

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 05-01/27-15/РЗ

13 августа 2015 г.

г.

Смоленск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Смоленской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: <...> – руководитель Смоленского УФАС России,

члены Комиссии: <...> – начальник отдела контроля товарных рынков и рекламы Смоленского УФАС России,

<...> – специалист-эксперт отдела контроля товарных рынков и рекламы Смоленского УФАС России,

рассмотрев дело № 05-01/27-15/РЗ по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту рассылки SMS-сообщения с рекламой на номер телефона абонента <...> без его предварительного согласия, что указывает на признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»), в отсутствии представителей ООО «Медцентр Донченко», ООО «КонтекстМедиа» и заявителя <...>, извещенных о месте и времени рассмотрения дела надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В Смоленское УФАС России 07.04.2015 по электронной почте поступило обращение <...> (перенаправлено ФАС России для рассмотрения по существу), в котором указано, что 07.04.2015 в 11:52 на его абонентский номер <...> через SMS-центр +6857700052 от отправителя под именем «+6857756311», поступило SMS-сообщение с рекламой следующего содержания:

«Полезная акция от Клиники Экологической Медицины: прием доктора и УЗИ в подарок! Акция до 19 апреля. Тел. 777-04-27. ул. Куйбышева 22»

В обращении <...> указывает, что своего согласия на получение указанной рекламы не давал, рекламодателем данного SMS-сообщения является отправитель - «6857756311», рекламодателем - оператор мобильной связи ОАО «МТС», абонентом которого он является и владелец сервисного центра отправителя + 6857700052. В своем обращении <...> просит Смоленское УФАС России принудить рекламодателя и распространителя прекратить незаконную рассылку SMS-сообщения на его номер и привлечь виновных лиц к ответственности. В подтверждение поступления SMS-сообщения через SMS-центр + 6857700052 от отправителя под именем «+6857756311» к заявлению прилагался скриншот (снимок экрана) SMS-сообщения с рекламой с мобильного телефона.

Согласно статье 3 Закона «О рекламе»: «Реклама - информация, распространяемая 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. Объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, на привлечение внимания к которым направлена реклама».

Указанная в тексте SMS-сообщения информация является рекламой, так как предназначена для неопределенного круга лиц и круг лиц не может быть заранее определен в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования, направлена на привлечение внимания, формирование и поддержание интереса к оказываемым услугам.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона «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».

Ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона «О рекламе», согласно части 7 статьи 38 Закона «О рекламе», несет рекламодатель. Согласно статье 3 Закона «О рекламе»: «рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств».

В ходе проведенного Смоленским УФАС России расследования установлено следующее.

Согласно выписке из российского плана нумерации, размещаемой на сайте Федерального агентства связи, номер SMS-центра +6857700052 и номер отправителя +6857756311 не относятся к номерным ёмкостям, принадлежащих Российской Федерации.

Номер телефона 777-04-27, указанный в тексте рекламы, используется Клиникой Экологической Медицины (далее - Клиника), деятельность в которой осуществляет ООО «Медцентр Донченко».

В ответ на запрос Смоленского УФАС России (№ 1130/05 от 14.04.2015), ООО «Медцентр Донченко» письмом от 08.05.2015 № М 01/05-15 был представлен договор № 5992-ст15 об оказании услуг от 08.03.2015, заключенный ООО «Медцентр Донченко» с ООО «КонтекстМедиа». В соответствии с условиями указанного договора ООО «КонтекстМедиа» оказывает за плату ООО «Медцентр Донченко» услуги по обеспечению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование и доставку SMS-сообщений по заданным предприятием номерам.

Смоленским УФАС России 08.06.2015 в отношении ООО «Медцентр Донченко» было вынесено Определение о возбуждении дела № 05-01/27-15/РЗ по признакам

нарушения части 1 статьи 18 Закона «О рекламе». ООО «КонтекстМедиа» было привлечено как заинтересованное лицо. В указанном Определении рассмотрение дела назначено на 30.06.2015. В ходе рассмотрения 30.06.2014 дела Комиссией Смоленского УФАС России установлено следующее.

В Определении Смоленского УФАС России от 08.06.2015 у ООО «КонтекстМедиа» запрашивались документы и информация. Представители ООО «Медцентр Донченко» и ООО «КонтекстМедиа» 30.06.2015 на рассмотрение дела № 05-01/27-15/РЗ в Смоленское УФАС России не явилась, запрашиваемые документы и информация представлены не были.

