РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-534/2019

11 июля 2019 года
Омск

город

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее - Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – (...),

члены Комиссии: (...),

рассмотрев дело № 055/05/18-534/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения обществом с ограниченной ответственностью «Медицинский центр «Практик», адрес места нахождения: 644052, г. Омск, ул. Багратиона, д. 6 А, ИНН 550301001, ОГРН 1135543051632 (далее – ООО «Медицинский центр «Практик», Общество) рекламы, содержащей признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в присутствии представителя ООО «Медицинский центр «Практик», в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – (...)

в отсутствие заявителя, извещенного надлежащим образом (ходатайство вх. № 7069 от 10.07.2019),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России поступило заявление М. по факту направления 27.12.2018 в 16:33 часов на абонентский номер <...> (...) смс-сообщения: «*Прием детского кардиолога Скидка 30% по промокоду НОВЫЙ2019 Детская клиника Практик. Запишитесь на прием 89659870515*» от отправителя «Praktik».

По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена в его адрес без предварительного согласия на ее получение.

В письме от 08.02.2019 № 2550.00/77 - 19 ООО (...) указало, что «...абонентский номер отправителя рекламного смс-сообщения «Praktik» принадлежит ООО (...)...».

Согласно ответу ООО (...) от 22.02.2019 № 480 рассылка вышеуказанного смс-сообщения осуществлена ООО (...) в рамках партнерского договора от 13.08.2018 № ДП/SMS-1/1082018.

ООО (...) сообщило (вх. № 48 от 29.04.2019), что отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ООО (...) на основании договора № А220834 от 22.08.2018.

В письме от 08.05.2019 ООО (...) указало, что смс-рассылка была осуществлена ООО «Медицинский центр «Практик» в рамках договора оказания услуг № 9012/18-ЛК8.

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Омским УФАС России в отношении ООО «Медицинский центр «Практик» возбуждено дело № 055/05/18-534/2019 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

На заседании Комиссии Омского УФАС России 11.07.2019 представитель ООО «Медицинский центр «Практик» поддержал доводы, изложенные в письменном виде, при этом отметил, что, у Общества есть предварительное согласие абонента +7 (...) на получение рекламы; в настоящее время вся смс-рассылка прекращена.

В процессе рассмотрения дела Комиссией Омского УФАС России установлено следующее.

Согласно материалам дела на абонентский номер <...> (...) от отправителя «Praktik» (ООО «Медицинский центр «Практик») поступило смс-сообщение: *«Прием детского кардиолога Скидка 30% по промокоду НОВЫЙ2019 Детская клиника Практик. Запишитесь на прием 89659870515».*

Поступление вышеуказанного смс-сообщения зафиксировано заявителем посредством скриншота экрана телефона, подтверждено представленной им и оператором связи детализацией.

Факт направления вышеуказанного смс-сообщения на абонентский номер +7 (...) Обществом не оспаривается.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального 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.

Согласно пункту 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» объектом рекламирования является 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.

Под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга),

предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (пункт 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Согласно части 1 статьи 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 именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

По утверждению Общества, реклама по сетям электросвязи была направлена на основании имеющегося у ООО «Медицинский центр «Практик» согласия абонента +7 (...) на ее получение.

Вместе с тем из представленного Обществом документа следует, что согласие (с указанием абонентского номера +7 (...) на получение рекламной информации от ООО «Медицинский центр «Практик» дал (...).

По договору оказания услуг связи абонентский номер +7 (...) выделен оператором связи заявителю М.

В силу пункта 1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Федеральный закон «О связи») под абонентом понимается пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 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 рекламораспространителя».

В письме ФАС России от 25.09.2017 № АК/65823/17 «О распространении рекламы по сетям электросвязи посредством SMS-рассылки» указано, что «в соответствии с данной нормой (часть 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи») согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования)».

Таким образом, из анализа норм Федерального закона «О связи», Федерального закона «О рекламе» следует, что и заказчик рассылки смс-сообщений рекламного характера должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения (звонка) рекламного характера определенному абоненту.

Поскольку отправителем вышеуказанного смс-сообщения на номер +7 (...) является ООО «Медицинский центр «Практик», следовательно, именно Общество должно было непосредственно перед направлением рекламного смс-сообщения принять меры для идентификации абонента номера +7 (...) и получить согласие данного абонента на получение рекламной информации.

На основании изложенного, рассмотрев материалы дела, заслушав пояснения лиц, участвующих в деле, учитывая отсутствие у Общества согласия заявителя М. на получение рекламы, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нарушении Обществом требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении посредством смс-сообщения рекламы на абонентский номер +7 (...) без предварительного согласия абонента на ее получение.

Учитывая пояснения, данные представителем Общества в ходе рассмотрения дела, о том, что в настоящее время рассылка смс-сообщений прекращена, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нецелесообразности в выдаче ООО «Медицинский центр «Практик» предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 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 действия общества с ограниченной ответственностью «Медицинский центр «Практик» (ИНН 550301001, ОГРН 1135543051632), выразившиеся в направлении 27.12.2018 в 16:33 часов на абонентский номер +7 (...) рекламного смс-сообщения: «*Прием детского кардиолога Скидка 30% по промокоду НОВЫЙ2019 Детская клиника Практик. Запишитесь на прием 89659870515*» от отправителя «Praktik» без предварительного согласия абонента на получение рекламы, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «Медицинский центр «Практик» не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Омского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 17 июля 2019 года.

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