

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 062/05/18-367/2019

Резолютивная часть оглашена 14 ноября 2019

В полном объеме изготовлено 28 ноября 2019

Комиссия Рязанского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе (далее - Комиссия):

Председатель Комиссии – <...> рассмотрев дело № 062/05/18-367/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения на мобильный номер <...> +79<...> смс-сообщений рекламного характера от фитнес-центра ARTA-Gym, без предварительного согласия абонента,

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе (рекламораспространителя) ООО «Арта Фит», извещенного надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Рязанского УФАС России 11.06.2019 (вх. №2878) поступило заявление <...> о распространении на ее телефонный номер <...> <...> смс-сообщений рекламного характера от фитнес-центра ARTA-Gym с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

<...> к своему заявлению приложила скриншоты полученных смс-сообщений, из которых следует, что смс-сообщения:

- «Жара! 4 месяца за 4900! Звони! А то мы позвоним.. куда следует. <...>» поступило 26.04.2019 в 19:00 от ArtaGym;

- «Только 5 дней! Лето бесплатно! 12м+3м в подарок за 14900. Звони! <...>» поступило 29.04.2019 в 13:06 от ArtaGym;

- «Скидка 20% на все! Будьте любезны, в очередь! Звони <...>» поступило 15.05.2019 в 13:06 от ArtaGym;

- «Покажи смс и ходи 10 дней бесплатно в фитнес центр ArtaGym! <...>» поступило 22.05.2019 в 13:05 от ArtaGym.

Кроме того, в заявлении <...> пояснила, что в фитнес-центр ARTA-Gym не посещала, абонемент их не покупала, не звонила и не узнавала условия, договор не заключала и никакого согласия на получение рекламы не давала.

Также в заявлении <...> указала, что 22.05.2019 в 13:32 позвонила в данный фитнес-центр, сказав, что не хочет получать от них какие-либо сообщения и информацию.

В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации (реестр публикуется на сайте Федерального агентства связи Россвязьrossvyaz.ru) телефонный номер <...> <...> принадлежит оператору ПАО «МТС» (г. Рязань, Рязанская область), телефонный номер <...> указанный в смс-сообщениях <...>, принадлежит оператору ООО «Т2 Мобайл».

Для получения необходимой информации об установлении рекламораспространителя Рязанским УФАС России были направлены запросы от 01.07.2019 (исх. № 2150, 2151, 2152) в ПАО «МТС», ООО «Т2 Мобайл» и ООО «МСН Телеком».

В адрес Рязанского УФАС России поступил ответ от ООО «Т2 Мобайл», из которого следует, что абонентский номер <...> <...> принадлежит ООО «Арта Фит» (ИНН/ОГРН 6234145669/1156234009546, 39026, г. Рязань, площадь 50-летия Октября, д.2, пом. Н24) по договору об оказании услуг связи от 03.08.2015, и данный номер выделен вышеуказанному абоненту в качестве дополнительного номера в целях переадресации вызовов на федеральный номер <...> <...>.

Согласно ответу ПАО «МТС» установлено, что в ходе поведенной проверкой буквенный идентификатор «ArtaGym» выделен ООО «Арта Фит» по договору № <...> в рамках услуги «МТС Коммуникатор».

В соответствии с Дополнительным соглашением «МТС Коммуникатор» №1 от 19.04.2017 ПАО «МТС» подключило корпоративному клиенту услугу «МТС Коммуникатор» и выделило буквенный идентификатор «ArtaGym», посредством которого через канал ПАО «МТС» корпоративный клиент отправляет смс-сообщения своим зарегистрированным пользователям. Таким образом, суть услуг, оказываемых ПО «МТС» по Дополнительному соглашению «МТС Коммуникатор», заключается в обеспечении корпоративному клиенту технической возможности (создании необходимых условий) в формировании и отправке смс-сообщений.

Согласно ответу ООО «МСН Телеком» (вх. от 04.07.2019 №3249) телефонный номер <...> принадлежит <.>.