30.06.2015 определением дело № 05-01/27-15/РЗ было продлено до 08.09.2015, отложено и назначено к рассмотрению на 22.07.2015.

Определением Смоленского УФАС России от 22.07.2015 дело № 05-01/27-15/РЗ было отложено и назначено к рассмотрению на 13.08.2015. Данное определение было направлено Смоленским УФАС России по месту нахождения ООО «Медцентр Донченко» и ООО «КонтекстМедиа» заказными письмами с уведомлением о вручении (уведомление о вручении ООО «КонтекстМедиа» имеются в материалах дела) и на адрес электронной почты ООО «Медцентр Донченко» и заявителя <...>.

Согласно информации с сайта Почта России, заказное письмо с уведомлением с внутрироссийским почтовым идентификатором 21402088023675, направленное ООО «Медцентр Донченко», прибыло к месту вручения 03.08.2015, была предпринята неудачная попытка вручения, но письмо не получено.

В соответствии со статьей 165.1 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения 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.

Таким образом, в силу статьи 165.1 ГК РФ, на момент заседания Комиссии Смоленского УФАС России 13.08.2015, следует считать, что ООО «Медцентр Донченко» надлежащим образом уведомлена о времени и месте рассмотрения дела № 05-01/27-15/РЗ.

Комиссия Смоленского УФАС России на рассмотрении дела № 05-01/27-15/РЗ 13.08.2015, исследовав все материалы дела, установила следующее.

В ответ на Определение Смоленского УФАС России от 08.06.2015 № 1732/05 ООО «КонтекстМедиа» сообщило, между ООО «Медцентр Донченко» (далее-Исполнитель) и ООО «КонтекстМедиа» (далее-Заказчик), был заключен договор № 5992-см15 от 08.03.2015, в соответствии с условиями которого ООО «КонтекстМедиа» представляет техническую возможность отправки СМС. ООО «КонтекстМедиа» не является создателем (изготовителем) и распространителем SMS-сообщений, а только обеспечивает доступ распространителям (своим клиентам, заказчикам) к программному приложению для отправки сообщений, являясь при этом лишь техническим каналом для

передачи Заказчиком SMS-сообщений своим абонентам. Всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством РФ за ненадлежащее или незаконное распространение SMS-сообщений и их содержание в полном объёме несет Заказчик, являющийся рекламодателем и рекламодателем.

В соответствии с пунктом 3.2.2. договора № 5992-ст15 об оказании услуг от 08.03.2015, ООО «МедЦентр Донченко» (далее - Заказчик) обязано в обязательном порядке получить от адресата, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика, письменное или устное согласие на получение таких сообщений. Согласно пункту 3.2.3. договора, Заказчик обязан любым доступным способом довести до получателя SMS-сообщения информацию о возможности и способе, с помощью которых адресат сообщения может отказаться от дальнейшего получения рассылки SMS-сообщений. На основании пунктов 4.1.1 и 4.1.2 данного договора, ООО «Контекст Медиа» (далее - Исполнитель) вправе блокировать оказание услуг Заказчику в системе при рассылке последним SMS-сообщений соответствующих признакам Спاما; отказать Заказчику в присвоении адреса отправителя, если Исполнитель сочтет, что данный адрес отправителя может повлиять на репутацию сторонних лиц или организаций, например, название компании, номер телефона, к которым Заказчик не имеет отношения. Согласно пункту 7.3. договора, Исполнитель не несет ответственность за присваиваемый адрес отправителя и содержание SMS-сообщений, рассылаемых Заказчиком с использованием системы.

В ответ на запрос Смоленского УФАС России от 14.04.2015, ООО «Медцентр Донченко» в письме от 08.05.2015 сообщило следующее. Между Клиникой и <...> 23.04.2010 был заключен договор на предоставление услуг (медицинского массажа), в котором имелся пункт о согласии на получении информации об услугах Клиники в форме СМС. При регистрации договора пациентом был оставлен контактный номер телефона (<...>) и пациент был внесён в базу клиники, на основании этого для приглашения пациента на диагностику по его собственному желанию была осуществлена СМС рассылка. Предоставление указанного договора не является возможным ввиду истечения срока хранения таких документов.

Согласно пункту 4.2 договора по организации и оказанию медицинских услуг, образец которого предоставлен ООО «Медцентр Донченко» и заключается на оказание конкретных медицинских услуг, исполнитель услуг имеет право направлять информацию об услугах заказчику (пациенту) на предоставленные им координаты в форме СМС уведомлений, что, однако не свидетельствует о его согласии на получение рекламы о каких бы то ни было услугах клиники. Однако, на основании пункта 8.1. указанного договора: «Договор вступает в силу с момента его подписания «Сторонами» и действует до момента исполнения обязательств».

