РЕШЕНИЕ

по делу № 14-03-18-02/453

28 октября 2014 г. г. Волгоград

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии - заместитель руководителя Управления – Никуйко Ирина Борисовна,

Члены Комиссии
- заместитель начальника отдела – Алимова Елена Владимировна,
- государственный инспектор – Кузнецова Дарья Александровна,
- специалист 1 разряда – Донцов Дмитрий Александрович,

рассмотрев дело № 14-03-18-02/453 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ РФ от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (ФЗ «О рекламе»), возбуждённое в отношении ЗАО «Астрахань - GSM», ООО «Прометей»,

лица, участвующие в деле не явились, извещены,

УСТАНОВИЛА:

Территориальный антимонопольный орган Федеральной антимонопольной службы, осуществляющий надзор за соблюдением законодательства о рекламе, руководствуется в своей деятельности Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006г. № 508 (Правила).

В соответствии с п. 12 Правил дело может быть возбуждено Федеральной антимонопольной службой или ее территориальными органами по собственной инициативе при выявлении фактов, указывающих на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также по представлению прокурора, обращению органа государственной власти или органа местного самоуправления, заявлению физического или юридического лица.

Правилами рассмотрения антимонопольными органами дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (утверждены постановлением Правительства РФ от 17.08.2006г. № 508) предусмотрено, что в случае распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, только на территории, подведомственной одному территориальному органу Федеральной антимонопольной службы, дела возбуждаются и рассматриваются по месту распространения такой рекламы.

Определением от 18.08.2014 г. на основании поступившего заявления было возбуждено производство по делу № 14-03-18-02/453 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» в отношении ЗАО «Астрахань - GSM».

В адрес антимонопольного органа поступило обращение физического лица – гр. П. с жалобой на рассылку смс-сообщений (рекламы) без согласия абонен

Заявитель проживает в Волгоградской области. Т.О., рассмотрение дела № 14-03-18-02/453 подведомственно Волгоградскому УФАС России.

Гражданин утверждает, что согласия на получение рекламных рассылок от указанной в смс-сообщении компании не оформляли.

Согласно п.1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» реклама – это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемое смс-сообщение является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы, установленным подп. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

Рекламная информация была адресована неопределенному кругу лиц-пользователей связи, что делает информацию неперсонифицированной, при этом невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования.

В соответствии с ч. 1 ст. 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.

Согласно письма ОАО «Мегафон» (вх. № 5313 от 24.06.2014г.) данное смс-сообщение, полученное абонентом, было отправлено через смс-центр +79023700113, принадлежащий другому оператору связи, а именно (согласно данных базы данных сотовых операторов связи в сети Интернет) – ОАО «СМАРТС».

ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором, которому в соответствии с решением Федерального Агентства связи выделен ресурс нумерации 3700000-3799999.

Координирующий оператор в письме за вх. № 5516 от 01.07.2014г. указало, что номер сервисного центра, с которого была осуществлена отправка смс – сообщения закреплен за ЗАО «Астрахань-GSM» (414000, Астраханская обл., г.Астрахань, …).

18.09.2014 г. Комиссией Волгоградского УФАС России были рассмотрены объяснения (вх. № 7959 от 12.09.2014 г.) ЗАО «Астрахань-GSM». Так, Общество пояснило, что в ходе проведенной им проверки было установлено, что смс-сообщение с текстом «*Опустели карманы? Не жди зарплаты! ООО «Нано-Финанс» 88001008862*» на абонентский номер <...> …. 27.05.2014 г. в 09 часов 84 минут отправлено с номера +79083689099 с смс-центра с номером +79023700113 его партнером ООО «Прометей».

Согласно условиям (п. 1.1.4) договора № 06-02-02/184 от 26.08.2013 г., заключенного с ООО «Прометей», последнему выделены GT номера, в т.ч. +79023700113. В соответствии с п. 2.1.1 данного договора, ООО «Прометей» самостоятельно обеспечивает своим клиентам беспроводной доступ к своему Шлюзу с целью инициализации входящего трафика. Механизм получения согласия и формирования абонентской базы ЗАО «Астрахань-GSM» не известен.

В силу п. 1.1. договора № 06-02-02/184 от 26.08.2013г. ЗАО «Астрахань-GSM» обеспечивает ООО «Прометей» услуги доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений. Именно ООО «Прометей» обязалось осуществлять рассылку смс-сообщений в соответствии с законодательством РФ.

ООО «Нано-Финанс» в своем письме от 22.09.2014г. № 555 подтвердило, что рекламораспространителем сообщения с текстом «*Опустели карманы? Не жди зарплаты! ООО «Нано-Финанс» 88001008862*» является ООО «Прометей» (ОГРН …, адрес места нахождения: 414024, г. Астрахань, …).

Между ООО «Нано-Финанс» и ООО «Прометей» 26.07.2013 был заключен Договор возмездного оказания услуг № 376 на распространение рекламы об оказываемых услугах ООО «Нано-Финанс» посредством смс-сообщений. Согласно п.п. 3.1.2 Договора № 376 от 26.07.2013, за Исполнителем (ООО «Прометей») закреплена обязанность обеспечить распространение рекламы в порядке и на условиях, соответствующих требованиям законодательства РФ, при использовании базы данных абонентов, находящихся в распоряжении Исполнителя.

