РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения объявлена 24.07.2018 г. **г. Краснодар**

Решение изготовлено в полном объеме 06.08.2018 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель комиссии – … – заместитель руководителя, начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции;

Члены комиссии:

… – заместитель начальника отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции;

… – главный специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции;

... - главный специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции;

... – специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 129 Р/2018, возбужденное по признакам нарушения ч. 1 ст.18 Федерального закона «О рекламе» при распространении посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> … рекламы содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»*, полученного 23.03.2018 г. в 14 часов 36 минут,

в присутствии представителя по доверенности № 7 от 01.07.2018 г. надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела № 129 Р/2018 лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – ИП … - …,

УСТАНОВИЛА:

При осуществлении государственного надзора за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе и в связи с рассмотрением заявления гр. … (вх. № эл.п. 2764 от 29.03.2018г.) по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> … рекламы содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»*, полученного абонентом 23.03.2018г. в 14 часов 36 минут с номера (буквенного идентификатора) «…», Краснодарским УФАС России установлено следующее.

Смс-сообщение с рекламой содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»*, полученное на телефонный номер <...> …, отправлено с номера (буквенного идентификатора) «FITNESS», что подтверждено фотоматериалами, представленными заявителем.

Согласно п. 1 ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006г № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный 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.

Информация вышеуказанного содержания является рекламой на основании п.1 ст.3 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с ч.1 ст.18 Федерального 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с п. 1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 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.

Гр. ..., являясь абонентом номера +79…, не давал своего согласия на получение смс-сообщения с вышеуказанной рекламой.

Из документов и материалов, представленных филиалом оператора связи ПАО «МТС» по запросу Краснодарского УФАС России, следует, что распространение рекламы вышеуказанного содержания осуществило ООО «СМС-центр» по договору № MTC/SMS-2/12122017 от 12.12.2017г., заключенному с оператором связи ПАО «МТС». В рамках указанного договора ООО «СМС-центр» присвоен вышеуказанный буквенный идентификатор, с использованием которого осуществлялась вышеуказанная смс-рассылка.

Согласно материалам и документам, представленным ООО «СМС-центр» по запросу Краснодарского УФАС России, вышеуказанное смс-сообщение с буквенного идентификатора «…» было отправлено ООО «ЛТРР» в рамках договора № … от … г., заключенного с ООО «СМС-центр».

На основании представленных материалов было возбуждено дело № 129 Р/2018 в отношении ООО «ЛТРР» по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

В ходе рассмотрения дела № 129 Р/2018 Комиссией Краснодарского УФАС России было установлено, что рассылку вышеуказанного смс-сообщения осуществило ООО «Авиатор» в рамках договора № … от …

В связи с чем, 23.05.2018 г. на рассмотрении дела № 129Р/2018 Комиссия Краснодарского УФАС России приняла решение о замене ненадлежащего лица ООО «ЛТРР» надлежащим ООО «Авиатор» (ИНН 7805590323).

18.06.2018 г. ООО «Авиатор» представило материалы (вх. № 6574), в соответствии с которыми рассылку вышеуказанного смс-сообщения осуществил ИП … (ИНН …) в рамках договора № … об оказании услуг от 27.04.2018 г. (далее – договор, прилагается).

В соответствии с п. 1.1 договора Исполнитель (ООО «Авиатор») оказывает за плату Заказчику (ИП …) услуги по обеспечению доступа к программному приложению web-приложению, расположенному по

а д р е с у htpp://web.iqsms.ru/, обеспечивающему формирование, отправку и подтверждение об отправке SMS-сообщений в течение определенного периода.

Согласно п. 1.4 договора формирование текста SMS-сообщений и создание списков телефонных номеров Абонентов для отправки SMS-сообщений производится Заказчиком в Системе самостоятельно с соблюдением требований действующего законодательства РФ.

В соответствии с п. 1.5 договора подписывая настоящий договор, Заказчик гарантирует наличие согласий от Абонентов на получение ими коротких текстовых сообщений, рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи.

Из пояснений, представленных ООО «Авиатор» (вх. № 6574 от 18.06.2018г.), следует, что для осуществления смс-рассылки Клиент создает личный кабинет на сайте http://iqsms.ru, принадлежащем ООО «Авиатор», в момент регистрации на данном сайте Клиенту присваивается уникальный логин и пароль, Клиент авторизуется в Личном кабинете путем ввода присвоенного логина и пароля. После входа в Личный кабинет Клиент может загружать в адресную книгу список телефонов для последующей отправки смс-сообщений, формировать текст смс-сообщений и осуществлять отправку сформированных смс-сообщений по заданным абонентам.

В подтверждение вышеуказанного ООО «Авиатор» представило выписку из личного кабинета ИП …, зарегистрированного на сайте http://iqsms.ru, которому присвоен уникальный логин …, с помощью которого ООО «Авиатор» определило ИП … как отправителя вышеуказанного смс-сообщения.

