

РЕШЕНИЕ

по делу № 051/05/18-06/2021

28 января 2021 года

г. Мурманск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее - Комиссия) в составе:

Председателя комиссии – заместителя руководителя управления – Поповой Ирины Николаевны;

Членов комиссии: помощника руководителя Мороз С.В., начальника отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Басавиной О.А.

рассмотрев дело № 051/05/18-06/2021 от 12.01.2021 по признакам нарушения Федерального Закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (далее - Закон о рекламе) в отсутствие представителя ООО «Облака Фит» (ОГРН 1207700255290, ИНН 7716948409, 129281, г. Москва, ул. Летчика Бабушкина, д.32, корп.3 1эт, пом.3, ком.5)

УСТАНОВИЛА

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области поступило заявление гражданина <...> по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального Закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (далее - Закон о рекламе), выразившееся в распространении посредством средств связи смс рекламы: «Акция до 26.09.2020 новый фитнес+бассейн 25 метров=2490 руб. ежемесячно, бронь: тел.849<...>, ул. Летчика Бабушкина д.32, корп.2», без получения предварительного согласия абонента.

21.09.2020 в 18:00 на принадлежащий <...> номер телефона +79<...> от OblakaFit поступило смс сообщения рекламного характера, скриншот рекламы представлен.

Заявитель сообщает, что не давал согласие ООО «Облака Фит» на рекламную рассылку в его адрес и просил привлечь к ответственности лиц, нарушивших рекламное законодательство.

Согласно пункту 1 статьи 18 Закон 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 реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии со статьей 3 Федерального Закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (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.

ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации;

рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо;

рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел возбужденных по признакам нарушения рекламного законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 №1922 (Далее- Правила), ФАС России наделило УФАС по Мурманской области, полномочиями (№ АК/648/21 от 13.01.2021) по рассмотрению дела № 051/05/18-06/2021 по признакам нарушения рекламного законодательства в отношении ООО «Облака Фит» (ОГРН 1207700255290, ИНН 7716948409).

Определением о возбуждении дела № 051/05/18-06/2021 рассмотрение назначено на 28.01.2021. в 14:30.

Копия Определения о возбуждении дела была направлена по юридическому 129281, г. Москва, ул. Летчика Бабушкина, д.32, корп.3 1эт., пом.3, ком.5) и электронному адресу.

27.01.2021 генеральный директор ООО «Облака Фит» <...> направил ходатайство о рассмотрении дела, по признакам нарушения рекламного законодательства, в отсутствие законного представителя, в связи неблагоприятной эпидемиологической обстановкой.

Согласно выписки из ЕГРЮЛ ООО «Облака Фит»(ОГРН 1207700255290 от 24.07.2020, ИНН 7716948409), а также пункта 15 Устава ООО «Облака Фит» от 2020 года, руководство текущей деятельностью Общества осуществляет генеральный директор <...>, который имеет право действовать от имени юридического лица без доверенности.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, Комиссия Мурманского УФАС России удовлетворила ходатайство Общества, рассмотрело дело, оценив в совокупности представленные доказательства и применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе.

Как указано в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 N 4-П реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Согласно Международному кодексу рекламной практики под потребителем рекламы понимается любое лицо, которому адресована реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) покупателю и конечному потребителю.

По своему содержанию смс - сообщение, направленное по сети связи, привлекает к объекту рекламирования услуге фитнес клуба ООО «Облака Фит» и продвигает его на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 ФЗ «О связи», абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является

индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно распространение рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

При этом в случае направления посредством смс информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Согласно пункту 2 статьи 3 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста рекламы, в котором содержатся информация об акции, проводимой ООО «Облака Фит», Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством смс на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту

рекламирования.

В соответствии с частью 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 реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», 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 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.

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

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал.

ООО «Облака Фит» наличие такого согласия не подтвердил.

По запросам антимонопольного органа операторами связи представлена информация, из которой следует, что абонентский номер <...> <...> принадлежит <...>, на который поступило смс сообщение с номера +74<...>, присвоенного ООО «Облака Фит» (ОГРН 1207700255290, ИНН 7716948409,129281, г. Москва, ул. Летчика Бабушкина, д.32, корп.3 1эт,пом.3, ком.5). Рассылка смс рекламы осуществлялась в рамках оказания услуги «Рекламная кампания» в сервисе «МТС-Маркетолог».

11.08.2020 посредством принятия публичной оферты через личный кабинет ООО «Манго Телеком» был заключен Договор с ООО «Облака Фит» на оказания услуг связи и представление прав на программный продукт. Ответственность за нарушение законодательства возложена пунктом 17.5 Договора на ООО «Облака Фит».

По результатам внутренней проверки ООО «Облака Фит» подтверждает, что <...> не является действующим или бывшим клиентом фитнес клуба Облака фитнес.

Рассылка рекламной информации в адрес заявителя была ошибочной. ООО «Облака Фит» признает нарушение и обязуется исключить номер абонента из списков рекламной рассылки.

В рассматриваемом случае, на момент распространения рекламы такое согласие не было получено ООО «Облака Фит» у абонента <...>.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя, и должно быть зафиксировано каким-либо образом.

Реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Вместе с тем, рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Распространенная 21.09.2020 на принадлежащий <...> номер телефона +<...> посредством смс реклама: «Акция до 26.09.2020 новый фитнес+бассейн 25 метров=2490 руб. ежемесячно, бронь: тел.84<...>, ул. Летчика Бабушкина д.32, корп.2», признана Комиссией ненадлежащей, нарушающей часть 1 статьи 18 Закона о рекламе,

Ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, предусмотрена частью 7 статьи 38 названного Закона и возложена на рекламодателя.

Комиссией Мурманского УФАС России установлено, что непосредственное доведение спорной рекламы до потребителя осуществляло ООО «Облака Фит» (ОГРН 1207700255290, ИНН 7716948409,129281, г. Москва, ул. Летчика Бабушкина, д.32, корп.3 1эт, пом.3, ком.5), которое признало вину.

ООО «Облака Фит» признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального Закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1.Признать смс рекламу: «Акция до 26.09.2020 новый фитнес+бассейн 25 метров=2490 руб. ежемесячно, бронь: тел.84<...>, ул. Летчика Бабушкина д.32, корп.2», распространявшуюся 21.09.2020 по сетям электросвязи на мобильный телефон <...>, ненадлежащей, нарушающей требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2.Признать лицом, нарушившим части 1 статьи 18 Закона о рекламе ООО «Облака Фит» (ОГРН 1207700255290 от 24.07.2020, ИНН 7716948409).

3.Выдавать предписание о прекращении нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе и обеспечить соблюдение указанной нормы.

4.Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Мурманского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Резолютивная часть решения объявлена 28 января 2020 года.

Решение в полном объеме изготовлено 01 февраля 2020 года.

Решение может быть обжаловано в суд (арбитражный суд) в течение трех месяцев со дня

изготовления решения в полном объеме.

Председатель комиссии:

И.Н. Попова

Члены комиссии:

С.В. Мороз

О.А.Басавина