РЕШЕНИЕ

по делу № 14-03-18-02/467

28 ноября 2014 г. г. Волгоград

езолютивная часть решения оглашена 25 ноября 2014 г.

ешение изготовлено в полном объеме 28 ноября 2014 г.

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
- старший государственный инспектор – Демичева Ксения Александровна,
- государственный инспектор – Кузнецова Дарья Александровна,
- специалист первого разряда – Донцов Дмитрий Александрович

рассмотрев дело № 14-03-18-02/467 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 «СМАРТС» в Самарской области, с последующим привлечением ЗАО «Уфа-GSM» и ЗАО «ГрандТелеком» в качестве лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Лица, участвующее 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 (далее 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.

В Волгоградское УФАС России поступило обращение физического лица (вх. № 7325 от 26.08.2014 г.) с жалобой на рассылку смс-сообщений рекламного характера.

Так, заявитель указал, что 15.06.2014 г. в 14 часов 13 минут от +7-906-102-91-95 на его номер телефона +7-926-869-58-24 поступило смс-сообщение следующего содержания: «Часы – Breguet, Ulysse Nardin и другие бренды от 9 990 руб. До 15 июня еще и дарим подарки. Кто не успеет, мы не виноваты. vip-big.ru».

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

Оператором связи – ОАО «МегаФон», в ответ на запрос о предоставлении информации были предоставлены сведения (вх. Ф № 514 от 11.08.2014 г.) о том, что указанное рекламное сообщение было отправлено через смс-центр +7-902-370-81-98, который принадлежит оператору связи ОАО «СМАРТС» в Самарской области.

На основании имеющихся сведений, с учетом информации, предоставленной ОАО «МегаФон», Определением от 26.08.2014 г. в отношении ОАО «СМАРТС» в Самарской области было возбуждено производство по делу № 14-03-18-02/467 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе»

30.09.2014 г. из ФАС России в адрес Волгоградского УФАС России поступило письмо за вх. № 8454 о наделении полномочиями на возбуждение и рассмотрение дела по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» по факту распространения рекламы по сетям электросвязи *«Часы – Breguet, Ulysse Nardin и другие бренды от 9 990 руб. До 15 июня еще и дарим подарки. Кто не успеет, мы не виноваты. vip-big.ru».*

ОАО «СМАРТС» в Самарской области, в ответ на Определение о возбуждении дела, предоставило объяснения (вх. № 2779 эл. от 10.09.2014 г.) указывающие на то обстоятельство, что ОАО «СМАРТС» является координирующим оператором и согласно технической документации номер <...> -902-370-81-98 закреплен за смс-центром ЗАО «Уфа-GSM» (450044, г. Уфа, ул. Первомайская, 8 «А», тел. (347) 257-90-10, факс (370) 257-90-11).

На основании представленного ответа ОАО «СМАРТС» в Самарской области, Комиссией было принято решение о необходимости привлечения к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения рекламного законодательства – ЗАО «Уфа-GSM».

ЗАО «Уфа-GSM», в ответ на Определение об отложении дела № 14-03-18-02/467 (исх. № 02-8/6095 от 25.09.2014 г.), сообщил следующее:

Смс-рассылка на номер <...> -926-869-58-24 совершалась компанией ЗАО «ГрандТелеком», на основании договора № 10-01-212 от 15 октября 2013 г. (имеется

в материалах дела), на основании которого ЗАО «Гранд Телеком» самостоятельно проводит все необходимые действия, начиная с момента подготовки текста, его редактирования и заканчивая формированием списков абонентов.

Так, п. 3.2.3 указанного договора предусмотрено получение в обязательном порядке письменного согласия от Абонента на абонентский номер которого будет производиться отправка смс-сообщений с информацией Заказчика (ЗАО «ГрандТелеком»).

П. 3.2.5 договора обязывает Заказчика (ЗАО «ГрандТелеком») осуществлять рассылку смс-сообщений в соответствии с законодательством РФ.

