

по делу № Р-37-02/2015

26 июня 2015 г.

г. Владимир

Решение в полном объеме изготовлено - 29 июня 2015 года.

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

(-----) – председатель Комиссии (заместитель руководителя Владимирского УФАС России),

(-----) – член Комиссии (начальник отдела контроля антимонопольного законодательства и органов власти),

(-----) - член Комиссии (специалист-эксперт отдела контроля антимонопольного законодательства и органов власти),

в присутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – представителя ООО «Ночь promotion group» (ИНН 3329044399 ОГРН 1073340002823), (-----)., действующего на основании доверенности от 20.02.2015 г.

в отсутствии лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Имобис» (ИНН 7840343366 ОГРН 5067847184114), извещенного о времени и месте рассмотрения дела № Р-37-02/2015 надлежащим образом,

в отсутствии заявителя-Фролова В.Н., извещенного о времени и месте рассмотрения дела № Р-37-02/2015 надлежащим образом,

рассмотрев имеющиеся материалы о проверке на соответствие нормам законодательства РФ о рекламе, распространение на абонентский номер <...> рекламы посредством смс-сообщений следующего содержания: « Поздравляем с Первым Снегом!) А в пятницу сегодня вкусное веселье...», «Сегодня Впервые в Монике Дмитрий Шепелев...», «Знаменитая группа Фактор 2 – Сегодня на Russian Dance в ZZZED!....», «Кирилл Андреев/Иванушки INTERNATIONAL-сегодня в Монике», «Ваши новогодние Праздники в пентхаусе Монике! 3 зала, Show-программа и Восхитительная Кухня.....», «Fashion birthday модельного агентства Bank of Models!.....», «Пятница restobar- 1 год! Сегодня собираем Всех друзей!....», «Специальная вечеринка: Караоке МОНИКИ в гостях у Пятницы...» с номеров RESTOFRIDAY, MONICABAR, ZZZED, содержащих признаки нарушения ч.1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», поскольку распространение указанных смс-сообщений осуществлялось

без предварительного согласия абонентов на получение рекламы,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Владимирской области поступило обращение по поводу распространения на номер <...> рекламных смс-сообщений следующего содержания: «Приглашаем Вас сегодня на Самую Мощную Вечеринку...», «Знаменитая ретро-вечеринка...», «Ночь летнего фестиваля МОНИКИ...», «Перфоманс...», «Большой Russian Dance!....», с номеров RESTOFRIDAY, ZZZED, MONICABAR.

По факту получения заявителем указанных смс-сообщений Управлением в адрес ОАО «МТС», ООО «Инвест Телеком», ЗАО «Связной загрузка», ООО «Инфобип», ООО «ИМОБИС», ООО «Ночь promotion group» были направлены запросы о предоставлении информации о распространителе данных смс-сообщений и основании распространения указанных смс-сообщений.

ООО «ИМОБИС» в ответ на запрос антимонопольного органа представило ответ от ООО «Ночь promotion group», в котором содержалось заявление на получение скидочной карты, выражающее согласие (-----) на получение на номер <...> (-----) смс-рассылок от ООО «Ночь promotion group» от 15.12.2012 г.

Однако абонент телефонного номера +(-----) (-----), у которого с ОАО «МТС» заключен договор на оказание услуг связи от 04.08.2004г. в своем заявлении указал, что никаким способом не выражал согласие на получение смс-сообщений с номеров RESTOFRIDAY, ZZZED, MONICABAR.

ООО «Имобис» пояснило, что после получения запроса информации антимонопольного органа номер абонента + (-----) добавлен в черный список и удален из всех баз аккаунта.

20.11.2014 г. в управление Федеральной антимонопольной службы по Владимирской области поступило повторное обращение гражданина (-----). по факту распространения на его номер <...> 9107787807 смс-сообщений следующего содержания: « Поздравляем с Первым Снегом!) А в пятницу сегодня вкусное веселье...», «Сегодня Впервые в Монике Дмитрий Шевелев...», «Знаменитая группа Фактор 2 – Сегодня на Russian Dance в ZZZED!....», «Кирилл Андреев/Иванушки INTERNATIONAL-сегодня в Монике», «Ваши новогодние Праздники в пентхаусе Монике! 3 зала, Show-программа и Восхитительная Кухня.....», «Fashion birthday модельного агентства Bank of Models!.....», «Пятница restobar- 1 год! Сегодня собираем Всех друзей!....», «Специальная вечеринка: Караоке МОНИКИ в гостях у Пятницы...» с номеров RESTOFRIDAY, MONICABAR, ZZZED. Данные смс - сообщения поступили на телефонный номер абонента 17, 18, 24, 28 октября, 1 ноября, 9 ноября, 15 ноября.

