

Резолютивная часть решения объявлена 14 февраля 2019 года.

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

рассмотрев дело № 3-01/01-2019, возбужденное в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Суперфит» (далее – ООО «Суперфит»; ИНН 5024167826; ОГРН 1165024056977), по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»),

в отсутствие:

заявителя – А...

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, ООО «Суперфит»,

УСТАНОВИЛА:

В Пензенское УФАС России из ФАС России для рассмотрения поступило обращение абонента ПАО «МТС» А.. (г. Москва), по вопросу распространения рекламы, приходящей на номер телефона +7... посредством смс-сообщения. Заявитель согласия на получение смс-сообщений рекламного характера на свой абонентский номер оператору связи или иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению смс-рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Пензенским УФАС России определением от 16.01.2019 по факту распространения смс-сообщения рекламного характера возбуждено дело № 3-01/01-2019 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе» в отношении ООО «Суперфит» (ИНН 5024167826). Рассмотрение дела назначено на 14.02.2019.

На рассмотрение дела 14.02.2019 представитель ООО «Суперфит» не явился. В материалах дела имеются доказательства надлежащего извещения ООО «Суперфит» о месте и времени рассмотрения дела № 3-01/01-2019.

С учетом вышеизложенного Комиссия Пензенского УФАС России находит возможным рассмотреть дело в отсутствие представителя ООО «Суперфит».

В результате рассмотрения Заявления по существу и изучения дополнительно собранных доказательств установлено следующее.

На абонентский номер заявителя +7... в сети оператора услуг связи

ПАО «МТС» поступило смс-сообщение следующего содержания:

- «ФИТНЕС+БАССЕЙН=ГОД 16900р или 1900р ЕЖЕМЕСЯЧНО БРОНЬ 8...». Дата и время поступления сообщения: 19.11.2018 в 14:07.

В соответствии со статьёй 3 ФЗ «О рекламе» рекламой является информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. При этом под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» в целях настоящего Федерального закона используются следующие основные понятия: товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Под неопределённым 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.

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

За счет одновременного информирования большого количества людей реклама позволяет ознакомить потребителей с товарами, услугами, реализуемыми на рынке, сформировать к ним положительное отношение потребителей, позитивно выделить определенные организации, товары и услуги из всего существующего ряда.

Информация с содержанием: «ФИТНЕС+БАССЕЙН=ГОД 16900р или 1900р ЕЖЕМЕСЯЧНО БРОНЬ 8...», размещенная посредством использования телефонной связи, подпадает под понятие рекламы, а именно: адресована неопределённому кругу лиц и направлена на привлечение внимания потребителей рекламы к товару (услуге), способствует его продвижению на рынке.

В соответствии с частью 1 статьи 18 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 распространённой 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.

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.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Законом № 272-ФЗ от 21.07.2014 в статью 2 Федерального закона «О связи» введено понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Федеральный закон «О связи» не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (с использованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые автоматически.

Статья 44.1 Федерального закона «О связи» устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с «коротких» и «буквенных» номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона «О связи».

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи»

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. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

В ходе рассмотрения дела установлено, что телефонный номер <...> ... выделен абоненту А... (г. Москва) на основании договора о предоставлении услуг связи с ПАО «МТС».

Рекламные сообщения поступило от отправителя, имеющего буквенное обозначение «ZEBRA» и отправлено через смс-центр +7... ПАО «МТС».

Пензенским УФАС России в адрес ПАО «МТС» направлен запрос (исх. от 22.11.2018) о предоставлении сведений относительно абонента телефонного номера, с которого отправлено вышеупомянутое рекламное сообщение.

Согласно информации, представленной ПАО «МТС», рекламное сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «СМС трафик» на основании договора от 12.12.2017 на оказание услуг.

Согласно информации, представленной ООО «СМС трафик» (вх. от 14.01.2019), рекламораспространителем смс-сообщения рекламного характера является ООО «Суперфит» (ИНН 5024167826).

