

РЕШЕНИЕ

«02» февраля 2016 г.

г. Горно-Алтайск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе <...>,

21 января 2016 года, рассмотрев дело № 19-Р/15 от 26.10.2015г., возбужденное в отношении ООО «УК Центр» (ОГРН: 1085258008450, ИНН: 5258081412, юридический адрес: г.Санкт-Петербург, ул. Мебельная, д. 12, к.1, литер Б);

по факту распространения СМС-сообщения: **«Вы еще можете забрать свой подарок до 3 августа: серебряная бусина-шарм владельцам карты 585 GOLD в магазин на ул. Бабушкина, д.71.»**, 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 – <...>, проживающего по адресу: <...> (уведомлен надлежащим образом);

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

УСТАНОВИЛА:

В управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление физического лица <...> (вх. № 2366 от 25.08.2015), являющегося абонентом оператора сотовой связи ПАО «МТС», о распространении рекламного СМС-сообщения посредством сотовой связи с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» на мобильный телефон (абонентский номер <...>), а именно: **«Вы еще можете забрать свой подарок до 3 августа: серебряная бусина-шарм владельцам карты 585 GOLD в магазин на ул. Бабушкина, д.71.»**, поступившего от отправителя 585GOLD, через смс-центр: +79168960390, 01.08.2015г. в 12:00 часов.

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

В качестве подтверждения факта получения смс-рекламы заявителем представлен скриншот со своего сотового телефона, подтверждающий факт получения абонентом вышеуказанного смс-сообщения.

11.09.2015г. в адрес УФАС по РА от ПАО «МТС» поступила информация (вх. № 2501), согласно которой указанное сообщение поступило на номер абонента от ООО «СМС Сервисы» в рамках заключенного с ПАО «МТС» договора №D140754921 от 01.12.2014г.

20.10.2015г. в адрес УФАС по РА от ООО «СМС-Сервисы» поступила информация, согласно которой между ООО «СМС-Сервисы» (прежнее наименование ООО «Айфри») и ООО «БИФРИ» был заключен договор на оказание услуг № 0110/09-05 от 01.10.2009г., согласно условиям которого ООО «СМС Сервисы» приняло на себя обязательство по оказанию ООО «БИФРИ» услуг по обработке и передаче сообщений связи от оборудования ООО «БИФРИ» до смс-центра операторов с целью их последующей передачи абонентам.

В аналогичных договорных отношениях состоят ООО «БИФРИ» и ООО «АйДиджитал» (№0104/2014 от 01.04.2014г.). В свою очередь ООО «АйДиджитал» заключило договор №SMSD1010/14-09M3, согласно условиям которого ООО «АйДиджитал» приняло на себя обязательства по оказанию аналогичных услуг ООО «УК Центр».

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 26.10.2015г. возбуждено дело в отношении ООО «УК Центр» и назначено к рассмотрению на 16.11.2015г. Данное определение было направлено <...> и на адрес ООО «УК Центр» с уведомлением о вручении.

16.11.2015г. на рассмотрение дела № 19-Р/15 от 26.10.2015г. представитель ООО «УК Центр» не явился. Согласно официального сайта Почты России 07.11.2015г. была осуществлена неудачная попытка вручения почтовой корреспонденции №649000888069259, направленной на юридический адрес ООО «УК Центр».

16.11.2015г. определением дело № 19-Р/15 было отложено и назначено к рассмотрению на 22.12.2015г. Данное определение было направлено на адрес ООО «УК Центр» с уведомлением о вручении.

22.12.2015г. на рассмотрение дела № 19-Р/15 от 26.10.2015г. представитель ООО «УК Центр» не явился. Согласно официального сайта Почты России 11.12.2015г. почтовая корреспонденция № 64900091068454 с вышеназванным определением, направленная на юридический адрес ООО «УК Центр», была вручена адресату.

22.12.2015г. определением дело № 19-Р/15 было отложено и назначено к рассмотрению на 21.01.2016г. Данное определение было направлено на адрес ООО «УК Центр» с уведомлением о вручении.

