

РЕШЕНИЕ

07 февраля 2018 г.

г. Горно-Алтайск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, 24 января 2018 года, рассмотрев дело № 17-Р/17 от 27.11.2017г., возбужденное в отношении ООО «Философия - СПА» (ИНН: 7703404360, ОГРН: 5157746209320, г.Москва ул.Большая Грузинская д.42, пом.2),

по факту распространения СМС-сообщения: «Ваш СПА www.7779154.ru Промокод С2209 Акция Золотая Осень!» по сетям сотовой связи с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе»,

в отсутствии:

заявителя – <...> (уведомлен надлежащим образом);

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

УСТАНОВИЛА:

В управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление физического лица <...> (№ 3202 от 26.09.2017г.), являющегося абонентом оператора сотовой связи ПАО «ВымпелКом», 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: «Ваш СПА www.7779154.ru Промокод С2209 Акция Золотая Осень!», поступившего 23.09.2017 в 12:00 от отправителя DIAMONDSPA (sms-центр +79037011111).

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.

ПАО «Вымпелком» 18.10.2017г. представило информацию (вх.№3526), согласно которой отправителем смс – сообщения, поступившего 23.09.2017 г. на абонентский номер <...> <...> от абонента с буквенным значением DIAMONDSPA, является ООО «ДЭНИ КОЛЛ». Между ПАО «Вымпелком» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» №576974438 от 13.10.2015г., а также дополнительные соглашения №1 от 09.11.2015г. и №2 от 01.11.2016г. Согласно условиям данных соглашений ООО «ДЭНИ КОЛЛ» получило доступ к интерфейсу (платформе смс-центра, являющейся техническим средством связи), посредством которого имеет возможность отправки смс-сообщений. При этом в качестве отправителя смс-сообщений у абонента-получателя может отображаться номер смс-центра Билайн (+79037011111). номер <...> , входящий в ресурс нумерации ПАО «Вымпелком»,

принадлежит смс - центру ПАО «Вымпелком». номер <...> - единый адрес СМС - центра ПАО «Вымпелком» на территории Российской Федерации. СМС-центр отвечает за работу службы коротких сообщений сети мобильной связи. Данный номер является технологическим шлюзом, выполняющим функции приема/отправки входящих/исходящих сообщений между абонентами ПАО «Вымпелком» и абонентами других операторов мобильной связи. В соответствии с п.4.2 дополнительного соглашения, абонент обязуется не использовать предоставляемую услугу в целях распространения смс-сообщений, предназначенных для распространения неопределенному кругу лиц, не давших свое согласие на получение таких сообщений.

На запрос УФАС по РА ООО «ДЭНИ КОЛЛ» представило информацию (вх.№3671 от 30.10.2017г.), согласно которой между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр» заключен партнерский договор №102/SMS от 01.10.2016г.

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 27.11.2017г. возбуждено дело № 17-Р/17 в отношении ПАО «Вымпелком» и назначено к рассмотрению на 19.12.2017г. Данное определение было направлено <...> с уведомлением о вручении, ПАО «ВымпелКом» посредством электронной почты и заказным письмом с уведомлением.

К назначенному времени рассмотрения дела № 17-Р/17 от 27.11.2017г. заявитель <...> не явился.

Согласно почтовому уведомлению 64900017532151 почтовая корреспонденция с определением о возбуждении дела №17-Р/17 от 27.11.2017г. получена <...> 14.12.2017г.

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.

В связи с вышеизложенным, Комиссия УФАС по РА, руководствуясь пунктом 30 вышеуказанных Правил, приняла решение о рассмотрении дела в отсутствие заявителя.

На заседании комиссии 19.12.2017г. присутствовала представитель ПАО «ВымпелКом» Чудова Т.Г. по доверенности от 14.10.2017г. № ВР-17-20.

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее:

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 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 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.

Следовательно, полученное заявителем СМС-сообщение: «Ваш СПА www.7779154.ru Промокод С2209 Акция Золотая Осень!» является рекламой, так как оно неперсонифицировано, направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к спа услугам и продвижение этих услуг на рынке.

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

Представитель ПАО «ВымпелКом» поддержала ранее направленные пояснения. Указала, что рассматриваемое смс-сообщение было направлено самостоятельно ООО «Философия - СПА» через клиентский доступ, предоставленный ООО «СМС-центр» в рамках договора оказания услуг №436071 от 25.04.2016г.

Комиссия УФАС по РА, заслушав представителя ПАО «ВымпелКом», исследовав представленные доказательства, пришла к выводу, что распространителем смс-сообщения: Ваш СПА www.7779154.ru Промокод С2209 Акция Золотая Осень!», поступившего 23.09.2017 в 12:00 от отправителя DIAMONDSPA, является ООО «Философия-СПА».