Как следует из представленных в материалы дела документов, ООО «СМС трафик» (Исполнитель) 16.06.2018 заключило с ООО «Суперфит» (Заказчик) Договор №... по оказанию услуг.

В рамках заключенного Договора Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги доступа к Системе.

Под Системой в силу Договора понимается принадлежащий Исполнителю программно-аппаратный комплекс, который позволяет обрабатывать Сообщения.

Исполнитель организует доступ к сервису посредством установки программного обеспечения на устройства Заказчика или предоставляет ему доступ через защищенный канал к закрытой части сайта.

На основании п.5.3 Договора №... от 16.06.2018, ответственность за содержание отправленных Заказчиком сообщений несет сам заказчик. Исполнитель обеспечивает пропуск через свою Систему Сообщений в их неизменном содержании и объеме, без редактирования.

Таким образом, в соответствии с данным договором ООО «СМС трафик» самостоятельно не организывает смс-рассылки, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе. Основной функцией ООО «СМС трафик» в этом случае является маршрутизация сообщений.

Изложенное выше позволяет Комиссии сделать вывод о том, что заключенный между ООО «СМС трафик» и ООО «Суперфит» договор свидетельствует о том, что его предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений. ООО «СМС трафик» обеспечило техническими и программными средствами ООО «Суперфит» для передачи смс-сообщения. Техническое и фактическое формирование смс-сообщений, формирование базы получателей и рассылка по адресам смс-сообщений, осуществлялись ООО «Суперфит».

Таким образом, рекламораспространителем смс-сообщений является ООО «Суперфит».

В части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

В ходе рассмотрения настоящего дела ООО «СМС трафик» представило в Пензенское УФАС России копию клубного контракта №34394, из которого следует, что согласие на получение от ООО «Омега Фит» рекламной информации на номер мобильного телефона +7... дано К... При этом, как было указано выше, данный номер выделен абоненту А... (г. Москва) на основании договора о предоставлении услуг связи с ПАО «МТС».

Согласно позиции Пленума ВАС РФ, изложенной в пункте 15 постановления от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», под абонентом или адресатом,

указанным в части 1 статьи 18 Закона о рекламе, надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Ввиду того, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Доказательства того, что в процессе смс-рассылки с рассматриваемой рекламой было получено согласие Абонента А... (г. Москва) мобильного телефона +7... на получение смс-сообщений, ООО «Суперфит» не представлены.

Следовательно, материалами дела № 3-01/01-2019, возбужденного по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, подтверждается тот факт, что рассматриваемая реклама была отправлена Заявителю на его абонентский номер <...> ... без его предварительного согласия на получение рекламы.

Таким образом, реклама: «ФИТНЕС+БАССЕЙН=ГОД 16900р или 1900р ЕЖЕМЕСЯЧНО БРОНЬ 8...» распространялась посредством использования подвижной радиотелефонной связи с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии со статьей 38 названного закона несет рекламодатель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

Собранные по делу доказательства и установленные обстоятельства свидетельствуют о том, что нарушение законодательства о рекламе в данном случае содержится в действиях лица, распространившего рассматриваемую рекламу, т.е. ее рекламодателя – ООО «Суперфит».

Рекламодатель обязан соблюдать требования статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия считает действия ООО «Суперфит» по распространению на телефонный номер Заявителя по сетям электросвязи рекламы без его предварительного согласия, нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Ненадлежащая реклама не допускается.

В соответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ 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.

На дату принятия Комиссией решения в материалах дела отсутствуют доказательства прекращения распространения смс-сообщений абоненту ПАО «МТС» Ананьину А.С.

В связи с изложенным, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Суперфит» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

В силу части 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе» нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ 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.

Водствуясь 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 от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: «ФИТНЕС+БАССЕЙН=ГОД 16900р или 1900р ЕЖЕМЕСЯЧНО БРОНЬ 8...», распространяемую 19.11.2018 в 14:07 ООО «Суперфит» по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента А... на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Суперфит» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы посредством SMS-сообщений без предварительного согласия абонента.

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

Решение изготовлено в полном объеме 14 февраля 2019 года.

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