

РЕШЕНИЕ

«09» декабря 2016г.

г. Кемерово

Комиссия Кемеровского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Заместителя Председателя

Комиссии:

Ланцман Л.И. -

заместителя руководителя
управления;

Каминской Е.Б. -

начальника отдела рекламы,
недобросовестной конкуренции
и финансовых рынков;

Членов Комиссии:

Хохолковой М.И. -

специалиста-эксперта отдела
рекламы, недобросовестной
конкуренции и финансовых
рынков;

рассмотрев дело № 114/Р-2016, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «Спортмастер» (ИНН 7728551528, ОГРН 1057747320278, КПП 772801001, дата регистрации: 27.06.2005г., юридический адрес: 117437, г. Москва, ул. Миклухо – Маклая, д. 18, корп. 2, комн. 102, далее по тексту – ООО «Спортмастер») о распространении рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе») в присутствии представителя ООО «Спортмастер» <...> по доверенности № 753/14-СФ от 12.11.2014г. (далее –<...>),

УСТАНОВИЛА:

19.08.2016г. в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило заявление физического лица (вх. № 3399э от 19.08.2016г.) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс – сообщения на абонентский номер <...> следующего содержания:

- 18.08.2016г. в 12 часов 08 минут: «Мария, Вам начислено 500 бонусов! Спешите потратить до 16.11.2016» от абонента SPORTMASTER (смс – центр 8-916-896-03-90)

Из информации, представленной в адрес Кемеровского УФАС России ПАО «МТС» (исх. б/н, б/д), следует, что отправителем вышеуказанного смс – сообщения является ООО «Спортмастер» на основании договора № 177384639326 от

01.12.2014г.

Вышеуказанное смс – сообщение было направлено через смс – центр ПАО «МТС». Смс – центр – это программно – аппаратный комплекс, предназначенный для приема, регистрации и пересылки коротких сообщений. Смс – центр, как и любое другое сетевое устройство, имеет собственный уникальный идентификатор – номер <...> Основной функцией смс – центра является маршрутизация сообщений и управление процессом доставки смс – сообщений.

Пунктом 2.12 договора установлено, что Услуга – это услуга Оператора по приему, обработке и передаче коротких текстовых сообщений (смс – сообщений) от Абонента к Пользователю. В соответствии с пунктом 3.1 вышеуказанного договора ПАО «МТС» оказывает ООО «Спортмастер» Услугу в соответствии с требованиями к качеству оказания Услуги и действующими Тарифами, а ООО «Спортмастер» обязуется оплачивать оказанную Услугу в соответствии с настоящим договором. Пунктом 3.2 договора установлено, что фактом оказания Услуги по указанному договору является отправка смс – сообщений, сформированных и отправленных с сервисного номера ООО «Спортмастер» пользователю.

Согласно пункту 4.2.2 договора ООО «Спортмастер» обязуется осуществлять отправку смс – сообщений пользователям при наличии предварительного и надлежащего согласия на получение от ООО «Спортмастер» рекламы по сетям электросвязи.

Из заявления следует, что согласия на получение вышеуказанной рекламы на абонентский номер <...> заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

07.10.2016г. определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 114/Р-2016 в отношении ООО «Спортмастер» и назначено к рассмотрению на 08.11.2016г. в 11 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «Спортмастер» заказным письмом с уведомлением о вручении (уведомление о вручении почтового отправления имеется в материалах дела).

02.11.2016г. в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ООО «Спортмастер» (исх. № 546/СМ от 28.10.2016г.), из которых следует, что база абонентов для осуществления смс – рассылки и рассылки по электронной почте формируется из участников клубной программы «Спортмастер», заполнивших соответствующую анкету и давших согласие на данный вид информирования.

Предварительное согласие абонента <...> на получение информации о

специальных предложениях, информации о новых товарах и рекламных акциях выражено путем подписания анкеты держателя клубной карты «Спортмастер» от 23.07.2016г. Срок действия – 5 лет с автоматической пролонгацией. В соответствии со статьей 9 Федерального закона от 27.07.2006 № 152 – ФЗ «О персональных данных» согласие на обработку персональных данных может быть отозвано субъектом персональных данных. По состоянию на 28.10.2016г. согласие на получение информации абонентом <...> не отозвано.

Также ООО «Спортмастер» предоставило в адрес Кемеровского УФАС России копию анкеты для получения клубной карты, в соответствии с которой абонент <...> – <...> дает свое согласие ООО «Спортмастер» на получение информации о специальных предложениях, о новых товарах и рекламных акциях по сетям электросвязи и по почтовой связи (включая, но не ограничиваясь: смс- рассылки, e-mail – рассылки и т.д.) и обработку своих персональных данных.