В соответствии с выпиской из ЕГРЮЛ ООО «Арта Фит» <...> является одним из учредителей общества.

На основании изложенного возбуждено дело № 062/05/18-367/2019 о нарушении Закона о рекламе.

Определениями по делу № 062/05/18-367/2019 от 26.07.2019 (исх. № 3482), от 26.08.2019 (исх. № 3813) по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» у ООО «Арта Фит» были запрошены документы и сведения, необходимые для рассмотрения дела, в том числе мотивированное объяснение по факту предъявленного нарушения.

06.09.2019 при рассмотрении дела № 062/05/18-367/2019 представителем ООО «Арта Фит» представлено согласие на обработку персональных данных <...> от 14.04.2017. Кроме того, представитель общества пояснил, что <...> посетила пробное занятие в фитнес-центре один раз – 14.04.2017 и заполнила данное согласие на обработку персональных данных.

Комиссия управления, рассмотрев заявление и материалы дела, приводит к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 Закона 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; объект рекламирования - 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; *товар* - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 N 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.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе" 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством телефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются услуги общества «Арта Фит».

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Таким образом, возложена обязанность доказать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения

арбитражными судами Федерального закона "О рекламе" указал следующее: «Согласно части 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя».

В ходе рассмотрения дела Комиссией управления проанализировано представленное на заседании комиссии 06.09.2019 согласие и установлено следующее.

Согласно пункту 1 согласия на обработку персональных данных от 14.04.2017 <...> дает согласие на обработку ООО «Арта Фит» своих персональных данных, то есть совершение следующих действий: сбор, систематизация, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), использование, распространение (в том числе передачу), обезличивание, блокирование, уничтожение персональных данных, при этом описание вышеуказанных способов обработки данных приведено в Федеральном законе от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных», в следующих целях:

- в целях исполнения трудового договора;
- для обеспечения личной безопасности, защиты жизни и здоровья работника;
- в целях ведения финансово-хозяйственной деятельности организации;
- иное (необходимо точное указание целей).

Таким образом, данное согласие не подтверждает получение согласия <...> на распространение рекламы на ее телефонный номер от ООО «Арта Фит».

Иных документов в адрес управления от ООО «Арта Фит» не поступало.

Согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи», абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями, но не отправителями сообщений.

При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Инициатором рекламных смс-сообщений на номер Заявителя без его предварительного согласия является ООО «Арта Фит», сведений опровергающих данный факт материалы дела не содержат.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

В материалах дела доказательств получения согласия абонента на получение рекламы посредством использования сети электросвязи (в данном случае смс-сообщений) от ООО «Арта Фит» не представлено, антимонопольным органом не получено.

При рассмотрении дела Заявитель утверждала, что согласия на распространение рекламы путем направления смс-сообщений не давала, в Рязанском УФАС России сведения и документы о получении отправителем согласия абонента +79<...> на распространение ей рекламы по сетям электросвязи отсутствуют, распространение указанной рекламы противоречит части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Таким образом, распространение 26.04.2019; 29.04.2019, 15.05.2019, 22.05.2019 посредством смс-сообщений рекламы товаров и услуг на номер телефона +79<...>, поступивших от ArtaGym с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ненадлежащим.

Кроме того, Заявитель при рассмотрении дела направила в адрес управления обращение о прекращении направления смс-сообщений рекламного характера от ООО «Арта Фит».

Следовательно, нецелесообразным является выдача предписания о прекращении нарушения рекламного законодательства.

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона 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 N 508, Комиссия Рязанского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространяемую ООО «Арта Фит» на абонентский номер <...> <...> <...> без предварительного согласия абонента, поскольку при ее распространении нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать в связи с добровольным устранением нарушения законодательства о рекламе лицом, его совершившим.

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

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

Председатель Комиссии <...>

<...>

Члены Комиссии: