

РЕШЕНИЕ

«07» марта 2017 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:

Председатель Комиссии:

<...>,

21 февраля 2017 года, рассмотрев дело № 20-Р/16 от 27.12.2016г., возбужденное в отношении индивидуального предпринимателя <...>,

по факту распространения СМС-сообщения: **«Дипломы, курсовые, контрольные со скидкой до 30%. 5prof.ru, 89824717695»** 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);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – ИП <...> (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление (№ 3238 от 03.11.2016г.) <...>, являющегося абонентом оператора сотовой связи «Мегафон», о распространении рекламного СМС-сообщения посредством сотовой связи с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», а именно: **«Дипломы, курсовые, контрольные со скидкой до 30%. 5prof.ru, 89824717695»**, поступившего в 08:30 часов 28.10.2016г. от отправителя +79519445799 без предварительного согласия абонента.

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.

ПАО «Мегафон» 23.11.2016г. (вх. № 3465) представило детализацию оказанных услуг по абонентскому номеру +7931221..., согласно которой отправка смс-сообщения от отправителя +79519445799 осуществилась в 08:30 часов 28.10.2016г.

Согласно сведениям официального Интернет-сайта Федерального агентства связи, к компетенции которого относится выделение операторам ресурса нумерации, указанный в смс-сообщении номер отправителя +79519445799

относится к оператору ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» 21.11.2016г. представило информацию (вх. № 3437), согласно которой рассматриваемое смс-сообщение поступило 28.10.2016г. в 08:30 часов на абонентский номер <...> с абонентского номера +79519445799, закрепленного за индивидуальным предпринимателем <...>. Приложена копия договора об оказании услуг связи от 10.03.2016г., заключенного с индивидуальным предпринимателем <...>.

23.11.2016г. УФАС по РА был направлен запрос индивидуальному предпринимателю <...> о предоставлении информации о распространителе СМС-сообщения: **«Дипломы, курсовые, контрольные со скидкой до 30%. 5prof.ru, 89824717695»**, документального подтверждения факта получения предварительного согласия абонента +7931221931221 на получение рекламы и письменных пояснений по факту распространения вышеуказанной смс-рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

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 27.12.2016г. возбуждено дело № 20-Р/16 в отношении ИП <...> и назначено к рассмотрению на 24.01.2017г. Данное определение было направлено <...> и ИП <...> с уведомлением о вручении.

К назначенному времени рассмотрения дела № 20-Р/16 от 27.12.2016г. ИП <...> (его представитель) не явился. Запрашиваемые УФАС по Республике Алтай определением №20-Р/16 от 27.12.2016г. о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе информация и документы ИП <...> не представлены. Согласно официальному сайту Почты России 09.01.2017г. была осуществлена неудачная попытка вручения почтовой корреспонденции № 6490005029090, направленной в адрес ИП <...>.

На основании вышеизложенного Комиссия приняла решение об отложении рассмотрения дела № 20-Р/16 от 27.12.2016г. на 21.02.2017 г. на 10 часов 00 минут и продлении срока его рассмотрения в связи с необходимостью получения от ИП <...> запрашиваемых документов.

К назначенному времени рассмотрения дела № 20-Р/16 от 27.12.2016г. ИП <...> (его представитель) не явился. Согласно официальному сайту Почты России 11.02.2017г. почтовая корреспонденция № 6490007027278, направленная в адрес ИП <...>, вручена адресату. 14.02.2017 года в адрес УФАС по РА поступило пояснение <...> (вх.434).

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, устанавливаются Правилами 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. Согласно почтовому уведомлению 6490007027278 определение об отложении рассмотрения дела № 20-Р/16 от 27.12.2016г. вручено <...> 11.02.2017 г. В связи с вышеизложенным, Комиссия, руководствуясь п.30 вышеуказанных Правил, приняла решение о рассмотрении дела в отсутствие <...>.

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 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.

Смс-сообщение: «**Дипломы, курсовые, контрольные со скидкой до 30%. 5prof.ru, 89824717695**» является рекламой, так как оно неперсонифицировано, направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к услугам по изготовлению дипломов, курсовых и контрольных, что способствует продвижению указанных услуг 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.