При таких обстоятельствах, признаки нарушения рекламного законодательства, вменяемого ПАО «Вымпелком», содержатся в действиях ООО «Философия-СПА».

В соответствии с пунктом 32 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, в случае если при подготовке дела к рассмотрению или во время рассмотрения дела антимонопольным органом будет установлено, что решение по делу может быть вынесено в отношении ненадлежащего лица, антимонопольный орган обязан по ходатайству лиц, участвующих в деле, либо по собственной инициативе принять решение о замене такого лица. В этом случае рассмотрение дела откладывается.

На основании вышеизложенного Комиссия УФАС по РА 19.12.2017 года приняла решение об отложении рассмотрения дела № 17-Р/17 от 27.11.2017г. на 24.01.2018 г. и продлении срока его рассмотрения, в целях привлечения к участию в деле ООО «Философия - СПА» в качестве лица, в чьих действиях усматриваются признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

24.01.2018 года продолжилось рассмотрение дела № 17-Р/17. К назначенному времени не явился представитель ООО «Философия - СПА» (уведомлено надлежащим образом). Запрашиваемые УФАС по РА определением об отложении рассмотрения дела и продлении срока его рассмотрения от 27.11.2017г. по делу № 17-Р/17 информацию и документы ООО «Философия - СПА» не представлены. Также не явился заявитель <...> (уведомлен надлежащим образом).

Согласно почтовому уведомлению 64900017533233 почтовая корреспонденция с определением от 19.12.2017г. об отложении дела №17-Р/17 от 27.11.2017г. получена <...> 04.01.2018г.

Согласно официальному сайту Почты России 28.12.2017г. была осуществлена неудачная попытка вручения почтовой корреспонденции № 64900017532687, направленной на юридический адрес ООО «Философия - СПА».

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, ООО «Философия - СПА» надлежащим образом уведомлено о времени месте рассмотрения дела.

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

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Документов, письменных пояснений и информации о распространении смс-сообщения «Ваш СПА www.7779154.ru Промокод С2209 Акция Золотая Осень!» ООО «Философия - СПА» в адрес УФАС по РА не представило.

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 рекламодателя.

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.

Согласно выписке из ЕГРЮЛ основным видом деятельности ООО «Философия - СПА» (ИНН: 7703404360, ОГРН: 5157746209320) является предоставление услуг парикмахерскими и салонами красоты. Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что усматривается взаимосвязь между деятельностью ООО «Философия - СПА» и смс-сообщением, направленным заявителю <...>, так как оно направлено на формирование интереса у потребителя (абонента) к СПА услугам.

На основании изложенного Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемой смс-рекламы является ООО «Философия - СПА» (ИНН: 7703404360, ОГРН: 5157746209320, г.Москва ул.Большая Грузинская д.42, пом.2).

В соответствии с ч. 1 ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при

условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

ООО «СМС-Центр» самостоятельно направило запрос в адрес ООО «Философия-СПА» о предоставлении информации по заявлению <....> ООО «Философия-СПА» представило анкету гражданина Бурашова К.Г., с согласием на получение рекламы посредством сотовой связи и указанием в качестве контактных данных номера телефона +7903558<....> (совпадающего с номером телефона заявителя <....>).

Заявитель <....> указывает, что не давал согласия на получение рекламы посредством сотовой связи.

Таким образом, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу о том, что предварительное согласие абонента <....> на получение смс-рассылки ООО «Философия - СПА» получено не было.

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 рассматриваемая смс-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 +7903558<....> из списка для отправки смс-сообщений ООО «Философия - СПА» не представлены.

Кроме того, в целях прекращения нарушения рекламного законодательства, Комиссия УФАС по РА приняла решение направить копию предписания в адрес ПАО «ВымпелКом», как лица, имеющего техническую возможность прекратить распространение ненадлежащей рекламы, путем включения абонентского номера +7903558<....> в стоп-лист рассылки с номера отправителя DIAMONDSPA.

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:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «Ваш СПА www.7779154.ru Промокод С2209 Акция Золотая Осень!», поступившую 23.09.2017 в 12:00 от отправителя DIAMONDSPA (sms-центр +79037011111) на мобильный телефон +7903558<....>, 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 «Философия - СПА» (ИНН: 7703404360, ОГРН: 5157746209320, г.Москва ул.Большая Грузинская д.42, пом.2) предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства, а именно – прекратить распространение смс-рекламы по сетям электросвязи, без наличия предварительного согласия абонента (+7903558<....>) на получение рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному лицу УФАС по РА для возбуждения административного производства, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ в отношении ООО «Философия - СПА», 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.