

ЗАО «ТД «Перекресток»

103473, Москва,

Суворовская площадь, дом 1

109029, Москва,

ул. Средняя Калитниковская,

дом 28, строение 4

ООО «БИФРИ»

197110, г. Санкт-Петербург,

ул. Лодейнопольская, д. 5, лит. А

197198, г. Санкт-Петербург,

Большой пр. ПС, д. 29 А

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 3 21 54/77 16

«19» апреля 2016 г. г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе (далее — Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии – Н.В. Орлова,

членов Комиссии: Н.С. Уваровой, Е.А. Романовой,

рассмотрев дело № 3 21 54/77 16 по факту распространения 16.09.2015 на телефонный номер заявителя рекламы посредством СМС сообщения «(...) только для Вас до 29.09 в 15 раз больше баллов при покупке Водка ДОБРЫЙ МЕДВЕДЬ 40% 0,5...» от отправителя: «X5.Club» с признаками нарушения части 2.1 статьи 21 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в присутствии представителей ЗАО «ТД «Перекресток» в лице Ильиной Ю.В. (по доверенности № 8534/2016 от 11.01.2016), Збарского И.А. (по доверенности № 19270/2016 от 30.03.2016),

в отсутствие представителя ООО «БИФРИ» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3 21 54/77 16 возбуждено на основании заявления физического лица (вх. № 47438 от 18.12.2015) относительно факта распространения 16.09.2015 на телефонный номер заявителя рекламы посредством СМС сообщения «(...) только для Вас до 29.09 в 15 раз больше баллов при покупке Водка ДОБРЫЙ МЕДВЕДЬ 40% 0,5...» от отправителя: «X5.Club».

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссией Московского УФАС России установлено следующее.

В соответствии с пунктом 28 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, при рассмотрении дела антимонопольный орган знакомится с письменными и вещественными доказательствами по делу, заслушивает объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, а также оглашает представленные в письменной форме объяснения и заключения.

Антимонопольный орган обязан принимать все предусмотренные законодательством Российской Федерации меры для всестороннего, полного и объективного выяснения всех обстоятельств дела.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

ЗАО «ТД «Перекресток» отмечено, что по имеющимся у Общества данным спорная информация распространялась исключительно среди владельцев дисконтных карт сети магазинов «Перекресток». В тексте рекламы, содержится обращение к клиенту по имени. Кроме того, участники клубной программы при получении карт, подписывают анкету, в которой содержится согласие на получение информационной рассылки о проводимых в сети магазинов «Перекресток» акциях, скидках на определенные товары, а также наличии товара в магазинах, следовательно, спорное сообщение не является рекламой в понимании статьи 3 Закона о рекламе.

Однако Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам

В рассматриваемом сообщении содержатся сведения о проведении акции, при приобретении определенного товара, а также индивидуализирующие определенный товар сведения, а именно: наименование торговой марки, процент содержания этилового спирта в готовой продукции, объем.

Таким образом, спорная информация направлена на привлечение внимания потребителя к определенному товару посредством его участия в акции.

Наличие в рекламе обращения не свидетельствует об определенности круга получателей такой рекламы, так как очевидно при рассылке используется шаблон, либо иная автоматизированная система, в который автоматически подставляется имя, указанное держателем дисконтной карты при заполнении анкеты.

Под неопределенным кругом лиц в целях Закона о рекламе понимаются те лица, которые не могут быть заранее персонифицированы 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.

Вышеуказанные адресаты (владелец карт Перекресток) являются лицами, давшими согласие на получение рекламы в порядке части 1 статьи 18 Закона о рекламе, и заранее не персонифицированы непосредственно в рассматриваемой информации. Такая информация, сознательно доводимая распространителем исключительно до определенной группы лиц, при этом создана и адресована неопределенному лицу, не содержит персонифицированных сведений, может быть воспринята любым потребителем.

Необходимо отметить, что спорная информация не является персональным предложением, а соотносится с понятиями «публичной оферты» и «публичного договора розничной купли-продажи», что соотносится и со статусом магазина Перекресток как розничной торговой сети.

Закон о рекламе устанавливает определенные требования к рекламе именно как к информации, к ее содержанию, местам и способам распространения, но не регулирует порядок передачи такой информации между хозяйствующими субъектами или иными лицами при ее распространении.

Таким образом, факт распространения спорной рекламы среди лиц, давших согласие на получение такой рекламы в момент получения каких-либо дисконтных карт, свидетельствует лишь об исполнении стороной по делу положений части 1 статьи 18 Закона о рекламе, но не свидетельствует о нерекламном характере такой информации.

Иное толкование закона фактически привело бы к тому, что любая информация, распространяемая определенному количеству лиц, давших согласие на получение рекламы в порядке статьи 18 Закона о рекламе, не являлась бы рекламой.

Более того, в соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонентом является пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Следовательно, информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Между тем, такая персонализация в виде направления рекламы на конкретный список телефонных номеров (с возможным присоединением к шаблону рекламы в автоматическом режиме какой-либо дополнительной информации, например номера карты или имени ее владельца), а равно более широкое толкование понятия рекламы, прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе и подтверждается судебной и административной практикой в контексте применения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Данная реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания, а ее адресность предполагается (по аналогии с тем, как предполагается адресность рекламы в журналах распространяемых исключительно среди подписчиков печатного СМИ распространяемого только по подписке). Фактическое же «создание» определенной группы лиц рекламораспространителем (только владельцы карт только жители юго-западного округа только мужчины и т.п.) не соотносится с определениями и понятиями, закрепленными в законодательстве о рекламе.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к однозначному выводу, что не смотря на доводы ЗАО «ТД «Перекресток», спорное смс-сообщение является рекламой в понимании статьи 3 Закона о рекламе и полностью должно отвечать требованиям Закона о рекламе.

Между тем, исходя из материалов дела невозможно достоверно

подтвердить факт поступления заявителю спорного сообщения.

В соответствии с пунктом 13 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, заявление (обращение) в антимонопольный орган должно содержать: фамилию, имя, отчество и место жительства заявителя - физического лица; наименование рекламодателя, рекламопроизводителя, рекламораспространителя, действия которых содержат признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе; описание фактов, свидетельствующих о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, с указанием способа, места и времени распространения рекламы, с приложением имеющихся доказательств; требования заявителя.

Исходя из положений статьей 3, 7 Федерального закона от 27.07.2006 № 152 ФЗ «О персональных данных», статьи 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи», Комиссии необходимо обладать достаточными доказательствами, представить которые может исключительно сам заявитель (абонент).

Однако заявителем не указан номер телефона, на который поступило спорное смс-сообщение, не указаны дата и время распространения спорной информации.

Кроме того, заявителем заявлено требование о неразглашении его персональных данных, в связи с чем у Московского УФАС России отсутствует возможность самостоятельно запросить необходимые для подтверждения либо опровержения поступления спорного смс-сообщения сведения.

Таким образом, не представляется возможным доказать факт поступления смс-сообщения спорного содержания на номер заявителя.

Резюмируя изложенное, по решению Комиссии Московского УФАС России дело № 3 21 54/77 16 подлежит прекращению.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

РЕШИЛА:

Производство по делу № 3 21 54/77 16 в отношении ЗАО «ТД «Перекресток», ООО «БИФРИ» прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Председатель Комиссии

Н.В. Орлов

Члены Комиссии

Н.С. Уварова

Е.А. Романова