

РЕШЕНИЕ

«17» мая 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 <...>,

05 мая 2016 года, рассмотрев дело № 5-Р/16 от 12.04.2016г., возбужденное в отношении ООО «СМЕНА» (ОГРН: 1137746632650, ИНН: 7715970419, юридический адрес: г.Москва, ул.Новодмитровская Б., д. 23, стр.2),

по факту распространения СМС-сообщения: **«Парная карта за 20900! 12-14 февраля! Подробности:+74952214900»** 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 «СМЕНА» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление (вх.№383 от 12.02.2016г.) <...>, являющегося абонентом оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» 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: «Парная карта за 20900! 12-14 февраля! Подробности:+74952214900», полученного 11.02.2016г. в 14:56 часов от отправителя (номер «Club Smena»), через СМС-центр +79037011111 на мобильный телефон <...> (абонентский номер <...>), без 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 «Вымпелком» 09.03.2016г. представило информацию (вх.№655), согласно которой отправителем рассматриваемого смс-сообщения является ООО «СМС-Трафик» (ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257, адрес: г.Москва, пр. Ленинградский, д.80, корп.37).

05.04.2016г. в адрес УФАС по РА от ООО «СМС-Трафик» поступила информация (вх. № 1029), согласно которой инициатором рассылки является ООО «СМЕНА»

согласно договору №509/14 от 05.12.2014г. Согласно пункту 12 Правил оказания услуг, которые являются приложением к указанному договору, заказчик (ООО «СМЕНА») обязуется самостоятельно определять содержание коротких текстовых сообщений, формировать их текст и определять список абонентов и их абонентских телефонных номеров.

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 12.04.2016г. возбуждено дело в отношении ООО «СМЕНА» и назначено к рассмотрению на 05.05.2016г. Данное определение было направлено <...> и ООО «СМЕНА» с уведомлением о вручении.

05.05.2016г. на рассмотрение дела № 5-Р/16 от 12.04.2016г. представитель ООО «СМЕНА» не явился. 04.05.2015г. в адрес УФАС по РА поступило ходатайство (вх. № 1289) о рассмотрении дела без участия представителя общества.

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. В связи с вышеизложенным, Комиссия, руководствуясь п.30 вышеуказанных Правил, на основании поступившего от ООО «СМЕНА» ходатайства, приняла решение о рассмотрении дела в отсутствие представителя общества.

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: «**Парная карта за 20900! 12-14 февраля! Подробности:+74952214900**» является рекламой, так как оно неперсонифицировано, направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к клубу «Smena» (проводимым акциям), что способствует продвижению его 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.

ПАО «Вымпелком», ООО «СМС-Трафик» и ООО «СМЕНА» представили в адрес

УФАС по РА гостевую анкету фитнес-клуба «Смена» на имя <...> Заявитель не является постоянным членом клуба, так как подписал договор на разовое посещение клуба от 25.08.2015г. Общества полагают, что в данной анкете имеется согласие на получение рекламы.

Однако, при рассмотрении данной анкеты Комиссией УФАС по РА установлено, что в ней отсутствует указание о том, что гость клуба дает согласие на получение рекламы.

В Правилах посещения клуба (с официального сайта клуба <http://smena-fitness.ru/>) также не указано о даче гостем клуба согласия на получение рекламы.

ООО «СМЕНА» не представило Комиссии УФАС по РА иные документы, свидетельствующие о получении у <...> согласия на получение рекламы. Таким образом, УФАС по РА приходит к выводу, 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 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 3.2.2 договора №509/14 от 05.12.2014г. ООО «СМЕНА» обязано получить предварительное письменное согласие от абонента, на телефон которого общество планирует осуществлять отправку сообщений. Кроме того, согласно п.14 Правил оказания услуг, являющихся приложением к данному договору, ООО «СМС-Трафик» не является рекламораспространителем в толковании Закона «О рекламе», так как общество лишь оказывает услуги доступа к комплексу оборудования и программного обеспечения. Отправка смс-сообщений производится ООО «СМЕНА» самостоятельно, в том числе по своему списку абонентов и их абонентских номеров.

На основании изложенного Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемой смс-рекламы является ООО «СМЕНА» (ОГРН: 1137746632650, ИНН: 7715970419, юридический адрес: г.Москва, ул.Новодмитровская Б., д. 23, стр.2).

04.05.2016г. в адрес УФАС по РА поступила информация (вх. № 1289) от ООО «СМЕНА», в которой общество указывает, что смс-сообщение не является рекламой, так как было направлено определенному конкретному лицу – <...> и содержало информацию о выгодной цене посещения клуба для него. Кроме этого ООО «СМЕНА» указывает о том, что <...> подписал договор на разовое посещение клуба и заполнил «Анкету гостя клуба», где в графе «sms-уведомление» написал номер мобильного телефона и поставил подпись.

Рассмотрев данные возражения, Комиссия УФАС по РА приходит к следующим выводам.

В пункте 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Согласно пункту 1 статьи 10 Закона Российской Федерации от 07.02.1992 №2300-1 «О защите прав потребителей» изготовитель (исполнитель, продавец) обязан своевременно предоставлять потребителю необходимую и достоверную информацию о товарах (работах, услугах), обеспечивающую возможность их правильного выбора.

Сообщение «Парная карта за 20900! 12-14 февраля! Подробности:+74952214900» не содержит идентификации <...>, обязательной информации (в силу пункта 1 статьи 10 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей»), таким образом Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что рассматриваемое смс-сообщение является рекламой.

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.

Представленная ООО «СМЕНА» анкета гостя клуба не позволяет однозначно утверждать о волеизъявлении <...> о даче согласия на получение смс-рекламы.

Таким образом Комиссия УФАС по РА приходит к выводу о несостоятельности доводов ООО «СМЕНА».

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 текст смс-сообщения не позволяет утверждать о разовости его направления, так как объектом рекламирования, в том числе является клуб «Смена», а ограничена временем только акция получения парной карты.

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: **«Парная карта за 20900! 12-14 февраля! Подробности:+74952214900»**, полученную 11.02.2016г. в 14:56 часов от отправителя (номер «Club Smena»), через СМС-центр +79037011111 на мобильный телефон <...>, 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 «СМЕНА» 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 № 5-Р/16 от 12.04.2016г.

17 мая 2016г.

г. Горно-Алтайск

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

на основании своего решения от 17.05.2016г. по делу № 5-Р/16 от 12.04.2016г. о признании ООО «СМЕНА» нарушившим часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», по факту распространения СМС-рекламы: **«Парная карта за 20900! 12-14 февраля! Подробности:+74952214900»** 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. ООО «СМЕНА» (ОГРН: 1137746632650, ИНН: 7715970419, юридический адрес: г.Москва, ул.Новодмитровская Б., д. 23, стр.2) **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 <...> (абонентский номер <...>) на ее получение;

2. ООО «СМЕНА» представить в срок **до 10.06.2016г.** 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.