Данные определения были размещены на официальном сайте УФАС по РА в сети Интернет, находящемся в общем доступе.

В соответствии со статьей 165.1 ГК РФ 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.

Согласно информации с официального сайта Почты России 31.12.2015г. была предпринята попытка вручения ООО «УК Центр» почтовой корреспонденции №64900092104649 с определением о времени и месте рассмотрения данного дела.

В силу ст. 165.1 ГК РФ ООО «УК Центр» надлежащим образом уведомлено о дате и времени рассмотрения дела о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе.

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.

На основании пункта 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе, утвержденных постановлением Правительства РФ от 17.08.2006г. №508, 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 связи с вышеизложенным, Комиссия, руководствуясь статьей 165.1 ГК РФ, п.30 вышеуказанных Правил, приняла решение о рассмотрении дела в отсутствие представителя ООО «УК Центр».

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее:

1. В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «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 пункте 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 05.04.2007г. № АЦ/4624 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. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Смс-сообщение: **«Вы еще можете забрать свой подарок до 3 августа: серебряная бусина-шарм владельцам карты 585 GOLD в магазин на ул. Бабушкина, д.71.»**, является рекламой, так как оно неперсонифицировано, направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к акции для владельцев карты 585 GOLD, что способствует продвижению данной акции и магазина на рынке.

2. В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №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.

ООО «УК Центр» не представило Комиссии УФАС по РА документы, свидетельствующие о получении у <...> согласия на получение рекламы. Таким образом, УФАС по РА считает, что согласие абонента получено не было, что свидетельствует о нарушении требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ.

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

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

В соответствии с п. 5.3 договора № 0110/09-05 от 01.10.2009г., заключенного между ООО «БИФРИ» и ООО «Айфри» (в настоящее время ООО «СМС-Сервисы»), ответственность за содержание смс-сообщений, в том числе перед государственными органами несет заказчик – ООО «БИФРИ».

В договоре №0104/2014 от 01.04.2014г., заключенном между ООО «БИФРИ» и ООО «АйДиджитал» прописан пункт 5.5, содержание которого аналогично п.5.3 договора № 0110/09-05 от 01.10.2009г.

В свою очередь в пункте 3.3 договора №SMSD1010/14-09M3 от 10.10.2014г., заключенного между ООО «АйДиджитал» и ООО «УК Центр», оговорено, что ООО «УК Центр» обязуется получить согласие абонентов, которым направляются сообщения в порядке и в форме, предусмотренной применимым законодательством.

На основании изложенного УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемой смс-рекламы является ООО «УК Центр» (ОГРН: 1085258008450, ИНН: 5258081412, юридический адрес: г.Санкт-Петербург, ул. Мебельная, д. 12, к.1, литер Б).

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признается ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

Комиссия УФАС по РА считает, что смс-реклама: **«Вы еще можете забрать свой подарок до 3 августа: серебряная бусина-шарм владельцам карты 585 GOLD в магазин на ул. Бабушкина, д.71.»**, направленная от отправителя 585GOLD, через смс-центр: +79168960390, 01.08.2015г. в 12:00 часов, является ненадлежащей.

При решении вопроса о возможности выдачи предписания, Комиссия руководствовалась тем фактом, что текст смс-сообщения позволяет утверждать о разовости его направления (акция о которой говорится в сообщении, ограничена датой 03.08.2015г.).

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, 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:

Признать ненадлежащей рекламу: **«Вы еще можете забрать свой подарок до 3 августа: серебряная бусина-шарм владельцам карты 585 GOLD в магазин на ул. Бабушкина, д.71.»**, направленную от отправителя 585GOLD, через смс-центр: +79168960390, 01.08.2015г. в 12:00 часов, распространителем которой является ООО «УК Центр», без предварительного согласия абонента <...> (абонентский номер <...>) на получение рекламы, что противоречит ч. 1 ст. 18 Федерального

закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

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