Таким образом, на момент поступления (07.04.2015) указанного SMS-сообщения на номер телефон <...> <...>, обязательства сторон по договору, возможно и заключенному 23.04.2010 между Клиникой и <...>, были прекращены. Кроме того, согласие на получение информации об услугах Клиники в форме SMS-сообщений, не является его согласием на получения рекламы. Кроме того, <...> в письме от 31.05.2015, в ответ на запрос Смоленского УФАС России от 29.05.2015, пояснил, что услугами массажа в Клинике Экологической Медицины он не пользовался.

Каких-либо дополнительных документов, свидетельствующих о получении

ООО «Медцентр Донченко» согласия от гражданина <...> на получение SMS-сообщения с указанной рекламой, до начала рассмотрения дела в Смоленское УФАС России не представлено. Имеющиеся материалы дела свидетельствуют об отсутствии согласия абонента на получение SMS-сообщения с указанной рекламой.

Учитывая вышеизложенное, рассылка через SMS-центр + 6857700052 с номера + 6857756311 SMS-сообщения с рекламой «Полезная акция от Клиники Экологической Медицины: прием доктора и УЗИ в подарок! Акция до 19 апреля. Тел. 777-04-27. ул. Куйбышева 22», на номер телефона <...> без согласия на то абонента, является нарушением требований части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей.

Распространение рекламы осуществлялось посредством последовательных действий ООО «Медцентр Донченко» и ООО «Контекст Медиа», на основании заключенных между ними гражданско-правовых договоров и являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи SMS-сообщений конечным потребителям.

Учитывая все материалы, нарушение требований законодательства о рекламе произошло по вине ООО «Медцентр Донченко», которое является непосредственным рекламодателем.

Комиссией Смоленского УФАС России, в целях прекращения распространения рекламы ООО «Медцентр Донченко» без согласия на то абонента <...>, установлена необходимость пресечения распространения ненадлежащей рекламы, прекратить распространение которой обязано ООО «Медцентр Донченко», а также способно и ООО «КонтекстМедиа».

Руководствуясь частью 2 пункта 1 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: «Полезная акция от Клиники Экологической Медицины: прием доктора и УЗИ в подарок! Акция до 19 апреля. Тел. 777-04-27. ул. Куйбышева 22», распространяемую путем осуществления на номер телефона <...> с номера SMS-центра +6857700052 от отправителя под именем «+6857756311» без предварительного согласия на то абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Медцентр Донченко» и ООО «КонтекстМедиа» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Решение изготовлено в полном объеме «24» августа 2015 г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии:			<...>
Члены Комиссии:			<...>
			<...>

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

«13» августа 2015 года

г. Смоленск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Смоленской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

<...> – руководитель Смоленского УФАС России,

председатель Комиссии: <...> – начальник отдела контроля товарных рынков и рекламы Смоленского УФАС России,

члены Комиссии:

<...> – специалист-эксперт отдела контроля товарных рынков и рекламы Смоленского УФАС России,

на основании своего решения от 13.08.2015 по делу № 05-01/27-15/РЗ о признании ненадлежащей рекламы: *«Полезная акция от Клиники Экологической Медицины: прием доктора и УЗИ в подарок! Акция до 19 апреля. Тел. 777-04-27. ул. Куйбышева 22»*, распространяемой путем осуществления рассылки через SMS-центр +6857700052 от отправителя под именем «+6857756311» SMS-сообщений на номер телефона <...> без предварительного согласия на то абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1 и 3 статьи 36 Закона «О рекламе», пунктами 44 и 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Медцентр Донченко» (местонахождение: 199106, г. Санкт-Петербург, Среднегавонский пр-т, д. 9, Лит. А, офис 2-Н) **с момента получения настоящего предписания** прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: принять соответствующие меры к прекращению осуществления SMS-рассылки с указанной рекламой на номер телефона <...> без согласия на то абонента.

2. ООО «Медцентр Донченко» (местонахождение: 199106, г. Санкт-Петербург, Среднегавонский пр-т, д. 9, Лит. А, офис 2-Н) представить в Смоленское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **до 26.09.2015.**

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

Председателя Комиссии:			<...>
Члены Комиссии:			<...>
			<...>