РЕШЕНИЕ

по делу № 14-03-18-02/85

30 апреля 2014г. 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 контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Алимова Елена Владимировна,

- государственный инспектор отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Демичева Ксения Александровна,

рассмотрев дело № 14-03-18-02/85 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ РФ от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (ФЗ «О рекламе»), возбуждённое в отношении ООО «Мобильные медиа ресурсы»,

с участием представителя от ОАО «МТС» … (доверенность от 06.05.2013г.), иные лица не явились, извещены,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Волгоградского УФАС России поступило обращение физического лица с жалобой на рассылку смс-сообщений, содержащих рекламу без согласия абонента (вх. № 6351).

Заявитель (номер телефона которого …) указал, что им было получено 29.04.2013г. в 12:08 от «2000» смс-сообщение следующего содержания: «Деньги! Потребит. Кредит под залог ПТС на авто всех категорий. Звоните: 88001005100 Банк «Первомайский» (ЗАО), Ген.лиц. ЦБ РФ 518 от 03.08.2012».

Гражданин утверждает, что согласия на получение рекламных рассылок от указанной в смс-сообщении компании не оформлял. Кроме того, гр. … указал, что не состоял в договорных отношениях с ЗАО «Банк Первомайский».

Впоследствии гр. … были предоставлены: - детализированная выписка от оператора связи, подтверждающая поступление SMS-сообщения рекламного характера; - доказательства, подтверждающие факт получения SMS-рекламы на телефонный номер (фотографии экрана мобильного телефона с указанием текста

рекламы и информации об отправителе, дата и время получения смс-сообщения), - согласие на обработку персональных данных.

По результатам рассмотрения обращения физического лица антимонопольным органом было возбуждено дело № 14-03-18-02/85 в отношении ООО «Мобильные медиа ресурсы».

Изучив имеющиеся материалы дела, выслушав доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия Волгоградского УФАС России установила следующее.

ЗАО Банк «Первомайский» в письме от 14.01.2014г. за исх. № 413 сообщило, что рассылка рекламного сообщения следующего содержания: «Деньги! Потребит. Кредит под залог ПТС на авто всех категорий. Звоните: 88001005100 Банк «Первомайский» (ЗАО). Ген. Лиц. ЦБ РФ 518 от 03.08.2012» осуществлялась ООО «Мобильные медиа ресурсы» на основании договора об оказании услуг распространения мобильной рекламы № МР-53/12 от 04.06.2012 г.

Рекламная кампания с таким текстом проводилась в период с 23 апреля по 30 апреля 2013г. среди абонентов сотовой сети «МТС», в том числе проживающих в г.Волгоград, г.Волжский, г.Михайловка (Волгоградская область) на основании заказа Банка «Первомайский» (ЗАО) № 7 от 19.04.2013 г.

Согласно п.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.

Признавая рассматриваемое смс-сообщение рекламой, Комиссия Волгоградского УФАС России исходит также из условий заключенного договора, регулирующего правоотношения сторон во поводу распространения рекламы Банка «Первомайский» (см. договор № МР-53/12 от 04.06.2012г. между ООО «Мобильные медиа ресурсы» и ЗАО Банк «Первомайский», и приложения к нему).

В частности, в п. 1.1 договора закреплено, что Исполнитель (ООО «Мобильные медиа ресурсы») обязуется по заданию Заказчика оказать услуги по организации распространения мобильной рекламы. При этом сторонами определены цели рекламной кампании, сроки рассылок, сроки предоставления отчета о рассылках.

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 п. 35 ст. 2 Федерального закона РФ от 07.07.2003 № 126-ФЗ "О связи" под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

В части 1 ст. 18 приводится определенный перечень видов электросвязи, на распространение рекламы посредством которых распространяются положения комментируемой части, - телефонная, факсимильная, подвижная радиотелефонная связь, однако данный перечень не является закрытым.

SMS (от английского Shot Message Service - служба коротких сообщений) представляет собой технологию, позволяющую осуществить прием и передачу коротких текстовых сообщений на мобильные телефоны.

Поскольку технология sms предполагает использование электросвязи, распространение рекламы при помощи данной технологии регулируется статьей 18 ФЗ «О рекламе».

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

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.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона РФ от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которой 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.

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.

Пункт 2.1.5. договора № МР-53/12 от 04.06.2012г., заключенного между ООО «Мобильные медиа ресурсы» и ЗАО Банк «Первомайский», и пункт 2.1. Приложения

№ 1 к договору от 04.06.2012 г. предусматривает, что Исполнитель (ООО «Мобильные медиа ресурсы») гарантирует получение оператором связи согласия абонентов на получение рекламы Заказчика. Материалы для размещения передавались Исполнителю непосредственно Банком (см. п. 1.3, п. 2.1.1. договора).

Заявитель - … является абонентом ОАО «МТС». Последнее в письме от 14.01.2014г. за исх. № Юг10/0002и сообщило, что рассматриваемое смс-сообщение, поступившее 29.04.2013г. на номер … не является рекламой от компании «МТС». ОАО «МТС» указало, что как оператор связи, соблюдая требования отраслевого законодательства, обеспечивает своим абонентам возможность принимать голосовую и не голосовую информацию, передавая по своей сети подвижной связи любые звонки и смс-сообщения.

Представитель ОАО «МТС» устно пояснил на заседании Комиссии Волгоградского УФАС России, состоявшемся 26 марта 2014г., что в договорных или иных партнерских отношениях с ООО «Мобильные медиа ресурсы» оператор связи не состоял и не состоит. Также, отвечая на вопросы членов Комиссии, представитель ОАО «МТС» указал, что Правилами оказания услуг связи «МТС» регулируются взаимоотношения между ОАО «МТС» и абонентом. Выражая свое согласие на получение рекламы, с учетом положений п. 7.6. Правил оказания услуг связи, абонент выражает свое согласие только на получение рекламы от самого оператора связи, но не третьих лиц.

