РЕШЕНИЕ

10.01.2019г.

г. Горно-Алтайск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

27 декабря 2018 года, рассмотрев дело № 15-Р/18 от 05.12.2018г., возбужденное в отношении ООО «Центр косметологии» (ИНН 7715483542, г. Москва, Сущевский вал, д. 16, строение 3) по факту распространения рекламного голосового сообщения: **«Здравствуйте! Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Уделите пару минут. Ближайшие 3 дня вы сможете в центре Москвы безопасно пройти комплексное обслуживание организма»** по сетям сотовой связи с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе»,

в отсутствии представителей:

заявителя – (уведомлен надлежащим образом);

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – ООО «Центр косметологии» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление физического лица (вх. № 3588 от 12.10.2018г.), являющегося абонентом оператора сотовой связи ПАО «Мегафон», о распространении рекламного голосового сообщения посредством сотовой связи, поступившего на мобильный телефон (абонентский номер <...> а именно: **«Здравствуйте! Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Уделите пару минут. Ближайшие 3 дня вы сможете в центре Москвы безопасно пройти комплексное обслуживание организма»** 10.10.2018г. в 15:40 часов с абонентского номера +79254907370.

По мнению заявителя, данное голосовое сообщение является рекламой. Заявитель считает, что вышеуказанными действиями распространитель голосового сообщения нарушил Закон «О рекламе», так как согласия на получение рекламы посредством сотовой связи он не давал.

В качестве подтверждения факта получения голосового сообщения заявителем представлена запись данного звонка со своего сотового телефона, подтверждающая факт получения абонентом вышеуказанного голосового сообщения.

По информации, представленной ПАО «Мегафон» (вх. № 3839 от 01.11.2018г.),

рассматриваемое голосовое сообщение поступило 10.10.2018 г. в 15:40 часов на абонентский номер с телефона +79254907370, закрепленного за ООО «Центр косметологии» (ИНН 7715483542, г. Москва, Сущевский вал, д. 16, строение 3) на основании договора на оказание услуг связи № 154013183 от 08.06.2018г.

Неотъемлемой частью данного договора являются условия оказания услуг связи Мегафон. Согласно пункту 14.10 и пункту 14.11 указанных условий, абонент (ООО «Центр косметологии») обязан не использовать услуги, оказываемые оператором (ПАО «Мегафон»), для противоправных действий и для проведения рекламных кампаний.

13.12.2018г. ООО «Центр косметологии» представило пояснения (вх. №4423), согласно которым, Общество не истребовало письменного согласия поскольку звонило не именно а осуществляло вызов абонента по номеру телефона.

ООО «Центр косметологии», согласно представленным пояснениям (вх. №4423 от 13.12.2018г.), использует телефонный аппарат и компьютерный аудиоплеер в качестве средств сообщения информации абоненту, при помощи которых в начале разговора с абонентом включается предупреждение о распространении информации перед ее доведением до абонента.

Кроме того, ООО «Центр косметологии» в представленных пояснениях (вх. №4423 от 13.12.2018г.) просит передать материалы дела №15-Р/18 от 05.12.2018г. по подведомственности в соответствующий территориальный орган ФАС России для рассмотрения данного дела по месту нахождения общества: г. Москва, Сущевский вал, д. 16, строение 3.

В соответствии с частями 1, 2 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай от 05.12.2018г. возбуждено дело № 15-Р/18 в отношении ООО «Центр косметологии» и назначено к рассмотрению на 27.12.2018г.

Данное определение было направлено и ООО «Центр косметологии» посредством электронной почты и заказным письмом.

К назначенному времени рассмотрения дела № 15-Р/18 от 05.12.2018г. заявитель и представитель ООО «Центр косметологии» на заседание не явились.

Согласно почтовому уведомлению 80084130046820 15.12.2018г. в 15:56 часов была неудачная попытка вручения почтовой корреспонденции с определением о возбуждении дела № 15-Р/18 от 05.12.2018г.

В силу п. 1 ст. 165.1 Гражданского Кодекса Российской Федерации заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю.

Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

Следовательно, на момент заседания Комиссии УФАС по РА заявитель был

надлежащим образом уведомлен о дате и времени рассмотрения дела.