08.11.2016г. состоялось рассмотрение дела № 114/Р-2016 в присутствии представителя ООО «Спортмастер» <...>, который поддержал представленные письменные пояснения, а также дополнительно пояснил, что в настоящее время, с момента возбуждения данного дела, рассылка смс – сообщений на абонентский номер <...> прекращена.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств в связи с тем, что абонент, давший согласие ООО «Спортмастер» на получение смс – рассылки не является заявителем по данному делу.

Определением от 08.11.2016г. рассмотрение дела № 114/Р-2016 было отложено на 09.12.2016г. в 10 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «Спортмастер» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта ФГУП «Почта России: отслеживание почтовых отправок») о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

09.12.2016г. состоялось рассмотрение дела № 114/Р-2016 в присутствии представителя по доверенности ООО «Спортмастер» <...>, который поддержал представленные ранее письменные пояснения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила:

На телефонный номер <...> направлялась реклама посредством смс - сообщения следующего содержания:

- 18.08.2016г. в 12 часов 08 минут: «Мария, Вам начислено 500 бонусов! Спешите потратить до 16.11.2016» от абонента SPORTMASTER (смс – центр 8-916-896-03-90)

Из заявления следует, что согласия на получение вышеуказанной рекламы на номер <...> абонент не давал.

Представитель ООО «Спортмастер» в рамках рассмотрения данного дела пояснил, что смс – сообщения направляются только держателям клубной карты, которые указывают в анкете абонентский номер для получения рекламных смс – сообщений.

Вместе с тем, в соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно части 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступило рекламное смс – сообщение.

Поскольку положениями ФЗ «О рекламе» не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Распространение рекламы посредством смс – сообщений возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи.

Согласие от абонента может быть получено в любой форме и в порядке, которые, однако, должны предусматривать какой – либо способ фиксации факта получения такого согласия.

При этом бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

ООО «Спортмастер» в адрес Кемеровского УФАС России представило копию анкеты для получения клубной карты, в соответствии с которой абонент <...> – <...> дает свое согласие ООО «Спортмастер» на получение информации о специальных предложениях, о новых товарах и рекламных акциях по сетям электросвязи и по почтовой связи (включая, но, не ограничиваясь: смс - рассылки, e-mail – рассылки и т.д.) и обработку своих персональных данных.

Однако, Комиссией Кемеровского УФАС России установлено, что <...> не является заявителем по данному делу. Абонентский номер <...> в соответствии с договором об оказании услуг связи МТС от 30.03.2010г. зарегистрирован на <...>, который является заявителем по данному делу.

Факт принадлежности абонентского номера <...> <...> ООО «Спортмастер» не опровергнут.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В нарушение данной правовой нормы абонент SPORTMASTER - ООО «Спортмастер» распространило рекламу посредством смс - сообщения следующего содержания «Мария, Вам начислено 500 бонусов! Спешите потратить до 16.11.2016» (смс – центр 8-916-896-03-90) (18.08.2016г. в 12 часов 08 минут) без согласия абонента <...>.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ООО «Спортмастер» на основании договора № 177384639326 от 01.12.2014г., в соответствии с пунктом 3.2 которого установлено, что фактом оказания Услуги по указанному договору является отправка смс – сообщений, сформированных и отправленных с сервисного номера ООО «Спортмастер» пользователю. Согласно пункту 4.2.2 договора ООО «Спортмастер» обязуется осуществлять отработку смс – сообщений пользователям при наличии предварительного и надлежащего согласия на получение от ООО «Спортмастер» рекламы по сетям электросвязи.

Из пояснений представителя по доверенности ООО «Спортмастер», следует, что с момента возбуждения данного дела, рассылка смс – сообщений на абонентский номер <...> прекращена путем удаления абонентского номера из базы абонентов для осуществления смс – рассылки.

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия Кемеровского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Спортмастер» (ИНН 7728551528, ОГРН 1057747320278, КПП 772801001, дата регистрации: 27.06.2005г., юридический адрес: 117437, г. Москва, ул. Миклухо – Маклая, д. 18, корп. 2, комн. 102) нарушившим требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения без согласия абонента <...>.

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «Спортмастер» не выдавать, в связи с устранением нарушения.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Кемеровского 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 20 декабря 2016 года.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня вынесения.

	Л.И. Ланцман
Заместитель председателя Комиссии:	Е.Б. Каминская
Члены Комиссии:	М.И. Хохолкова