Дополнительно в письме от 16.04.2014г. за исх. № Юг10/0055и оператор связи подтвердил, что ОАО «МТС» не состоит в договорных отношениях с ООО «Мобильные медиа ресурсы», переговоров, переписки между данными хозяйствующими субъектами не велось.

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

С учётом изложенного в качестве рекламораспространителя в рассматриваемой ситуации выступило ООО «Мобильные медиа ресурсы». ЗАО Банк «Первомайский», исходя из имеющейся информации, является заказчиком – рекламодателем, а также рекламопроизводителем.

ООО «Мобильные медиа ресурсы» (ОГРН …) согласно данным, полученным из ЕГРЮЛ, имеет место нахождения в г. Москве, ул.Никольская, 17,стр. 2, эт. 4; пом. I; ком. 16. По данному адресу, а также по адресу, указанному в договоре № МР-53/12 от 04.06.2012г., заключенном с ЗАО Банк «Первомайский» (г. Москва, Хлебозаводский проезд, дом №7, стр. 9,эт. 9пом. XVI, комн. 2) направлялись определения с указанием времени и места рассмотрения дела (исх. № 02-8/1003 от 28.02.2014г., № 02-8/1621 от 26.03.2014г.). Объяснений, ходатайств, заявлений от Общества в адрес Комиссии Волгоградского УФАС России не поступило.

В соответствии с п. 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации (утверждены постановлением Правительства РФ № 508 от 17.08.2006г., далее Правила) о рекламе рассмотрение дела в отсутствие сторон возможно лишь в случаях, если имеются данные об их своевременном извещении о месте и времени рассмотрения дела и если от них не поступило мотивированное ходатайство об

отложении рассмотрения дела или указанное ходатайство не удовлетворено антимонопольным органом.

В силу с ч. 4 ст. 121 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 ст. 54 ГК РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации. 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, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности.

В силу статьи 123 АПК РФ лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса считаются извещенными надлежащим образом, если к началу судебного заседания арбитражный суд располагает сведениями о получении адресатом направленной ему копии судебного акта. Лица, участвующие в деле и иные участники арбитражного процесса также считаются извещенными надлежащим образом арбитражным судом, если копия судебного акта, направленная арбитражным судом по последнему известному суду месту нахождения организации, месту жительства гражданина, не вручена в связи с отсутствием адресата по указанному адресу, о чем орган связи проинформировал арбитражный суд.

ООО «Мобильные медиа ресурсы» не предпринято мер о получении корреспонденции по юридическому адресу. По адресу г. Москва, Хлебозаводский проезд, дом №7, стр. 9,эт. 9пом. XVI, комн. 2 заказное письмо с уведомлением за исх. № 02-8/1621 от 26.03.2014г. было вручено 09.04.2014г. (почтовый идентификатор № 40097572926188).

Комиссия Волгоградского УФАС России, рассматривающее дело, считает, что предпринятые Управлением способы извещения о дате и времени рассмотрения дела являются надлежащими.

При таких обстоятельствах, учитывая, что ООО «Мобильные медиа ресурсы» было надлежащим образом извещено о времени и месте рассмотрения дела, и невозможность рассмотрения дела в отсутствие юридического лица из материалов дела не усматривается, рассмотрение дела № 14-03-18-02/85 без участия представителя ООО «Мобильные медиа ресурсы» соответствует требованиям п. 30 Правил.

В материалы дела рекламораспространителем не представлены подтверждения получения предварительного согласия абонента на получение рекламы Банка «Первомайский».

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

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

Материалы дела не содержат сведений о прекращении распространения ненадлежащей рекламы на абонентский номер заявителя. В связи с изложенным Комиссия Волгоградского УФАС России приходит к выводу о наличии оснований для выдачи ООО «Мобильные медиа ресурсы» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Рассматриваемая реклама от 2000: «Деньги! Потребит. Кредит под залог ПТС на авто всех категорий. Звоните: 88001005100 Банк «Первомайский» (ЗАО), Ген.лиц. ЦБ РФ 518 от 03.08.2012», поступившая 29.04.2013г. в 12:08 посредством смс-сообщения на абонентский номер … (г. Волгоград), является ненадлежащей, поскольку распространялась с нарушением требований, закрепленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Нарушение рекламодателями, рекламораспространителями, рекламопроизводителями 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 ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

Реклама от «2000» были получены гр. Демченко Д. И. 29 апреля 2013г. Т.О., на момент вынесения решения по делу № 14-03-18-02/85 срок давности привлечения к административной ответственности в отношении рекламораспространителя истёк.

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 2000: «Деньги! Потребит. Кредит под залог ПТС на авто всех категорий. Звоните: 88001005100 Банк «Первомайский» (ЗАО), Ген.лиц. ЦБ РФ 518 от 03.08.2012», поступившую 29.04.2013г. в 12:08 через смс-сообщение на абонентский номер Заявителя … (г. Волгоград), ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Мобильные медиа ресурсы» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе отсутствуют.

3. В связи с установлением обстоятельства, исключающего производство по делу об административном правонарушении, предусмотренного п. 6 ч. 1 ст. 24. 5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (истечение срока давности привлечения к административной ответственности),

материалы дела уполномоченному должностному лицу Волгоградского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении не передавать.

Резолютивная часть решения оглашена 16 апреля 2014г. Решение изготовлено в полном объеме 30 апреля 2014г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.