ИП <...> представил в адрес УФАС по РА пояснение (вх.434 от 14.02.2017г.), согласно которому при оформлении заказа на сайте 5prof.ru клиент обязан ввести свой номер телефона, иначе заявка не будет зарегистрирована. В некоторых случаях клиенты по ошибке вводят не свой номер телефона. Ответчик полагает, что в данном случае произошла аналогичная ситуация, что клиент ввел не свой номер телефона, а номер телефона заявителя <...>, поскольку они похожи. Также <...> пояснил, что постоянным клиентам, которые оформили заявки на сайте 5prof.ru, указали номер телефона и дали согласие на обработку персональных данных и отправку рекламных сообщений в соответствии с договором, производится отправка смс-сообщений. На сайте 5prof.ru при отправлении заявки клиент при нажатии кнопки «отправить» дает свое согласие на получение рекламных смс-сообщений. Ответчик полагает, что номер мобильного телефона заявителя <...> попал в его клиентскую базу по ошибке, указанный номер уже удален из клиентской базы

3. 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.

Согласно пункту 13.4 типового договора возмездного оказания услуг, представленного ИП <...> в рамках пояснений от 14.02.2017 года вх. № 434,

Заказчик, оформив заявку на сайте 5prof.ru соглашается на обработку персональных данных, в том числе Исполнитель вправе использовать данные для отправки смс-сообщений, а также сообщений на почту Заказчика, которые могут содержать рекламу услуг и ли товаров любого наполнения.

На основании изложенного Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемой смс-рекламы является индивидуальный предприниматель <...>.

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.

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

Из представленных ИП <...> пояснений следует, что смс-сообщение «**Дипломы, курсовые, контрольные со скидкой до 30%. 5prof.ru, 89824717695**» направлено <...> (телефон +7931221....) ошибочно. Таким образом, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу о том, что предварительное согласие абонента <...> на получение смс-рассылки ИП <...> 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 из представленных ИП <...> пояснений следует, что смс-сообщение «**Дипломы, курсовые, контрольные со скидкой до 30%. 5prof.ru, 89824717695**» направлено <...> ошибочно. Однако, факт включения номера телефона +7931221.... в клиентскую базу ИП <...> не подтвержден. Документы, подтверждающие факт удаления номера телефона +7931221.... из клиентской базы ИП <...> не представлены.

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: «**Дипломы, курсовые, контрольные со скидкой**

до 30%. 5prof.ru, 89824717695», поступившую в 08:30 часов 28.10.2016г. от отправителя +79519445799 на мобильный телефон +7931221...., 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 ИП <...> предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства, а именно – прекратить распространение смс-рекламы по сетям электросвязи, без наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

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

ПРЕДПИСАНИЕ

о прекращении нарушения законодательства

Российской Федерации о рекламе по делу № 20-Р/16 от 27.12.2016г.

07 марта 2017 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:

Председатель Комиссии:

<...>,

на основании своего решения от 07.03.2017 г. по делу № 20-Р/16 от 27.12.2016г. о признании ИП <...> нарушившим часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», по факту распространения СМС-рекламы: **«Дипломы, курсовые, контрольные со скидкой до 30%. 5prof.ru, 89824717695»** по сетям сотовой связи, и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. Индивидуальному предпринимателю <...> **со дня получения настоящего предписания** прекратить нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», а именно, прекратить распространение СМС-рекламы по сетям сотовой связи без согласия абонента Захарову А.В. (абонентский номер <...>) на ее получение;

2. Индивидуальному предпринимателю Сычеву Артему Николаевичу **в пятидневный срок с момента исполнения настоящего предписания** представить в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай доказательства об исполнении пункта 1 настоящего предписания.

В соответствии с частью 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, невыполнение в установленный срок законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе или законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа об отмене либо изменении противоречащего законодательству Российской Федерации о рекламе акта федерального органа исполнительной власти, акта органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или акта органа местного самоуправления влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.