27.06.2018 г. на рассмотрении дела № 129 Р/2018 Комиссией Краснодарского УФАС России принято решение о замене ненадлежащего лица ООО «Авиатор» надлежащим ИП … в связи с отсутствием в действиях ООО «Авиатор» признаков нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» и назначено рассмотрение дела № 129 Р/2018 на 20.07.2018 г.

18.07.2018 ИП … представлены документы, согласно которым рассылка вышеуказанного смс-сообщения ИП … была произведена через оборудование и сервис, предоставляемый исполнителем (ООО «Авиатор») в рамках договора об оказании услуг № …, заключенного между ООО «Авиатор» и ИП ..., а также по договору публичной оферты http://iqsms.ru/agreement.php через web-

интерфейс сайта iqsms.ru.

Также в подтверждение отправки вышеуказанного смс-сообщения на номер <...> … представлена выписка из личного кабинета ИП ... с указанием присвоенного ему идентификатора (логина) …, с помощью которого ООО «Авиатор» определило ИП … в качестве отправителя вышеуказанного смс-сообщения.

Кроме того, ИП …. в материалы дела представлена анкета от …, в которой гр. … выразил согласие получение смс-сообщений от фитнес-клуба «Пеликан» на номер <...> …. Анкета содержит подпись.

На рассмотрении дела № 129 Р/2018 20.07.2018 представитель по доверенности ИП … … указал, что вышеуказанное смс-сообщение было отправлено ИП … в рамках заключенного с ООО «Авиатор» договора в связи с наличием предварительного согласия заявителя на получение смс-сообщений от фитнес-клуба «Пеликан», выраженного в вышеуказанной анкете.

В рамках рассмотрения дела № 129 Р/2018 20.07.2018 г. председатель Комиссии Краснодарского УФАС России объявил перерыв до 24.07.2018 г. в связи с необходимостью получения доказательств оплаты ИП … услуг ООО «Авиатор» по обеспечению доступа к программному web-приложению по адресу http://web.iqsms.ru/, обеспечивающему формирование и отправку смс-сообщений, в рамках которых была осуществлена рассылка вышеуказанного смс-сообщения.

24.07.2018 представитель ИП … по доверенности … представил платежные документы, подтверждающие оплату услуг ООО «Авиатор» за 22.03.2018 г., оказанных ИП …. в рамках заключенного между ними договора № …, в связи с произведенной ИП … смс-рассылкой, в том числе смс-сообщения, отправленного с номера «…» на номер <...> …, с рекламой содержания: «*Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011*», полученного абонентом 23.03.2018г. в 14 часов 36 минут.

В рамках рассмотрения Краснодарским УФАС России заявления гр. …., по итогам которого было возбуждено настоящее дело, при установлении лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», связанных с распространением вышеуказанного смс-сообщения, ООО «СМС-центр» представило, в том числе копию вышеуказанной анкеты. В связи с чем, Краснодарское УФАС России направило в адрес гр. …. запрос, в котором просило уточнить сведения по вопросу – предоставлял ли он свое согласие на смс-рассылку фитнес-клуба

«Пеликан» путем заполнения анкеты …г.

В своем ответе на данный запрос гр. …. указал, что своего согласия на смс-рассылку путем заполнения анкеты не давал.

Согласно п. 15 постановления пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Таким образом, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

Однако, представленная анкета на имя гр. ... не содержит сведений, однозначно идентифицирующих его как лицо, дающее согласие на получение рекламной смс-рассылки (например, таких сведений, как дата рождения, адрес регистрации и т.п.).

При этом, в материалах настоящего дела имеются образец подписи гр. ..., содержащийся в согласии на обработку персональных данных Краснодарским УФАС России, приложенным к заявлению гр. …, по итогам рассмотрения которого было возбуждено настоящее дело, и содержащийся в абонентском договоре, заключенным между заявителем и оператором связи, представленным ПАО «МТС».

В виду очевидного различия подписи, содержащейся в вышеуказанной анкете, и подписи, указанной в согласии гр. …. и абонентском договоре, а также с учетом пояснений гр. …. о том, что он не давал своего согласия на смс-рассылку на его телефонный номер путем заполнения анкеты, у Комиссии Краснодарского УФАС России не возникает сомнений в том, что подпись в анкете не принадлежит гр. …

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с п. 7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем рекламы содержания:

«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011», полученного 23.03.2018 г. в 14 часов 36 минут на телефонный номер +79…, является ИП … (адрес: …).

В соответствии с п. 4 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

С учётом изложенного, рекламораспространителем – ИП … при распространении рекламы содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»*, полученного 23.03.2018 г. в 14 часов 36 минут на телефонный номер +79…, нарушены требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку реклама распространялась без предварительного согласия абонента.

Руководствуясь пунктом 1 части 2 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 ненадлежащей рекламу содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»*, полученную 23.03.2018 г. в 14 часов 36 минут на телефонный номер <...> … без предварительного согласия абонента, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе».

2 . В связи с добровольным устранением ИП … нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с его нецелесообразностью.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Краснодарского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 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.