Как указал заявитель, несмотря на утверждения ООО «ИМОБИС» о том, что номер сотового телефона + (-----) добавлен в черный список и удален из баз данных, смс-сообщения с номеров RESTOFRIDAY, ZZZED, MONICABAR продолжают поступать на указанный номер.

По факту получения заявителем смс-сообщений с номеров RESTOFRIDAY, ZZZED, MONICABAR Управлением в адрес ОАО «МТС», ООО «ИМОБИС», ООО «Ночь

promotion group» повторно были направлены запросы о предоставлении информации о распространителе данных смс-сообщений и основании распространения указанных смс-сообщений.

На запрос о предоставлении письменной информации и копий документов относительно смс-сообщений, поступивших на абонентский номер <...> ООО «ИМОБИС» сообщило следующее.

Данные рассылки были отправлены от имен отправителей, зарегистрированных за аккаунтом promotiongroup, являющимся клиентом ООО «ИМОБИС» с 01 июня 2014 года.

Услуги предоставляются ООО «Ночь promotion group» на основании Договора №40-14/S от 01 июня 2014г., по которому ООО «Ночь promotion group» является Заказчиком услуг, а ООО «ИМОБИС» - Исполнителем.

Дополнительно ООО «ИМОБИС» указало, что номер <...> 910 778 78 07 повторно заблокирован для всех аккаунтов.

По указанному факту распространения рекламы 26 января 2015 Управлением было возбуждено производство по делу № Р-37-02/2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, о чем вынесено определение и назначена дата рассмотрения дела на 24 февраля 2015 года.

24 февраля 2015 года, в связи с необходимостью получения дополнительных доказательств по делу Комиссией было вынесено определение об отложении и продлении срока рассмотрения дела Р-37-02/2015 и назначена дата рассмотрения дела на 19 марта 2015 г.

19 марта 2015 г. на рассмотрение дела представитель ООО «Ночь promotion group» устно пояснил, что между ООО «Ночь promotion group» и ООО «Имобис», а равно как с иными лицами, отсутствуют договорные отношения на распространение какой-либо рекламной информации. Каких-либо поручений и/или указаний на рассылку указанных сведений ООО «Ночь promotion group» обществу с ограниченной ответственностью «Имобис» не выдавало.

В связи с необходимостью получения дополнительных доказательств по делу Комиссией было вынесено определение об отложении рассмотрения дела Р-37-02/2015 и назначена дата рассмотрения дела на 16 апреля 2015 г.

15.04.2015г. ООО «Имобис» представило письменные пояснения по делу, а также нотариально заверенную копию договора, заключенного между ООО «Имобис» и ООО «Ночь promotion group».

16 апреля 2015 года на рассмотрении дела присутствовал представитель ООО «Ночь promotion group», представивший письменные пояснения по делу, в которых поддержал доводы ранее изложенные устно, указав, что какой-либо договор с ООО «Имобис» не заключался, Генеральным директором ООО «Ночь promotion group» (-----), не подписывался, финансовые расчеты не производились.

Кроме того представитель ООО «Ночь promotion group» заявил ходатайство о проведении почерковедческой экспертизы, с целью установления подлинности подписи (-----) в договоре, заключенном между ООО «Имобис» и ООО «Ночь

promotion group».

В связи с заявлением указанного ходатайства, Комиссией было принято решение о приостановлении производства по делу № Р-37-02/2015 до получения результатов почерковедческой экспертизы.

04 июня 2015 г. Комиссией вынесено определение о возобновлении производства по делу и назначена дата рассмотрения на 25 июня 2015 г.

25 июня 2015 г. на рассмотрении дела присутствовал представитель ООО «Ночь promotion group» (-----), действующий на основании доверенности от 20.02.2015 г.

На рассмотрении дела представитель ООО «Ночь promotion group» пояснил, что результаты почерковедческой экспертизы, основанной на копии документа могут быть только вероятные, в связи с чем ООО «Ночь promotion group» почерковедческую экспертизу не проводило.

Кроме того, представитель ООО «Ночь promotion group» поддержал ранее высказанную позицию, что никаких договорных отношений с ООО «Имобис» у ООО «Ночь promotion group» нет, смс-рассылку осуществляли иные лица, неизвестные ООО «Ночь promotion group».

В рассмотрении дела был объявлен перерыв до 26.06.2015.

Исследовав материалы дела № Р-37-02/2015, Комиссия приходит к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» реклама это информация, распространенная 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.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» информация, распространенная 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, является рекламой и должна, в связи с этим, отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация: «Поздравляем с Первым Снегом!) А в пятницу сегодня вкусное веселье...», «Сегодня Впервые в Монике Дмитрий Шепелев...», «Знаменитая группа Фактор 2 – Сегодня на Russian Dance в ZZZED!....», «Кирилл Андреев/Иванушки INTERNATIONAL-сегодня в Монике», «Ваши новогодние Праздники в пентхаусе Монике! 3 зала, Show-программа и Восхитительная Кухня.....», «Fashion birthday модельного агентства Bank of Models!.....», «Пятница restobar-1 год! Сегодня собираем Всех друзей!....», «Специальная вечеринка: Караоке МОНИКИ в гостях у Пятницы...» полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи,

адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно ст. 3 ФЗ «О рекламе» объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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;

Объектом рекламирования в данном случае являются развлекательные мероприятия.

Согласно части 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе», реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона, недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 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. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия Абонента (получателя) на получение рекламы возложена на рекламодателей.

В своем заявлении Фролов В.Н. указал, что он не подписывался ни на какие рекламные рассылки и никогда ни в каком виде не давал своего согласия на получение вышеуказанной рекламы.

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение рекламы развлекательных мероприятий, а также требования лица о прекращении рассылки рекламных смс-сообщений, при распространении на абонентский номер Заявителя +(-----) смс-сообщений следующего содержания: «Поздравляем с Первым Снегом!» А в пятницу сегодня вкусное веселье...», «Сегодня Впервые в Монике Дмитрий Шепелев...», «Знаменитая группа Фактор 2 – Сегодня на Russian Dance в ZZZED!....», «Кирилл Андреев/Иванушки INTERNATIONAL-сегодня в Монике», «Ваши новогодние Праздники в пентхаусе Монике! 3 зала, Show-программа и Восхитительная Кухня....», «Fashion birthday модельного агентства Bank of Models!.....», «Пятница restobar- 1 год! Сегодня собираем Всех друзей!....», «Специальная вечеринка: Караоке МОНИКИ в гостях у Пятницы...» с номеров RESTOFRIDAY, MONICABAR, ZZZED, поступивших на телефонный номер абонента 17, 18, 24, 28 октября, 1 ноября, 9 ноября, 15 ноября, были нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

Как указано выше, статьей 3 ФЗ «О рекламе» определено, что рекламодатель это лицо, осуществляющее распространение рекламы

любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из имеющихся у Управления документов следует, что в данном случае по факту распространения рекламы на номер + (-----) следующего содержания: « Поздравляем с Первым Снегом!) А в пятницу сегодня вкусное веселье...», «Сегодня Впервые в Монике Дмитрий Шепелев...», «Знаменитая группа Фактор 2 – Сегодня на Russian Dance в ZZZED!....», «Кирилл Андреев/Иванушки INTERNATIONAL-сегодня в Монике», «Ваши новогодние Праздники в пентхаусе Монике! 3 зала, Show-программа и Восхитительная Кухня....», «Fashion birthday модельного агентства Bank of Models!....», «Пятница restobar- 1 год! Сегодня собираем Всех друзей!....», «Специальная вечеринка: Караоке МОНИКИ в гостях у Пятницы...» с номеров RESTOFRIDAY, MONICABAR, ZZZED, рекламораспространителем выступило ООО «Ночь promotion group».

