

РЕШЕНИЕ

Дата принятия решения: 08 августа 2018 года
г. Иваново

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

в отсутствие заявителя: <...>,

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: ООО «Грин Сити» (ИНН 7735508428, юридический адрес: 124305 г. Зеленоград, 1-ый Западный проезд, д. 12, стр. 6);

в отсутствие представителя заинтересованного лица: ООО «СМС Трафик» (ИНН 7705642257, юридический адрес: 115088 г. Москва, пр. 2-й Южнопортовый, д. 20А, стр.4, подъезд 1, 2 этаж).

УСТАНОВИЛА:

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

Так, из заявления следует, что 18.05.2018 в 14:57 на телефонный номер +<...> от абонента «GreenCity» (через смс-центр ПАО «МТС» +79168960390) пришло рекламное смс-сообщение следующего содержания: «WEEKEND в GREENCITY! Пляж, комплекс бассейнов, сауны и хаммам, тренировки, БАЛИ-массаж, ланч! ALL INCLUSIVE за 2499 руб. Бронь 84951815181». 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, пояснениями ПАО «МТС» об оказанных абоненту услугах.

Ивановское УФАС России наделено полномочиями по рассмотрению указанного заявления. По данному факту 17 июля 2018 года возбуждено дело

№03-31/2018-13 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 «GREENCITY» и оказываемым услугам (посещение пляжа, комплекса бассейнов, сауны и хаммама, тренировок, массажа, ланча);
- призвана формировать и поддерживать интерес к объектам рекламирования, способствует их продвижению на рынке.

В Ивановское УФАС России предоставлены сведения о том, что указанное смс было направлено абоненту в рамках договоров, заключенных между ПАО «МТС» и ООО «СМС Трафик» (договор от 12.12.2017), ООО «СМС Трафик» и ООО «Грин Сити» (договор №511/15 от 30.08.2015).

Вместе с тем, согласно заключенному договору ООО «СМС Трафик» предоставил заказчику ООО «Грин Сити» услуги доступа к системе, обеспечивающей комплекс необходимых технических и организационных мероприятий по рассылке смс.

Кроме того, в соответствии с п.3.2.2 указанного договора заказчик был обязан получить от абонента согласие на рассылку рекламы.

Таким образом, непосредственно отправкой рассматриваемого рекламного сообщения занималось ООО «Грин Сити».

В письменных пояснениях ООО «Грин Сити» (вх. №1617 от 29.05.2018) указало, что заявитель являлся клиентом фитнес клуба в 2015-2016 годах, поэтому его телефонный номер остался в базе. Общество сообщило, что рассылка рекламы абоненту с телефонным номером +<...> могла произойти и по технической ошибке.

При этом ООО «Грин Сити» в письме ссылается и на то, что в стандартной форме договора большинство клиентов выражают согласие на получение смс-рассылки о рекламных акциях спортивного клуба. Вместе с тем, в материалы дела представлена копия договора с абонентом, в которой отсутствует согласие на получение клиентом ООО «Грин Сити» смс-рекламы.

Кроме того, в письменной позиции, представленной к заседанию комиссии Ивановского УФАС России (вх. №2319 от 08.08.2018), ООО «Грин Сити»

настаивает на проверке принадлежности указанного телефонного номера заявителю, а также возлагает на абонента обязанность представления в материалы дела договора с Обществом.

При этом Общество ссылается на то, что заявитель уже жаловался в ФАС России на ряд других фитнес-клубов, поэтому целью его обращения в антимонопольную службу является не защита своих прав, а причинение имущественного вреда ООО «Грин Сити» в виде привлечения к административной ответственности. Исходя из изложенного, с учетом ст.10 Гражданского кодекса Российской Федерации Общество просит учесть указанные обстоятельства как злоупотребление правом.

Изучив доводы ООО «Грин Сити», Комиссия пришла к следующему выводу.

Оператором связи в Ивановское УФАС России представлены достаточные данные, подтверждающие принадлежность телефонного номера +<...> заявителю (договор об оказании услуг подвижной связи МТС). Кроме того, ПАО «МТС» подтвердило факт поступления рассматриваемого смс данному абоненту (вх. №1891 от 22.06.2018).

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 рекламодатель 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 рекламодателя. 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».

Кроме того, Законом о рекламе не регламентировано количество обращений, с которые заявитель может направить в ФАС России в случае нарушения своего права.

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.

Таким образом, согласие абонента на получение смс-рекламы в Ивановское УФАС России рекламораспространителем не представлено.

Следовательно, при распространении рассматриваемой рекламы были нарушены 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.

ООО «Грин Сити» сообщило, что телефонный номер абонента был исключен из базы рассылки рекламной информации.

Вместе с тем, нарушение законодательства о рекламе может быть устранено также любым лицом, которое имеет возможность прекратить распространение рекламы.

В данном случае таким лицом, причастным к распространению рассматриваемой рекламы, является ООО «СМС Трафик». При этом согласно правилам оказания услуг (приложение №2 к договору №511/15 от 30.08.2015, заключенному с ООО «Грин СИТИ»), Общество вправе включать абонентов в соответствующий стоп-лист.

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: «WEEKEND в GREENCITI! Пляж, комплекс бассейнов, сауны и хаммам, тренировки, БАЛИ-массаж, ланч! ALL INCLUSIVE за 2499 руб. Бронь 84951815181», распространенную 18.05.2018 в 14:57 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 «СМС Трафик» предписание о прекращении нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
3. 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 08 августа 2018 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Подписи членов Комиссии

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

08 августа 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 08 августа 2018 года по делу №03-31/2018-13 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 «СМС Трафик» (ИНН 7705642257, юридический адрес: 115088 г. Москва, пр. 2-й Южнопортовый, д. 20А, стр.4, подъезд 1, 2 этаж) устранить выявленное нарушение ч.1 ст. 18 Закона о рекламе для чего в срок **до 24 августа 2018 года** прекратить распространение на телефонный номер +<...> ненадлежащей рекламы следующего содержания: «WEEKEND в GREENCITY! Пляж, комплекс бассейнов, сауны и хаммам, тренировки, БАЛИ-массаж, ланч! ALL INCLUSIVE за 2499 руб. Бронь 84951815181», а также иной смс-рекламы без получения предварительного согласия абонента.

2. ООО «СМС Трафик» представить в Ивановское УФАС России письменные доказательства исполнения п. 1 настоящего предписания в срок до **31 августа 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