

РЕШЕНИЕ

по делу № 012/05/18-223/2020

о признании рекламы ненадлежащей

«25» мая 2019 года г. Йошкар-Ола

рассмотрев дело № 012/05/18-223/2020, возбужденное в отношении ООО «» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении рекламного сообщения без предварительного согласия абонента 29.01.2020 в 18:42 с буквенного идентификатора «»,

в присутствии генерального директора ООО «» ,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) поступило заявление гражданина о нарушении Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) по распространению рекламы с буквенного идентификатора «» на телефонный номер без согласия абонента с информацией следующего содержания: «», в которой содержатся признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) реклама - 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.

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.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 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.

Заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы.

Информация, направленная в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, оно не было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация содержит следующие признаки рекламы: СМС направлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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, а также не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение с применением электронного сервиса операторов подвижной связи, что нарушает часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

При рассмотрении дела о нарушении законодательства о рекламе антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения указанного рекламного сообщения.

Марийским УФАС России направлен запрос в РОО «» о представлении информации.

Из представленных обществом письменных сведений следует, что уведомления о мероприятии проводились направлялись на основании анкет посетителей спортивного клуба «», выразивших свое письменное согласие на уведомления. Рассылку таких уведомлений было поручено осуществить администратору спортивного клуба на основании приказа.

Макет смс-уведомлений утверждался приказом, смс рассылка осуществлялась нескольким абонентам сотовой связи посредством автоматической рассылки, согласно списку номеров базы спортивного клуба. Согласие на обработку персональных данных других граждан осуществлялось посредством заполнения анкеты, которые находятся в базе организации.

После поступления запроса у организации при проверке архива базы анкет обнаружилась пропавшая анкета заявителя, поэтому организацией не представлялось возможным подтверждение дачи согласия на рассылку уведомлений посредством смс информирования.

Вместе с тем, в ответ на запрос Марийского УФАС России ПАО «МТС» представило сведения о том, заявитель является абонентом сотовой связи ПАО «МТС» на основании договора об оказании услуг подвижной связи, а также о том, что на абонентский номер в рамках заключенного оператором связи договора с ООО «», последним направлено смс-сообщение с выделенного оператором буквенного идентификатора «».

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Требование законодателя относительно обязанности рекламодателя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

Факт поступления названного смс-сообщения на номер телефона данного абонента подтверждается скрин-шотом с экрана мобильного телефона и не оспаривается сторонами.

При этом из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

Однако факт отсутствия пописанной анкеты, и не представление ООО «»

письменного согласия определяет тот факт, что заявитель не выразил свое согласие на получение рекламной информации; также заявителем опровергается наличие данного согласия.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Проанализировав данные правоотношения, Марийское УФАС России пришло к выводу о том, что между субъектами правоотношений - ПАО «МТС», ООО «», ООО «» фактически возникли взаимосвязанные действия, направленные на доведение сведений, содержащихся в рассматриваемом смс-сообщении, до абонента.

Заключенные между указанными лицами договоры и соглашения рассматриваются антимонопольным органом как взаимосвязанные действия, которые свидетельствуют о том, что их предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений за плату.

Из материалов дела следует, что между заявителем и ПАО «МТС» заключен договор об оказании услуг связи, в соответствии с которым оператор связи обязан предоставить абоненту в пользование телефонный номер для пользования услугой передачи данных, а абонент использует указанные средства по назначению, а также оплачивает данные услуги.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе рекламораспространитель несет ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании изложенного следует, что ООО «» является рекламодателем, в силу того, что макет рекламного сообщения разрабатывался организацией самостоятельно, а ООО «» является рекламопроизводителем и рекламораспространителем, поскольку общество доводило информацию до конечного потребителя.

Комиссией Марийского УФАС России установлено, что рекламные сообщения распространялись только в один день 29.01.2020 по базе клиентов ООО «», в связи с чем отсутствуют основания для выдачи предписания.

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 «», распространяемую без предварительного согласия абонента 29.01.2020 в 18:42 с буквенного идентификатора «» ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении.

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