

РЕШЕНИЕ

Дата принятия решения: 29 ноября 2019 года

г. Иваново

Комиссия Ивановского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе (далее - Комиссия):

< ... > рассмотрев дело №037/05/18-450/2019 (03-31/2019-32), возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в отсутствие заявителя: <...>,

в присутствии законного представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: ООО «Мастерская здоровья» (ИНН 3702219279) – <...>,

УСТАНОВИЛА:

В Ивановское УФАС России поступило заявление жителя г. Иваново, в котором содержится информация о наличии признаков нарушения Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

Так, из заявления следует, что 09.09.2019 в 17:51 на телефонный номер <...> от абонента с телефонным номером <...> поступил звонок с рекламной информацией о курсе аппаратного массажа для женщин. Однако своего согласия на получение подобной рекламной рассылки абонент не давал.

Следовательно, в указанной рекламе содержатся признаки нарушения ч.1 ст. 18 Закона о рекламе, согласно которой 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.

За нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламодатель.

Факт распространения рекламы подтверждается: заявлением, аудиозаписью телефонного разговора, пояснениями ООО «Маркетингбизнес», ПАО «Вымпелком» и ООО «Мастерская здоровья».

Ивановским УФАС России по данному факту 19 ноября 2019 года возбуждено дело №037/05/18-450/2019 (03-31/2019-32) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Понятия «сеть связи», «средства связи», «абонент» приведены в ст.2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи».

Так, сеть связи – это технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для электросвязи или почтовой связи.

Средства связи – технические и программные средства, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки сообщений электросвязи или почтовых отправок, а также иные технические и программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей 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 «адресат» содержится в ст.2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которой адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе ненадлежащей является реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – это информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирования и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Федеральной антимонопольной службой России в письме №АЦ/4624 от 05.04.2007 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В содержании рассматриваемой информации отсутствуют сведения, указывающие на лицо, до которого информация доведена (распространена) и на восприятие которого непосредственно направлена.

Согласно имеющимся сведениям телефонный номер <...> выделен ООО «Маркетингбизнес» по договору услуг связи «Билайн» №715884916 от 28.03.2019, заключенному с ПАО «Вымпелком». Из представленных ООО «Маркетингбизнес» материалов следует, что инициатором указанного телефонного соединения является ООО «Мастерская здоровья».

В письменных пояснениях ООО «Мастерская здоровья» (вх. №4128 от 19.11.2019) указало, что не считает озвученную абоненту информацию рекламой. Общество сообщило, что не ведет записей телефонных разговоров, но предоставило озвучиваемый абонентам текст: «Здравствуйтесь, для женщин города Иваново появилась возможность ближайшие три дня пройти оздоровление организма при помощи миостимуляции мышц всего тела низкими длинами волн и инфракрасным теплом. Эти сеансы благоприятно действуют на кожу...».

Рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к услуге по аппаратному массажу;

- призвана формировать и поддерживать интерес к объекту рекламирования, способствует его продвижению на рынке.

В письменных пояснениях ООО «Мастерская здоровья» (вх. №4128 от 19.11.2019) указало, что у абонента была возможность, прослушав первую часть сообщения, нажать кнопку №1 и выразить таким образом согласие на получение рекламы.

Следовательно, предварительного согласия абонента на получение рекламы у Общества отсутствовало. Кроме того, представленная заявителем запись рассматриваемого телефонного разговора свидетельствует о том, что абонент однозначно выразил свой отказ от получения рекламы.

Законодательством Российской Федерации не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что предполагает допустимым любую форму предварительного согласия абонента.

Однако согласно ч.1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

В п.15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», разъяснено следующее: «согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем, согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

Следовательно, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

При обращении в Ивановское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы. Документарно подтвержденных доказательств обратного в материалы дела не представлено. Таким образом, в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством телефонных звонков.

Значит, рассматриваемая реклама содержит признаки нарушения требования ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

За нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

На рассмотрении дела представитель ООО «Мастерская здоровья» факт нарушения отрицал, полагая, что за 27 секунд, которые длилось рассматриваемое телефонное соединение, абоненту была озвучена часть сообщения с рекламной информацией.

Вместе с тем, представленная абонентом в материалы дела аудиозапись телефонного разговора свидетельствует об обратном, - гражданина пригласили пройти курс аппаратного массажа.

Кроме того, представитель Общества заявил о готовности исполнить предписание антимонопольного органа, а также сообщил, что в настоящее время изменен озвучиваемый абонентам текст.

Руководствуясь статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе, в целях обеспечения реализации права

потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Предписание антимонопольного органа, исходя из положений Закона о рекламе, является способом защиты общественных отношений, а также законных прав потребителей и иных заинтересованных лиц, направлено на устранение выявленных при рассмотрении дела нарушений и не является мерой ответственности стороны.

Исходя из изложенного, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «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 рекламу курса аппаратного массажа для женщин, поступившую 09.09.2019 в 17:51 на телефонный номер <...>, ненадлежащей, поскольку при ее распространении были нарушены требования ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Мастерская здоровья» предписание об устранении нарушения Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ивановского УФАС России для решения вопроса в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 29 ноября 2019 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

<...>