В разделе 4 «Ответственность сторон» соглашения сторон содержатся следующие положения:

- Заказчик не несет ответственность за порядок размещения и распространения рекламной информации посредством рассылки сообщений абонентам Исполнителя. Исполнитель гарантирует, что рассылка будет осуществлена в соответствии с требованиями законодательства РФ, регулирующими порядок распространения рекламы подобного рода;

В соответствии с условиями вышеуказанного договора в обязанности Исполнителя (ООО «Прометей») входило осуществление рассылки смс-сообщений в соответствии с требованиями законодательства РФ, регулирующими порядок распространения рекламы подобного рода.

Согласование текста рекламного смс-сообщения для осуществления смс-рассылки по вышеуказанному договору происходило по электронной почте (переписка приобщена к материалам дела). Рассылка смс-сообщения с указанным текстом, как указало ООО «Нано-Финанс», производится с 13.03.2014 по настоящее время, что подтверждается высылаемой электронной перепиской о согласовании текста смс-сообщения.

Рекламопроизводитель (лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму) несёт ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине (ч. 8 ст. 38 ФЗ «О рекламе»).

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе»).

Исследовав условия названных договоров, взаимоотношения между лицами, участвующими в деле, Комиссия Волгоградского УФАС России приходит к выводу о том, что в цепочке рассматриваемых взаимоотношений ООО «Нано-Финанс» является рекламодателем, под которым в силу пункта 5 статьи 3 Закона о рекламе понимается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо, а ООО «Прометей» - рекламораспространителем.

Последнее обязано было соблюдать требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

ЗАО «Астрахань-GSM», через номерную ёмкость которого осуществлялась смс-рассылка, не имело возможности вмешиваться в распространение смс-рекламы, рекламораспространителем в рассматриваемой ситуации не является. Т.О., с учётом положений, закрепленных сторонами в договоре № 06-02-02/184 от 26.08.2013 г., признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» в действиях ЗАО «Астрахань - GSM» не подтвердились.

От ООО «Прометей» заявлений, ходатайств, объяснений в адрес Комиссии Волгоградского УФАС России не поступило.

В адрес ООО «Прометей» (г. Астрахань, … /является согласно данных ЕГРЮЛ юридическим адресом/, а также дополнительно по адресу, указанному ООО «Нано-Финанс») направлялось определение: от 19.09.2014г. за исх. № 02-8/5937. Однако корреспонденция была возвращена ФГУП «Почта России» с указанием причины возврата «Отсутствие адресата по адресу».

Согласно ч. 4 ст. 121 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (АПК РФ) место нахождения организации определяется местом ее государственной регистрации, если в соответствии с федеральным законом в учредительных документах не установлено иное.

В силу ч. 2-3 ст. 54 Гражданского кодекса Российской Федерации место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации на территории Российской Федерации путем указания наименования населенного пункта (муниципального образования). Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа - иного органа или лица, уполномоченных выступать от имени юридического лица в силу закона, иного правового акта или учредительного документа.

В едином государственном реестре юридических лиц должен быть указан адрес юридического лица.

Юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений (статья 165.1 ГК РФ), доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц,

считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

С учётом изложенного Комиссия Волгоградского УФАС России, считает, что предпринятые Управлением способы извещения лица, участвующего в деле, о дате и времени рассмотрения дела (направление по юридическому адресу, по адресу, указанному в договоре, определений о назначении времени и места рассмотрения дела) являются надлежащими.

При таких обстоятельствах, невозможность рассмотрения дела в отсутствие ООО «Прометей» из материалов дела не усматривается, рассмотрение дела № 14-03-21-02/453 без участия представителей указанного хозяйствующего субъекта соответствует требованиям п. 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Абонент, согласно п. 1 ст. 2 ФЗ «О связи», - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, абонент выступает «пассивной» стороной отношений по передаче информации, он выступает получателем, но не отправителем сообщений.

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

При этом в ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата.

Только в случае, если поставщик услуг связи при заключении договора с абонентом получил согласие последнего на получение любой рекламной информации, то такое согласие может рассматриваться как предварительное согласие абонента на получение рекламы, предусмотренное частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В материалы дела такого согласия абонента Волгоградскому УФАС России представлено не было.

В соответствии с п.4 ст.3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Нарушение рекламодателями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе в силу ч.4 ст. 38 ФЗ «О рекламе» влечёт за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с п. 7 ст. 38 ФЗ РФ «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ о рекламе.

Согласно ч. 3 ст. 36 ФЗ «О рекламе» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдается на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей и должно содержать указание о прекращении ее распространения.

Рассматриваемая реклама от 89083689099 следующего содержания: «*Опустели карманы? Не жди зарплаты! ООО «Нано-финанс» 88001008862*», поступившая 27

Руководствуясь п. 1 ч. 2 ст.33, ч. 1 ст.36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу от 89083689099: «Опустели карманы? Не жди зарплаты! ООО «Нано-финанс» 88001008862», поступившую 27.05.2014г. в 09:48 посредством смс-сообщения на абонентский номер Заявителя +7927…(г. Волгоград), ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Прометей» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дел об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Резолютивная часть решения оглашена 16 октября 2014г. Решение изготовлено в полном объеме 28 октября 2014г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.