

РЕШЕНИЕ

по делу № 317/2014-Р

«06» ноября 2014г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Рязанской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, в составе: <...>, рассмотрев дело № 317/2014-Р, выделенное в отдельное производство из дела № 198/2014-Р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламных смс-сообщений компании «Нано-Финанс» без предварительного согласия абонента,

в отсутствии: законного представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе (рекламораспространителя) – ООО «Прометей» (по сведениям официального сайта www.russianpost.ru почтовое отправление № 39097176390150 вручено 14.10.2014г.), заявителя – <...> (по сведениям официального сайта www.russianpost.ru почтовое отправление № 39097176389895 вручено 14.10.2014г.),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России 03.04.2014г. вх. №1319 с ЕПГУ поступило заявление <...> (№59002193 от 03.04.2014г.) о том, что на его мобильный номер <...> поступили следующие смс-сообщения:

-27.01.2014г. в 09:01 «Нужны ДЕНЬГИ? - Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862» от отправителя +79023787713;

-28.02.2014г. в 12:42 «Нужны ДЕНЬГИ? - Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862» от отправителя +79083689060.

Из заявления <...> следует, что согласия на получение рекламы он не давал.

Направленная путем смс-сообщения информация является рекламой, так как, соответствует критериям рекламы, указанным в статье 3 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Реклама имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования и способствовала его продвижению.

Поскольку рекламные смс-сообщения распространялись в интересах ООО «Нано-Финанс», для установления рекламораспространителя Рязанским УФАС России 08.04.2014г. (исх. № 1241) был направлен запрос в адрес ООО «Нано-Финанс» о необходимости представить информацию об отправителе указанных смс-сообщений.

ООО «Нано-Финанс» в своем ответе на запрос сообщило, что общество не осуществляет самостоятельно рассылку рекламных смс-сообщений, а привлекает для этого третьих лиц, заключая договор о возмездном оказании услуг по распространению смс-сообщений.

Рекламораспространителем сообщений с текстом: «Нужны ДЕНЬГИ? - Бери в ООО

«Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862» является ООО «Прометей» (ИНН 3025008254).

Между ООО «Нано-Финанс» и ООО «Прометей» 26.07.2013г. был заключен договор возмездного оказания услуг № 376 на распространение рекламы об оказываемых услугах ООО «Нано-Финанс» посредством смс-сообщений. По данному договору ООО «Нано-Финанс» являлось только рекламодателем в отношении рекламы, распространяемой ООО «Прометей» посредством смс-сообщений.

Согласно пункту 3.1.2 договора № 376 от 26.07.2013г. за ООО «Прометей» закреплена обязанность обеспечить распространение рекламы в порядке и на условиях, соответствующих требованиям законодательства РФ, при использовании базы данных абонентов, находящихся в распоряжении ООО «Прометей».

В соответствии с пунктом 4.1 договора ООО «Прометей» (Исполнитель) гарантирует ООО «Нано-Финанс» (Заказчику), что на законных основаниях владеет базой данных абонентов, которым будут рассылаться сообщения и при реализации положений настоящего договора права абонентов на получение рекламной информации не будут нарушены.

В соответствии с пунктом 4.2 договора ООО «Прометей» (Исполнитель) гарантирует, что ООО «Нано-Финанс» (Заказчик) ни при каких условиях не будет привлечен к выплатам компенсаций в пользу третьих лиц в связи с нарушением требований законодательства РФ по распространению рекламы в рамках настоящего договора.

Таким образом, по договору № 376 от 26.07.2013г., заключенному ООО «Нано Финанс» с ООО «Прометей» рекламораспространителем является ООО «Прометей».

Определением о возбуждении дела № 198/2014-Р от 03.06.2014г. (исх. № 2316) у ООО «Прометей» были затребованы документы и сведения, необходимые для рассмотрения дела, в том числе мотивированное объяснение по факту предъявленного нарушения.

В указанный в определении срок, а также на дату рассмотрения дела – 03.07.2014г. в Комиссию не поступило необходимых документов.

Кроме того, у Комиссии отсутствуют сведения о своевременном извещении общества о времени и месте рассмотрения дела.

Определением об отложении рассмотрение дела № 198/2014-Р дела было назначено на 06.08.2014г.

В указанный в определении срок – до 04.08.2014г., а также на дату рассмотрения дела – 06.08.2014г. в Комиссию не поступило затребованных документов.

Законный представитель ООО «Прометей» на рассмотрение дела не явился. Уведомление о вручении почтового отправления, направленного в адрес ООО «Прометей» не поступило в Рязанское УФАС России. Таким образом, на дату рассмотрения дела у Комиссии отсутствовали сведения о своевременном извещении общества о времени и месте рассмотрения дела.

Определением об отложении дела №198/2014-Р (исх.3292 от 08.08.2014г.) у ООО «Прометей» были запрошены необходимые документы и сведения, а также мотивированное письменное объяснение по факту предъявленного нарушения.