Изучив материалы дела, Комиссия Волгоградского УФАС России, с учётом положений, закрепленных сторонами в договоре № 10-01-2012 от 15.10.2013 г., пришла к выводу о том, что признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» в действиях ООО «СМАРСТС» в Самарской области и ЗАО «Уфа - GSM» не подтвердились.

В Определении об отложении рассмотрения дела № 14-03-18-02/467 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе должностным лицом Волгоградского УФАС России была установлена обязанность ЗАО «ГрандТелеком» представить в адрес Комиссии Волгоградского УФАС России следующую информацию:

- письменные объяснения по факту, послужившему основанием для возбуждения дела;

- учредительные документы;

- доказательства получения согласия на получение рекламных смс-сообщений от абонента, номер которого +7-926-869-58-24;

- иную информацию, которую ЗАО «ГрандТелеком» считает необходимой для полного, всестороннего и объективного рассмотрения дела.

Данное определение было направлено на юридический адрес ЗАО «ГрандТелеком» (129085, г. Москва, ул. Бочкова, д. 6, корпус 1) почтовым отправлением с уведомлением о вручении, однако отправление адресатом получено не было (Уникальный почтовый идентификатор: 40097578220747).

Исследовав имеющиеся материалы дела, Комиссия Волгоградского УФАС России установила следующее

Согласно п.п. 1 ст. 3 Федерального закона РФ № 38-ФЗ от 13.03.2006 г. «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»:

- информация распространена в форме смс-сообщения по сетям электросвязи, посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

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.

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

- информация была адресована неопределенному кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку 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.

Информация, представленная в полученном заявителем смс-сообщении, не обращена к конкретному потребителю, из текста смс-сообщения не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам,

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (подп. 2-3 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

Объектом рекламирования в рассматриваемом смс-сообщении выступают часы с брендом Breguet, Ulysse Nardin.

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.

В силу ч. 2 ст. 54 Гражданского кодекса Российской Федерации (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.

Согласно полученных антимонопольным органом в рамках рассмотрения дела № 14-03-18-02/467 сведений ЕГРЮЛ ООО «ГрандТелеком» имеет место нахождения по адресу: 129085, г. Москва, ул. Бочкова, д. 6, корпус 1.

С учётом изложенного Комиссия Волгоградского УФАС России, считает, что предпринятые Управлением способы извещения лица, участвующего в деле, о дате и времени рассмотрения дела являются надлежащими.

При таких обстоятельствах, невозможность рассмотрения дела в отсутствие ЗАО «ГрандТелеком» из материалов дела не усматривается, рассмотрение дела № 14-03-18-02/467 без участия представителей указанного хозяйствующего субъекта соответствует требованиям п. 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

С учетом вышеуказанных обстоятельств в рассматриваемом случае ЗАО «ГрандТелеком» выступило в качестве рекламораспространителя.

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 отправленная через смс-центр +7-902-370-81-98 следующего содержания: «Часы – Breguet, Ulysse Nardin и другие бренды от 9 990 руб. До 15 июня еще и дарим подарки. Кто не успеет, мы не виноваты. vip-big.ru», поступившая 15.06.2014 г. в 14 часов 13 минут посредством смс-сообщения на абонентский номер <...> -926-869-58-24, является ненадлежащей, поскольку распространялась с нарушением требований, закрепленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

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 +7-906-102-91-95: «Часы – Breguet, Ulysse Nardin и другие бренды от 9 990 руб. До 15 июня еще и дарим подарки. Кто не успеет, мы не виноваты. vip-big.ru», поступившую 15 июня 2014 г. в 14 часов 13 минут посредством смс-сообщения на абонентский номер Заявителя +7-926-869-58-24, ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «ГрандТелеком» 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.

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд Волгоградской области в течение трех месяцев со дня вынесения решения в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.