Р Е Ш Е Н И Е

Дата принятия решения: 13 февраля 2018 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 №03-31/2018-01, возбужденное по признакам нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

в отсутствие заявителя: – <…>;

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: ООО «Автограф» (ИНН 7810240170),

в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: ИП Русакова В.А. (ИНН 780436819493),

УСТАНОВИЛА:

В Ивановское УФАС России поступило заявление жителя г. Санкт-Петербург, в котором содержится информация о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Так, из заявления следует, что 07.11.2017 в 15:41 на телефонный номер +<…> от абонента «RALLYCENTER» (через смс-центр +79043490004) поступило рекламное смс-сообщение следующего содержания: «Новый внедорожник за 400 000р Шевроле НИВА или УАЗ за 550 000р! Успей до 09/11, только в «РАЛЛИ ЦЕНТР» +7(812)320-0049». Однако своего согласия на получение подобной рекламной рассылки абонент не давал.

Следовательно, в указанной рекламе содержатся признаки нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон 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.

Факт распространения рекламы подтверждается: заявлением, скриншотом смс-сообщения, сведениями об оказанных абоненту услугах связи.

Ивановское УФАС России наделено полномочиями по рассмотрению указанного заявления. По данному факту 18 января 2018 года возбуждено дело №03-31/2018-01 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 отправлений, 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.

Таким образом, рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- адресована неопределенному кругу лиц;

- направлена на привлечение внимания к акции «РАЛЛИ ЦЕНТР» по продаже автомобилей Шевроле НИВА и УАЗ;

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

Оператор связи подтвердил факт получения абонентом указанного смс, дополнительно пояснив, что непосредственно отправление смс осуществляло ООО «СМС Трафик» в соответствии с заключенным договором №225/SMS-BULK от 01.06.2015. ООО «Т2 Мобайл» в письменных пояснениях также сообщило, что абонент находился в международном роуминге, что могло отразиться на времени доставки сообщения.

Согласно представленным сведениям рассматриваемое смс было направлено абоненту в рамках исполнения нескольких договоров.

На запрос Ивановского УФАС России ООО «СМС Трафик» пояснило, что инициатором рассылки указанного смс является ООО «Автограф» (вх. №4122 от 12.12.2017) в соответствии с договором №188/06 от 39073, а Общество только оказывает услуги доступа к системе, обеспечивающей обработку и отправку сообщений.

Вместе с тем, ООО «СМС Трафик» в своем письме указало на отсутствие признаков нарушения Закона о рекламе, т.к. ООО «Автограф» предоставило согласие абонента на смс-рекламу. Так, в письменных пояснениях указано, что согласие было получено Обществом при заполнении абонентом формы на сайте. В подтверждение данных доводов в Ивановское УФАС России представлен скриншот незаполненной формы с Интернет-сайта dacar.ru и таблица «потенциальных клиентов».

Комиссия Ивановского УФАС России сочла изложенные доводы несостоятельными. Кроме того, приложения к письму ООО «СМС Трафик» не заверены надлежащим образом.

Между ООО «СМС Трафик» и ООО «Автограф» заключен договор №188/06

оказания услуг от 22.12.2006, предметом которого является предоставление доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке смс-сообщений. ООО «СМС Трафик» представило в материалы дела дополнительные пояснения, в которых указало, что текст смс не утверждается Обществом и доводится до абонента в неизменном виде, предварительную проверку сообщения также не проходят, т.к. перенаправляются в зашифрованном виде. Из п.3.2.2 приложенного договора следует, что заказчик был обязан получить согласие абонента на смс.

Между ООО «Автограф» и ИП Русаковым В.А. заключен договор №60/2017 от 02.10.2017 о размещении рекламы заказчика.

В письменных пояснениях ИП Русаков В.А. указал, что в рамках договора он предоставил ООО «Автограф» базу данных телефонных номеров для рассылки смс (вх. №057 от 10.01.2018). Данная база включала в себя телефонный номер <…>, который дал согласие на получение рекламы 07.08.2017.

Таким образом, в соответствии с заявкой ИП Русакова В.А., ООО «Автограф» разместило рекламу путем отправки смс согласно базе данных, в том числе на номер +<…>.