Из документов, представленных ООО «Прометей» (вх.4062э от 28.08.2014г.) следует, что рекламодателем является ИП Павлов В.М. ООО «Прометей» предоставляет программное обеспечение для рассылки смс-сообщений. Заказчики сами определяют текст для рассылки и абонентов, которым направляются смс-сообщения. По договору № 2606/2014 от 26 июня 2014г. ООО «Прометей» не несет ответственность за рассылку. Всю ответственность заказчик (ИП Павлов В.М.) берет на себя.

В соответствии с пунктом 1.1 договора № 2606/2014 от 26 июня 2014г. исполнитель (ООО «Прометей») оказывает за плату заказчику (ИП Павлову В.М.) услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений в течение определенного периода.

Определением о выделении дела № 317/2014-Р в отдельное производство ИП Павлов В.М. привлечен к участию в рассмотрении дела в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Определением о выделении дела № 317/2014-Р в отдельное производство у ИП Павлова В.М. были затребованы документы и сведения, необходимые для рассмотрения дела, в том числе мотивированное объяснение по факту предъявленного нарушения.

В указанный в определении срок, а также на дату рассмотрения дела в Комиссию не поступило необходимой информации от ИП Павлова В.М.

В ходе рассмотрения дела – 06.10.2014г. Комиссия установила, что, представленный ООО «Прометей» договор № 2606/2014 заключен с ИП Павловым В.М. 26 июня 2014г. Рекламные смс-сообщения поступили на телефонный номер <...> 27.01.2014г. и 28.02.2014г., т.е ИП Павлов В.М. не имел возможности направить смс-рекламу <...>, так как договор во время их направления не был заключен с ООО «Прометей», поскольку у ИП Павлова В.М. отсутствовала техническая возможность их направления.

Таким образом, ООО «Прометей» 28.08.2014г. (вх. 4062э) представило в Комиссию не соответствующую информацию относительно отправителя рекламных сообщений.

Также 08.10.2014г. от ИП Павлова В.М. поступило пояснение по делу, из которого следует, что дата заключения, предоставленного ООО «Прометей» скан-копии договора № 2606/2014 – 26.06.2014г., в то время как факт отправки смс-сообщений <...> – 27.01.2014г. и 28.02.2014г. В предоставленном ООО «Прометей» договоре не содержится условия о том, что отношения, согласованные в рамках договора № 2606/2014 распространяются на отношения, возникшие до даты заключения данного договора. Таким образом, ИП Павлов В.М. физически не имел возможности являться рекламодателем. Представленный ООО «Прометей» договор не подтверждает наличия фактических договорных отношений между ООО

«Прометей» и ИП Павловым В.М. и не является надлежащим доказательством распространения последним рекламных сообщений. Отсутствие договорных отношений между сторонами подтверждает отсутствие у ООО «Прометей» документов, подтверждающих факт оказания услуг ИП Павлову В.М., в частности, в соответствии с пунктом 3.1.2. договора № 2606/2014 от 26.06.2014г. Исполнитель обязан не позднее 5 (пяти) календарных дней с момента оказания услуги предоставлять Заказчику счет на оплату, счет фактуру и акт об оказании услуг. Ни одного акта выполненных работ, либо счета на оплату, либо счета фактуры в адрес ИП Павлова В.М. не поступало. ООО «Прометей» в Комиссию не предоставлены доказательства направления указанных документов в адрес ИП Павлова В.М. Помимо этого, согласно пункту 3.2.1. договора Заказчик обязан в течение 3 (трех) банковских дней с момента получения очередного счета, выставленного Исполнителем, произвести оплату предоставленных услуг в соответствии с действующими тарифами. Каких-либо претензий о просрочке оплаты или о неоплате услуг Исполнителя в адрес Заказчика не поступало. Поскольку ИП Павлов В.М. не являлся рекламодателем в указанный период и не имел договорных отношений с ООО «Нано-Финанс» и ООО «Прометей», а также поскольку ООО «Прометей» не были представлены иные договоры, подтверждающие договорные отношения с иными рекламодателями, ИП Павлов В.М. считает, что, вероятно, рекламодателем вышеуказанных смс-сообщений является ООО «Прометей».

Учитывая объяснения ИП Павлова В.М., а также наличие договорных отношений между ООО «Нано-Финанс» и ООО «Прометей» Комиссия установила, необходимость замены ненадлежащего лица – ИП Павлова В.М., надлежащим – ООО «Прометей».

Определением об отложении (исх. 4578 от 08.10.2014г.) рассмотрение дела № 317/2014-Р было назначено на 06.11.2014г.

Указанным определением у ООО «Прометей» были затребованы следующие документы и сведения:

- Копии учредительных документов ООО «Прометей»;
- Копию приказа о назначении директора (руководителя) ООО «Прометей»;
- Копию бухгалтерской отчетности за последний отчетный период;
- Согласованный с рекламодателем (ООО «Нано-Финанс») текст рекламного сообщения, полученного <...>;
- Согласие <...> на получение рекламных смс-сообщений от ООО «Прометей»;
- Мотивированное письменное объяснение по факту нарушения.