Согласно части 9 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» рассмотрение антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, осуществляется в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

Порядок рассмотрения Федеральной антимонопольной службой и ее территориальными органами дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, устанавливают Правила рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе, утвержденные постановлением Правительства РФ от 17.08.2006г. № 508.

Согласно пункту 30 Правил, 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.

Комиссия УФАС по РА, руководствуясь пунктом 30 вышеуказанных Правил, приняла решение о рассмотрении дела в отсутствие заявителя и ответчика.

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее:

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38 - ФЗ «О рекламе» (далее - Закон 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.

Объектом рекламирования может быть 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.

Товар, согласно пункту 3 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как следует из статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» для целей данного Федерального закона используются следующие основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

- электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Соответственно, термин «реклама», примененный в части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ, предполагает значение,

отличающееся от общего определения, данного в статье 3 этого же Закона, а именно в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц. Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного (посредством абонентского номера или уникального кода идентификации) абонента, который ее получает.

В письме ФАС России от 20 июня 2018 г. № АД/45557/18 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Следовательно, полученное заявителем голосовое сообщение: **«Здравствуйте! Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Уделите пару минут. Ближайшие 3 дня вы сможете в центре Москвы безопасно пройти комплексное обслуживание организма»** является рекламой, так как оно неперсонифицировано, направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к предоставляемым ООО «Центр косметологии» услугам и продвижение этих услуг на рынке.

Признак рекламы – адресация неопределенному кругу лиц, в данном случае не является безусловным основанием для непризнания голосового сообщения рекламой, так как реклама, распространяемая посредством сотовой связи, подразумевает ее обращение конкретному абоненту.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-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 данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Частью 7 статьи 38 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение части 1 статьи 18 данного Федерального закона возложена на рекламораспространителя.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Документов, подтверждающих согласие на отправку рекламного голосового сообщения «**Здравствуйте! Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Уделите пару минут. Ближайшие 3 дня вы сможете в центре Москвы безопасно пройти комплексное обслуживание организма**», в адрес УФАС по РА ООО «Центр косметологии» не представлено.

Довод ООО «Центр косметологии» о включении предупреждения о распространении информации в начале разговора с абонентом, до доведения информации до абонента, не может быть принят по тем основаниям, что при распространении рекламной информации посредством радиотелефонной связи необходимо получение согласия абонента на распространение рекламы, что не соблюдено сотрудниками ООО «Центр косметологии» при разговоре с владельцем абонентского номера +, согласно аудиозаписи, представленной заявителем в УФАС по РА.

Резюмируя изложенное, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемого голосового сообщения является ООО «Центр косметологии» (ИНН 7715483542, г. Москва, Сущевский вал, д. 16, строение 3).

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признается ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

Комиссия УФАС по РА считает, что рассматриваемая реклама является ненадлежащей.

При решении вопроса о возможности выдачи предписания, Комиссия руководствовалась тем фактом, что предписание выдается с целью восстановления нарушенных прав заявителя, так как документы, подтверждающие факт исключения номера из списка для отправки голосовых сообщений ООО «Центр косметологии» не представлены.

Кроме того, в целях прекращения нарушения рекламного законодательства, Комиссия УФАС по РА приняла решение направить копию предписания в адрес ПАО «Мегафон» как лица, имеющего техническую возможность прекратить распространение ненадлежащей рекламы, путем включения абонентского номера в стоп-лист рассылки с абонентского номера отправителя +79254907370.

Руководствуясь частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 №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, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «**Здравствуйте! Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Уделите пару минут. Ближайшие 3 дня вы сможете в центре Москвы безопасно пройти комплексное обслуживание организма**», поступившую в 15:40 часов 10.10.2018г. с абонентского номера +79254907370 на мобильный номер без предварительного согласия абонента на получение рекламы, что противоречит ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006

№ 38-ФЗ «О рекламе»;

2. Выдать ООО «Центр косметологии» (ИНН 7715483542, г. Москва, Сущевский вал, д. 16, строение 3) предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства, а именно – прекратить распространение рекламного голосового сообщения по сетям электросвязи, без наличия предварительного согласия абонента () на получение рекламы.

3. Передать материалы дела в ответственное структурное подразделение Московского УФАС России для возбуждения административного производства, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ в отношении ООО «Центр косметологии», виновного в нарушении рекламного законодательства.

Решение антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд, в течение трех месяцев, в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.