

РЕШЕНИЕ

«14» января 2019г.

г. Кемерово

Комиссия Кемеровского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Заместителя председателя Комиссии: <...>

заместителя руководителя управления;

Членов Комиссии: <...> начальника отдела рекламы, недобросовестной конкуренции и финансовых рынков;

главного специалиста – эксперта отдела рекламы, недобросовестной конкуренции и финансовых рынков,

рассмотрев дело № 95/Р-2018, возбужденное в отношении <...> о распространении рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе»), в присутствии:

- <...> представителя <...> по доверенности от 11.01.2019;

- <...> представителя <...> по доверенности от 11.01.2019;

- <...> представителя ООО «Медицинский Центр «Медлайн» по доверенности от 09.01.2019

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление Общества с ограниченной ответственностью «Медицинский центр «Медлайн» (далее – ООО «Медицинский центр «Медлайн») о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» и Федерального закона от 26.07.2006 № 135 – ФЗ «О защите конкуренции».

03.12.2018 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 95/Р-2018 в отношении <...> и назначено к рассмотрению на 15.01.2019 на 09 часов 30 минут. Данное определение было направлено в адрес <...> заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта ФГУП Почта России о вручении корреспонденции адресату имеется в материалах дела).

15.01.2019 состоялось рассмотрение дела в присутствии <...> и <...> представителей <...> по доверенности, <...> представителя ООО «Медицинский Центр «Медлайн» по доверенности.

Представители <...> с нарушением не согласились, пояснив, что смс-сообщения были направлены в целях информирования пациентов об изменении местонахождения врача. Телефонные номера, на которые были отправлены

сообщения, были записаны в контактах в личном телефоне. Отправленное сообщение носило информационный характер об изменении места приема конкретного врача, соответственно, рекламой не является.

Представитель заявителя поддержала позицию о наличии нарушения при распространении рекламы посредством смс-сообщений.

Рассмотрев материалы дела № 95/Р-2018, заслушав пояснения представителей сторон, Комиссия Кемеровского УФАС России установила.

Бывшим врачом клиники ООО «Медицинский центр «Медлайн» <...> на мобильный телефон пациента Общества <...> 13.07.2018 в 16:08 было направлено смс-сообщение следующего содержания: «Здравствуйтесь! Принимаю в Клинике Красная Горка. Кемерово, Суворова 3А <...>. Redclinic.ru. <...> .Врач проктолог-уролог».

В соответствии со статьей 1 ФЗ «О рекламе», его целями являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии с п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» рекламой признается 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 и должна в этой связи отвечать требованиям, предъявляемым ФЗ «О рекламе».

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Объектом рекламирования является товар, средство его индивидуализации, 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 (пункт 2 Закона о рекламе). Товар представляет собой продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В пункте 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Закона о рекламе от 08.10.2012 г. № 58, при анализе информации на предмет наличия в ней признаков

рекламы судам необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре (в том числе товарного знака).

В этом случае данная информация должна быть исследована на предмет соответствия требованиям, предъявляемым ФЗ «О рекламе» к рекламе, в том числе установленным главой 3 ФЗ «О рекламе» в отношении отдельных видов товаров.

Судебная коллегия также отмечает, что из Разъяснений ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 ФЗ «О рекламе», следует, 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку. В случае направления посредством смс-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение в сообщении (упоминание имени и отчества абонента), представляет интерес для неопределенного круга лиц, и являются рекламой (письмо ФАС России от 27.06.2016 № АД/43483/16 «Об отнесении к рекламе информации с личным обращением»).

В данном случае спорное смс-сообщение содержит не только сведения о смене места приема конкретного врача, но и название клиники «Красная Горка» с указанием адреса и телефона клиники, но обозначение Redclinic.ru, ассоциирующееся с данной клиникой, соответственно, указанное выше смс-сообщение направлено на привлечение внимания к клинике «Красная Горка» и является рекламой.

Из заявления следует, что согласия на получение вышеуказанной рекламы на абонентский номер +<...> отсутствует.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

Следовательно, распространение <...> рекламы посредством смс – сообщения без согласия абонента <...>, является нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является <...>.

У Кемеровского УФАС России отсутствуют сведения о прекращении распространения <...> рекламы клиники «Красная горка» посредством смс-сообщений.

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, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия Кемеровского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, направленную <...> посредством смс-сообщения на мобильный телефон пациента ООО «Медицинский центр «Медлайн», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе».

2. Выдать предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Кемеровского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «29» января 2019 года.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня вынесения.

Заместитель председателя Комиссии:

Члены Комиссии:

<...>