В соответствии с определением об отложении рассмотрения дела № 317/2014-Р ООО «Прометей» сообщило, что не является рекламодателем, а также представило договор № 2407/2013 от 01.09.2013г., заключенный с ИП Мишкоровым А.С. (ОГРНИП 313533106000010) предметом которого является услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке sms-сообщений. Из объяснений ООО «Прометей» следует, что заказчики сами определяют текст для

рассылки и абонентов, которым посылаются смс-сообщения. ООО «Прометей» по договору № 2407/2013 от 01.09.2013г. не несет ответственность за рассылку.

Рассмотрев все представленные в материалы дела № 317/2014-Р документы и сведения, Комиссия 06.11.2014г. пришла к следующим выводам.

Направленная путем смс-сообщения информация является рекламой, так как, соответствует критериям рекламы, указанным в статье 3 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Реклама имела цель сформировать и поддержать интерес к объекту рекламирования и способствовала его продвижению.

В силу 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

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

Согласно статье 2 Федерального закона «О связи», абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

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, но не отправителями, сообщений.

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

При этом в части 1 статьи 18 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.

При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Согласно пункту 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определено, что рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В рамках договора возмездного оказания услуг № 376 от 26.07.2013г. ООО «Прометей» (Исполнитель) обязалось обеспечить распространение рекламы в порядке и на условиях, соответствующих требованиям законодательства РФ, при использовании базы абонентов, находящихся в распоряжении Исполнителя (пункт 3.1.2. договора).

В соответствии с пунктом 1.3. договора для sms-рассылки используется только текст сообщений, согласованный с Заказчиком. Заказчиком по договору возмездного оказания услуг № 376 от 26.07.2013г. является ООО «Нано Финанс».

В соответствии с пунктом 4.1. договора возмездного оказания услуг № 376 от 26.07.2013г. Исполнитель гарантирует Заказчику (ООО «Нано Финанс»), что на законных основаниях владеет базой данных абонентов, которым будут рассылаться сообщения и при реализации положений настоящего договора права абонентов на получение рекламной информации не будут нарушены.

Таким образом, ООО «Прометей» (ИНН 3025008254, ОГРН 1133025002230, юридический адрес: 414040, г. Астрахань, ул. Победы, д. 41, офис 47) является рекламодателем, осуществившим распространение рекламы на телефонный номер <...>, принадлежащий <...> без получения от него предварительного согласия на рекламную рассылку.

Для распространения какой информации ООО «Прометей» предоставило доступ к программному приложению ИП Мишурову А.С. в материалы дела не представлено. Доказательств отправки ИП Мишуровым А.С. рассматриваемой рекламы в материалы дела ООО «Прометей» не представило.

Договор на распространение смс-рекламы у ООО «Нано-Финанс» заключен с ООО «Прометей».

Полученный <...> текст рекламного сообщения ООО «Нано Финанс» согласовывало с ООО «Прометей». Электронная переписка, представленная ООО «Нано Финанс» подтверждает данное обстоятельство.

Доступ к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс сообщений ООО «Прометей» предоставило ЗАО «Астрахань-GSM» в рамках договора № 06-02-02/184 от 26.08.2013г.

Таким образом, ООО «Прометей» 27.01.2014г. и 28.02.2014г. распространяло рекламные смс-сообщения в рамках договора, заключенного с ООО «Нано-Финанс».

Осуществляя деятельность по распространению рекламы, ООО «Прометей» обязано знать и выполнять требования ФЗ «О рекламе», в соответствии с которым установлено требование получения предварительного согласия абонента.

При заключении договора возмездного оказания услуг № 376 от 26.07.2013г. между ООО «Прометей» и ООО «Нано Финанс» пунктом 4.11. Исполнитель подтвердил, что осведомлен о требованиях Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», в том числе касающихся запретов, специальных требований и ограничений на распространение подобной рекламы.

ООО «Прометей» не предприняло никаких действий по соблюдению обязанностей возложенных пунктом 4.1. договора возмездного оказания услуг № 376 от 26.07.2013г., заключенного с ООО «Нано-Финанс», в результате чего <...> были получены рекламные смс-сообщения с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

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: *«Нужны ДЕНЬГИ? - Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862»*, распространяемую ООО «Прометей» посредством сотовой связи на телефонный номер <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «Прометей» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Рязанского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 11 ноября 2014г.

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

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«11» ноября 2014 года

Комиссия Рязанского УФАС России по рассмотрению дела по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе: <...>,

на основании своего решения от 11 ноября 2014 года по делу № 317/2014-Р о признании ненадлежащей рекламы *«Нужны ДЕНЬГИ? - Бери в ООО «Нано-Финанс»! Вернем часть %! 88001008862»*, распространяемой ООО «Прометей» посредством сотовой связи на телефонный номер <...>, и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил

рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Прометей» в пятидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства РФ о рекламе, а именно, распространение ненадлежащей рекламы на телефонный номер <...>, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «Прометей» представить в Рязанское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания до 01 декабря 2014 года.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Рязанское УФАС России вправе в соответствии с п. 2.4 ст. 19.5 КоАП РФ наложить административный штраф на должностных лиц 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.