

РЕШЕНИЕ

28.11.2018г.

г. Горно-Алтайск

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

16 ноября 2018 года, рассмотрев дело № 11-Р/18 от 18.10.2018г., возбужденное в отношении ООО «Адара Фит» (ИНН 5024175778, ОГРН 1175024017299, Московская обл., Красногорский район, с. Николо-Урюпино, ул. Гагарина, д. 23, пом. 9) по факту распространения СМС-сообщения: **«До 31.08 продление клубной карты ГОД 19900 ЗЕБРА Дубровка 84956699121»**, по сетям сотовой связи с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе»,

в отсутствии:

заявителя (уведомлена надлежащим образом);

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – ООО «Адара Фит» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай поступило заявление физического лица (вх. № 2818 от 30.08.2018г.), являющегося абонентом оператора сотовой связи «ВымпелКом», о распространении рекламного СМС-сообщения посредством сотовой связи с признаками нарушения статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» на мобильный телефон (абонентский номер <...> а именно: **«До 31.08 продление клубной карты ГОД 19900 ЗЕБРА Дубровка 84956699121»**, поступившего в 12:28 часов 29.08.2018г. от отправителя club ZEBRA, через смс-центр +79037011111.

В качестве подтверждения факта получения смс-рекламы заявителем представлен скриншот со своего сотового телефона, подтверждающий факт получения абонентом вышеуказанного смс-сообщения.

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 она не давала.

Согласно информации, представленной ПАО «ВымпелКом» (вх.№35 от 18.09.2018г.), рассматриваемое СМС-сообщение поступило в 12:25 часов 29.08.2018г. на абонентский номер <...> с буквенного значения club ZEBRA, закрепленного за ООО «ДЭНИ КОЛЛ» на основании договора об оказании услуг связи от 13.11.2015г. №576974438.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» представило информацию (вх.№3370 от 26.09.2018г.), согласно которой ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не является распространителем рассматриваемого СМС-сообщения. Между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» заключен партнерский договор №ДП/SMS-5/01122017 от 01.12.2017г., согласно которому ООО «ДЭНИ КОЛЛ» предоставляет ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» исключительно техническую возможность для рассылки СМС-сообщений.

Также ООО «ДЭНИ КОЛЛ» представило разъяснение ООО «Адара фит», полученное им от ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», согласно которому телефон физического лица (абонентский номер <...> был внесен ООО «Адара фит» в базу действующих клиентов по ошибке, при перенесении с бумажного носителя в электронный вид. Номер удален из базы клиентов.

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставило информацию (вх. 3508 от 08.10.2018 г.), в которой сообщает, что данное общество предоставило техническую возможность отправки СМС-сообщений индивидуальному предпринимателю. В свою очередь, индивидуальный предприниматель предоставил ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» разъяснение, полученное им от ООО «Адара фит» (между ИП и ООО «Адара фит» заключен договор оказания услуг №ДП-К/025917 от 05.10.2017 г.), в котором ООО «Адара фит» сообщает, что абонентский номер был внесен в базу действующих клиентов с ошибкой при перенесении с бумажного носителя в электронный вид.

Согласно сведениям, полученным с официального Интернет-сайта Федерального агентства связи, к компетенции которого относится выделение оператором ресурса нумерации, указанный в СМС-сообщении номер <...> относится к оператору АО «КантриКом».

Согласно информации, представленной АО «КантриКом» (вх.3061 от 10.09.2018г.), номер <...> , указанный в СМС-сообщении, закреплен за ООО «Адара фит» на основании соглашения от 01.10.2017г. к договору от 01.11.2016г. №16/2337-ОКП.

В связи с тем, что указанная реклама содержит признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «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 18.10.2018г. возбуждено дело №11-Р/18 в отношении ООО «Адара Фит» и назначено к рассмотрению на 16.11.2018г.

Данное определение с требованием предоставления письменных пояснений по факту распространения вышеуказанной смс-рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона «О рекламе» согласно почтовому уведомлению 80084228160124 получено ООО «Адара Фит» 06.11.2018г.