Такой вывод позволяют сделать наличие договора между ООО «ИМОБИС» и ООО «Ночь promotion group» № 40-14/S.

Предметом Договора является оказание услуг по обеспечению доступа к Системе, в соответствии с условиями договора и действующими тарифами, закрепленными в Личном кабинете Заказчика. Заказчику присвоен логин promotiongroup.

В п. 2.3.3. вышеназванного Договора указано, что Заказчик («Ночь promotion group») обязан не включать в список подписчиков лиц, для которых услуга будет соответствовать определению СПАМ. Вся ответственность за получение смс-сообщений лицами, которые не являются подписчиками лежит на Заказчике.

В соответствии с п. 2.3.6 Договора Заказчик обязан за свой счет урегулировать все претензии третьих лиц, в том числе Подписчиков, в отношении СМС-сообщений, формируемых с использованием Системы, и принять на себя ответственность в полном объеме по таким претензиям.

Согласно п. 2.3.7. Заказчик («Ночь promotion group») обязан использовать Услугу в соответствии с нормами действующего законодательства о рекламе и только для передачи информации абонентам (адресатам), давшим согласие на её получение, которое может быть предъявлено Исполнителю в качестве безоговорочного доказательства согласия адресата на ее получение.

Согласно п. 4.2. Договора Исполнитель (ООО «Имобис») не является создателем (изготовителем) и распространителем СМС-сообщений, начиная с момента подготовки текста СМС-сообщения, его редактирования и заканчивая отправкой СМС-сообщений Подписчикам, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение СМС-сообщений и их содержание, в полном объеме несет Заказчик.

Таким образом, в рассматриваемом случае ООО «Ночь promotion group» в рамках заключенного договора с ООО «Имобис» осуществило действия по доведению указанной рекламы до потребителей, то есть явилось рекламораспространителем.

Довод Общества о том, что оно не является рекламораспространителем, поскольку ООО «Ночь promotion group» не заключало договор с ООО «Имобис»,

Комиссией не может быть принят, поскольку в материалы дела представлена копия договора, заверенная нотариусом, заключенного между ООО «Имобис» и «Ночь promotion group» № 40-14/S от 01.06. 2014 г., а также иные документы, подтверждающие оказание услуг по указанному договору - журнал посещений личного кабинета, выделенного пользователю promotiongroup для осуществления рассылок смс-сообщений, а также перечень платежей, осуществленных электронным платежом через платежную систему moneta.ru.

Кроме того, в п. 3.4 Договора указано, что оплата Услуг производится Заказчиком в российских рублях путем перечисления денежных средств на расчетный счет Исполнителя либо электронным переводом через платежную систему, подключенную в системе.

Таким образом, довод Общества об отсутствии платежей в адрес ООО «Имобис» с расчетного счета ООО «Ночь promotion group» не является подтверждением отсутствия оплаты услуг по договору, поскольку оплата услуг в соответствии договором осуществлялась путем перечисления денежных средств электронным переводом через платежную систему.

Изучив совокупность вышеназванных обстоятельств, Комиссией, установлено, что рекламодателем выступило ООО «Ночь promotion group» (ИНН 3329044399 ОГРН 1073340002823).

Комиссия, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального Закона № 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,

решила:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную на абонентский номер <...> посредством смс-сообщений следующего содержания: «Поздравляем с Первым Снегом!) А в пятницу сегодня вкусное веселье...», «Сегодня Впервые в Монике Дмитрий Шевелев...», «Знаменитая группа Фактор 2 – Сегодня на Russian Dance в ZZZED!...», «Кирилл Андреев/Иванушки INTERNATIONAL-сегодня в Монике», «Ваши новогодние Праздники в пентхаусе Монике! 3 зала, Show-программа и Восхитительная Кухня....», «Fashion birthday модельного агентства Bank of Models!.....», «Пятница restobar- 1 год! Сегодня собираем Всех друзей!...», «Специальная вечеринка: Караоке МОНИКИ в гостях у Пятницы...» с номеров RESTOFRIDAY, MONICABAR, ZZZED, без предварительного согласия абонента на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе не выдавать в связи с устранением выявленных нарушений.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке,

предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

(-----)

Члены Комиссии

(-----)

(-----)