Вместе с тем, ИП Русаков В.А. сообщил, что в данном случае он (как рекламораспространитель) не может нести ответственность за нарушение Закона о рекламе, т.к. у него имеется согласие абонента на получение смс-рекламы. Копия согласия представлена в антимонопольный орган.

Однако указанные в представленной анкете сведения не совпадают с фактическими персональными данными обратившегося в Ивановское УФАС России гражданина.

Исходя из изложенного, у абонента были запрошены дополнительные пояснения.

В своем ответе заявитель подтвердил сомнения в достоверности представленной в материалы дела анкеты (вх. №006гр от 11.01.2018). Так, он указал на неверное написание своей фамилии, несоответствие паспортных данных и подписи.

Следовательно, в данном случае нельзя признать, что в Ивановское УФАС России представлено согласие абонента на получение смс-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».

Таким образом, 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 рекламных сообщений. Документарно подтвержденных доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Исходя из изложенного, Комиссия пришла к выводу о том, что в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством смс-рассылки.

Таким образом, рассматриваемая реклама нарушает 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.

Вместе с тем, нарушение законодательства о рекламе может быть устранено любым лицом, которое может прекратить распространение рекламы. В данном случае таки лицами, причастными к распространению рассматриваемой рекламы, являются ООО «Автограф» и ИП Русаков В.А.

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 следующего содержания: «Новый внедорожник за 400 000р Шевроле НИВА или УАЗ за 550 000р! Успей до 09/11, только в «РАЛЛИ ЦЕНТР» +7(812)320-0049», распространенную 07.11.2017 в 15:41 на телефонный номер +<…> посредством смс-сообщения без получения предварительного согласия абонента, 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 «Автограф» предписание о прекращении нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
3. Выдать ИП Русакову В.А. предписание о прекращении нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для решения вопроса в соответствии со ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 19 февраля 2018 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Подписи членов Комиссии

ПРЕДПИСАНИЕ №1

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

19 февраля 2018 года

г. Иваново

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

на основании своего решения от 19 февраля 2018 года по делу №03-31/2018-01 о признании ненадлежащей рекламы, в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Автограф» (ИНН 7810240170, юридический адрес: 193312 г. Санкт-Петербург, ул.Кржижановского, д.15, корп.2, лит.А) устранить выявленное нарушение ч.1 ст. 18 Закона о рекламе для чего в срок **до 14 марта 2018 года** прекратить распространение на телефонный номер +<…> ненадлежащей рекламы следующего содержания: «Новый внедорожник за 400 000р Шевроле НИВА или УАЗ за 550 000р! Успей до 09/11, только в «РАЛЛИ ЦЕНТР» +7(812)320-0049», а также иной исходящей от Общества либо ИП Русакова В.А. смс-рекламы без получения предварительного согласия абонента.

2. ООО «Автограф» представить в Ивановское УФАС России письменные доказательства исполнения п. 1 настоящего предписания в срок до **19 марта 2018 года.**

Невыполнение в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе влечет привлечение к административной ответственности в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Подписи членов Комиссии

ПРЕДПИСАНИЕ №2

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

19 февраля 2018 года г. Иваново

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

на основании своего решения от 19 февраля 2018 года по делу №03-31/2018-01 о признании ненадлежащей рекламы, в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. Индивидуальному предпринимателю Русакову В.<…> А.<…> (<…>) устранить выявленное нарушение ч.1 ст. 18 Закона о рекламе для чего в срок **до 14 марта 2018 года** прекратить распространение на телефонный номер + <…> ненадлежащей рекламы следующего содержания: «Новый внедорожник за 400 000р Шевроле НИВА или УАЗ за 550 000р! Успей до 09/11, только в «РАЛЛИ ЦЕНТР» +7(812)320-0049», а также иной смс-рекламы без получения предварительного согласия абонента.

2. ИП Русакову В.А. представить в Ивановское УФАС России письменные доказательства исполнения п. 1 настоящего предписания в срок до **19 марта 2018 года.**

Невыполнение в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе влечет привлечение к административной ответственности в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Подписи членов Комиссии