15.11.2018г. ООО «Адара Фит» представило пояснения (вх. №4030), согласно которым, рассматриваемое СМС-сообщение не является рекламой в смысле статьи 3 Закона «О рекламе», т.к. данное сообщение адресовано только лицам,

имеющим действующие договора на оказание физкультурно-оздоровительных услуг. В рассылке речь идет только об условиях продления срока действия клубной карты.

К назначенному времени рассмотрения дела №11-Р/18 от 18.10.2018г. представитель ООО «Адара Фит» не явился.

Согласно почтовому уведомлению 80084228160117 29.10.2018г. была неудачная попытка вручения почтовой корреспонденции с определением о возбуждении дела №11-Р/18 от 18.10.2018г.

19.10.2018г. определение о возбуждении дела №11-Р/18 от 18.10.2018г. направлено заявителю посредством электронной почты.

Следовательно, на момент заседания Комиссии УФАС по РА 16.11.2018г. ООО «Адара Фит» и заявитель были надлежащим образом уведомлены о дате и времени рассмотрения дела.

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, устанавливают Правила 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.

Комиссия УФАС по РА, руководствуясь пунктом 30 вышеуказанных Правил, приняла решение о рассмотрении дела в отсутствие заявителя.

В ходе рассмотрения дела Комиссия установила следующее:

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38 - ФЗ «О рекламе» (далее - Закон 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 20 июня 2018 г. № АД/45557/18 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.

Следовательно, полученное заявителем СМС-сообщение: **«До 31.08 продление клубной карты ГОД 19900 ЗЕБРА Дубровка 84956699121»** является рекламой, так как оно неперсонифицировано, направлено на привлечение внимания, формирование интереса у потребителя (абонента) к предоставляемым ООО «Адара фит» услугам и продвижение этих услуг на рынке.

Признак рекламы – адресация неопределенному кругу лиц, в данном случае не является безусловным основанием для непризнания СМС-сообщения рекламой, так как реклама, распространяемая посредством сотовой связи, подразумевает ее обращение конкретному абоненту.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. №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.

В данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

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.

Документов, подтверждающих согласие на отправку рекламного СМС-сообщения **«До 31.08 продление клубной карты ГОД 19900 ЗЕБРА Дубровка 84956699121»**, в адрес УФАС по РА ООО «Адара Фит» не представлено.

Кроме того, 26.09.2018г. в адрес УФАС по РА ООО «ДЭНИ КОЛЛ» представлено разъяснение ООО «Адара фит», полученное им от ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», в котором ООО «Адара фит» сообщает, что телефон (абонентский номер <...> был внесен ООО «Адара фит» в базу действующих клиентов по ошибке при перенесении с бумажного носителя в электронный вид.

Согласно пункту 3.3.2 договора оказания услуг №ПДП-К/025917 от 05.10.2017 г., заключенного между ООО «Адара фит» и ИП, ООО «Адара фит» обязано в обязательном порядке предварительно получать от абонента согласие на получение сообщений.

Резюмируя изложенное, Комиссия УФАС по РА приходит к выводу, что распространителем рассматриваемой смс-рекламы является ООО «Адара фит» (ИНН 5024175778, ОГРН 1175024017299, Московская обл., Красногорский район, с. Николо-Урюпино, ул. Гагарина, д. 23, пом. 9).

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона «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 об отсутствии необходимости выдачи предписания, Комиссия руководствовалась тем фактом, что ООО «Адара фит» в представленных ИП разъяснениях сообщает, что абонентский номер удален из базы клиентов. Также, УФАС по РА, в целях восстановления прав абонента, направлен запрос в ПАО «Вымпелком» как лицу, имеющему техническую возможность прекратить распространение ненадлежащей рекламы, о включении абонентского номера в стоп-лист рассылки с абонентского номера +84956699121.

Руководствуясь 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: **«До 31.08 продление клубной карты ГОД 19900 ЗЕБРА Дубровка 84956699121»**, поступившую в 12:28 часов 29.08.2018г. от отправителя club ZEBRA на мобильный номер без предварительного согласия абонента на получение рекламы, что противоречит ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»;

2. Передать материалы дела уполномоченному лицу УФАС по РА для возбуждения административного производства, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ в отношении ООО «Адара фит», виновного в нарушении рекламного законодательства.

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