доступа.

ООО ТД «Новоторг» самостоятельно осуществляло авторизованный доступ к sms-

платформе ООО «Экспресс Мобайл» в период действия договора № 182 от 20.12.2010г.

Пользователь смс-платформы (ООО ТД «Новоторг») создает список абонентов, получателей информационного сообщения при помощи программы «Блокнот», сохраняет файл на диск компьютера.

После авторизации на смс-платформе (ввод логина и пароля на странице авторизации) пользователю доступны функции загрузки списка абонентов и создания выполнения рассылок. ООО ТД «Новоторг» самостоятельно загружает список номеров абонентов путем выбора файла со списком абонентов на диске компьютера.

В разделе для отправки смс-сообщений ООО ТД «Новоторг» вписывает подпись отправителя, заполняет текст сообщения, задает список номеров абонентов в качестве получателей, нажимает кнопку «создать рассылку» и отправляет ее нажатием кнопки «исполнить».

После получения команды на отправку смс сообщений абонентам, смс-платформа формирует сообщения на обработку.

Отправка осуществляется через сеть интернет по протоколу HTTP(s) путем отправки единичных сообщений каждому абоненту. Каждому отправленному сообщению присваивается уникальный идентификатор, который используется для получения отчетов о доставке.

После получения сообщения абонентом, оператору сотовой связи отправляется отчет о получении сообщения. Оператор сотовой связи отправляет отчет о доставке на смс-платформу.

ООО «Экспресс Мобайл», как оператор связи, исполняло технические обязанности по передаче сообщений абонентов, при этом не проверяло их содержание, обеспечивая тайну связи (ФЗ № 126-ФЗ от 07.07.2003г. «О связи», ст.63).

Отправка смс-сообщений с смс-платформы ООО «Экспресс Мобайл» в адрес заявителя совершалась с указанных выше IP-адресов.

Логи смс платформы ООО «Экспресс Мобайл» свидетельствуют о рассылке пользователем смс-платформы сообщений абоненту-заявителю.

Расшифровка логов включает создание рассылки, имеющей в смс-платформе определенный учетный номер по списку номеров, содержащему номер заявителя. Рассылка запланирована на определенное время и затем выполнена вручную.

Серверные логи доступа по IP-адресам свидетельствуют о доступе (в том числе отправке смс-сообщений) к смс-платформе пользователя с указанных выше IP-адресов.

Расшифровка логов включает информацию, что с IP-адресов вручную запущены рассылки, имеющие в смс-платформе определенный учетный номер <...> Данные рассылки содержали, в том числе сообщения на номер заявителя. После запрашивалась информация о рассылках (информация об отправке смс-

сообщений и статусах доставки смс-сообщений), имеющей в смс- платформе определенный учетный номер.

Таким образом, каждое отправленное смс- сообщение фиксирует, какой учетный номер в смс- платформе присутствовал у смс-рассылки, в рамках которой отправлены данные смс- сообщения на конкретный номер абонента.

Документами, подтверждающими рассылку ООО ТД «Новоторг» за период с 16.11.2012г. по 26.05.2012г. смс-сообщений в количестве 23 шт. посредством смс-платформы ООО «Экспресс Мобайл» в адрес заявителя, являются:

- договор об оказании услуг связи № 401941 от 08.02.2008г. заключенный между ЗАО «Редком-Интернет» и ООО ТД «Новоторг», о присвоении последнему IP-адреса для соединения с сетью интернет <...>;

- договор об оказании услуг «Предоставление доступа в Интернет на основе сети передачи данных ОАО «Ростелеком» № 355-09-И от 01.11.2009г., заключенный между ОАО «Ростелеком» и ООО ТД «Новоторг», о присвоении последнему IP-адреса для соединения с сетью интернет <...>.

ООО ТД «Новоторг» не смогло представить письменные доказательства отправки поручений с текстом смс-сообщений по причине увольнения сотрудника, исполняющего обязанности взаимодействия с ООО «Экспресс Мобайл» по договору и удаления профиля пользователя и аккаунта в сети ООО ТД «Новоторг». По предположению ООО ТД «Новоторг» текст мог отправляться посредством электронной почты (возможность восстановить историю сообщений отсутствует), также задание на отправку могло передаваться и устно.

Хабаровское УФАС отклоняет доводы ООО ТД «Новоторг» по следующим основаниям.

Отправка смс-сообщений в адрес заявителя с смс-платформы осуществлялась ООО ТД «Новоторг» с IP- адресов <...>. Данный факт подтверждается письмами ОАО «Ростелеком» (вх. № 5/7712 от 21.09.2012г.) и ЗАО «Редком-Интернет» (вх. 5/7711э от 20.09.2012г.), а также зафиксировано оборудованием владельца смс-платформы (ООО «Экспресс Мобайл»).

ООО ТД «Новоторг», как пользователь смс-платформы ООО «Экспресс Мобайл», имеет возможность самостоятельно через веб-браузер создавать тексты сообщений, загружать собственные списки абонентов в формате *txt с диска компьютера, добавлять абонентов в «стоп-лист», для блокировки случайной отправки сообщений, указывать текстовую подпись отправителя вместо номера телефона в соответствующем окне интерфейса, задавать дату и время отправки смс-сообщений, получать отчеты о доставке смс-сообщений, которые заказываются в окне интерфейса, формируются автоматически в виде файла либо в режиме просмотра в окне интерфейса.

Пунктом 4.3. договора № 182 от 20.12.2010г. предусмотрена ответственность ООО ТД «Новоторг» за содержание исходящих от него сообщений. В рамках договора ООО «Экспресс Мобайл» обеспечивает прохождение сообщений в их неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования и цензурирования. Ответственность за включение в сообщения сведений и данных,

противоречащих действующему законодательству возлагается на автора сообщений – т.е на ООО ТД «Новоторг».

Пункт 4.4. договора № 182 от 20.12.2010г. указывает, что ООО ТД «Новоторг» рассылает сообщения только желаемые к получению адресатом. Сообщения, которые адресат не желает получать, признаются спамом.

Таким образом, установлено, рекламная смс-рассылка осуществлялась с IP-адресов <...> на номер <...> без согласия абонента по вине ООО ТД «Новоторг».

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Рекламораспространителем является ООО ТД «Новоторг», что подтверждается материалами дела.

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 путем рассылки смс-сообщения, распространяемую ООО ТД «НОВОТОРГ» без согласия абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2.Выдать ООО ТД «НОВОТОРГ» обязательное для исполнения предписание о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе.

3.Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Хабаровского УФАС

России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации.

Решение изготовлено в полном объеме 28 сентября 2012 года.

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

Предписание

о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе на основании своего решения от 28 сентября 2012 года по делу № 4-05/95 о признании ненадлежащей рекламной смс-рассылки без согласия абонента и 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,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО ТД «НОВОТОРГ» в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить распространение любым способом, в любой форме, с использованием любых средств рекламы путем рассылки смс-сообщений без предварительного согласия абонента на получение рекламы..

2. ООО ТД «НОВОТОРГ» представить в Хабаровское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 08 октября 2012 года.

В случае неисполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Хабаровское УФАС России в праве в соответствии с частью 2.4. статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на юридических лиц штраф в размере – от трехсот до пятисот тысяч рублей.

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