

РЕШЕНИЕ

по делу № 03-21/19-2017

о нарушении законодательства о рекламе

«24» марта 2017 года
Ола

г. Йошкар-

Резолютивная часть решения объявлена: 21 марта 2017 года

Полный текст решения изготовлен: 24 марта 2017 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии

член Комиссии

член Комиссии

рассмотрев дело № 03-21/19-2017, возбужденное в отношении ООО «Лоджик Телеком», ООО «Фитнес Клуб Сокол» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), выразившегося в направлении на телефонный номер <...> Д. 20.12.2016 в 14 часов 31 минуту смс -сообщения с буквенных идентификаторов ZebraSokol, без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Новый год ближе-Цена ниже! 12 Мес-13500, 6 Мес-10500! Бронь.***», в качестве sms – центра указан: ***,

в отсутствии представителей лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о дате, месте, времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Дело о нарушении законодательства о рекламе возбуждено в отношении ООО «Лоджик Телеком», ООО «Фитнес Клуб Сокол» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в направлении на телефонный номер <...> Д. 20.12.2016 в 14 часов 31 минуту смс -сообщения с

буквенных идентификаторов ZebraSokol, без предварительного согласия абонента следующего содержания: **«Новый год ближе-Цена ниже! 12 Мес-13500, 6 Мес-10500! Бронь.***»**, в качестве sms – центра указан: ***.

Основанием для возбуждения дела явилось заявление гражданки Д. (вх. № 257-Д от 21.12.2016), поступившее в порядке переадресации из Федеральной антимонопольной службы России.

Комиссия Марийского УФАС России, исследовав материалы дела, пришла к выводу о нарушении законодательства о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы.

Так, согласно статье 3 Закона 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.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение,

данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (фитнес клуб «Зебра спорт», новогодняя акция по снижению цен), 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

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 рекламораспространителя.

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

Заявитель Д. сообщила об отсутствии ее разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Комиссией Марийского УФАС России установлен следующий механизм распространения указанного рекламного смс-сообщения.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, указанный абонентский номер принадлежит ПАО «ВымпелКом».

Письмом от 16.01.2017 вх. № 11 ПАО «ВымпелКом» указало, что распространение данной рекламы осуществлялось ООО «Лоджик Телеком» через программно-аппаратный комплекс – смс платформу в рамках договора об оказании услуг связи «Билайн» № ***.

Кроме того, ООО «Лоджик Телеком» представило копию клубного контракта № на имя В. с указанием даты рождения, паспортных данных, мобильного номера ***, представленного ООО «Фитнес Клуб Сокол». В соответствии с пунктом 2.5.5 указанного контракта клиент дает согласие на получение рекламной и/или иной актуальной информации о деятельности клуба по указанным клиентом телефонам и адресам.

Из письменных пояснений ООО «Фитнес Клуб Сокол» от 08.02.2017 исх. № 170208/01 следует, что рассылка спорного рекламного смс-сообщения с буквенного идентификатора ZebraSokol осуществлена обществом на основании договора, заключенного с ООО «Лоджик Телеком», среди клиентов фитнес клуба. Обществом также представлена копия контракта с указанным лицом.

С целью установления фактических обстоятельств дела, Марийское УФАС России предложило заявителю представить сведения о фактическом пользователе абонентского номера ***, а также наличии клубного контракта, заключенного с ООО «Фитнес Клуб Сокол».

Из письменных пояснений вх. № 458 от 20.01.2017 Д. следует, что фактическим пользователем абонентского номера *** является муж заявителя – Щ., в пользовании В. данный абонентский номер не находился.

Таким образом, Комиссия Марийского УФАС России установила, что в материалы дела не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение поступило абоненту Д. с ее предварительного согласия. ООО «Фитнес Клуб Сокол» была представлена копия анкеты клубной карты клиента фитнес клуба от 17.03.2013. Однако в графе фамилия, имя указаны данные, не принадлежащие заявителю. Абонент Д. указала, что не давала своего согласия на получение смс-сообщений рекламного характера.

На основании данных обстоятельств Комиссия Марийского УФАС России пришла к выводу, что распространители рекламы не представили доказательства, свидетельствующие о наличии согласия абонента Д. на получение ей подобных смс-сообщений, а, значит, имеет место быть факт нарушения законодательства о рекламе со стороны рекламораспространителей.

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 правоотношения, складывающиеся между ПАО «ВымпелКом», ООО «Лоджик Телеком» и ООО «Фитнес Клуб Сокол» Комиссия Марийского УФАС России пришла к выводу о том, что между субъектами правоотношений фактически возникли взаимосвязанные действия, направленные на доведение сведений, содержащихся в рассматриваемом смс-сообщении, до абонента.

Заключенные между указанными лицами договоры и дополнительные 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.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

В письме Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436 указано, что в соответствии с законом о связи, операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска

трафика на (от) своей сети связи.

Из материалов дела следует, что Д. заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № *** , 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 спорных правоотношениях смс-сообщение было передано абоненту по подвижной радиотелефонной связи. Тем самым поставщиком услуг связи Д. в рассматриваемом случае выступает оператор сотовой связи ПАО «ВымпелКом».

ООО «Лоджик Телеком» в письменных пояснениях указало, что общество не является рекламораспространителем рассматриваемого смс-сообщения ввиду того, что оно не формировало текст указанного смс-сообщения, предоставляя доступ к своему программно-аппаратному комплексу для автоматической трансляции сообщений оператору связи без оценки их смыслового содержания.

Общество полагает, что рекламораспространителем в данном случае выступает только ООО «Фитнес Клуб Сокол», с которым заключен договор на предоставление услуг доступа к системе передачи информационных данных № 36174/2016.

Вместе с тем, указанный договор не исключает обязанности каждого из сторон правоотношений соблюдать рекламное законодательство.

Комиссия антимонопольного органа пришла к выводу, что тот факт, что общество фактически не формирует текст смс-сообщения и не осведомлено относительно содержания текста смс-сообщения не исключает обязанность ООО «Лоджик Телеком» соблюдать рекламное законодательство. Законодательно установленное определение распространителя рекламы не поставлено в зависимость от обязательной осведомленности относительно ее содержания. Частью 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрен повышенный контроль именно за распространением, а не за формированием содержания рекламы.

Действия ООО «Лоджик Телеком» являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным абонентам, то есть общество принимало непосредственное

участие в распространении спорной рекламы.

При этом, из анализа договорных отношений между указанными лицами следует, что первоначально согласие абонента должно было быть получено ООО «Фитнес Клуб Сокол». ООО «Лоджик Телеком», участвуя в передаче смс-сообщения, обязано было запросить согласие абонента у ООО «Фитнес Клуб Сокол» для отправки спорного смс-сообщения через техническую платформу ПАО «Вымпел-Коммуникации» и далее в сеть электросвязи для дальнейшего направления смс-сообщения абоненту Д.

Таким образом, Комиссия Марийского УФАС России пришла к выводу, что ООО «Лоджик Телеком» и ООО «Фитнес Клуб Сокол» передавали сообщение по телематическим каналам связи, при этом их деятельность была направлена на массовую рассылку абонентам, следовательно, указанные общества являются рекламодателями.

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

Исходя из вышеизложенного, Комиссией Марийского УФАС России установлен факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе в действиях ООО «Лоджик Телеком» и ООО «Фитнес Клуб Сокол», выразившийся в распространении рекламного смс-сообщения на абонентский номер Д. без ее согласия.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Комиссия Марийского УФАС России, изучив представленные в материалы дела доказательства, считает необходимым выдать ООО «Лоджик Телеком» и ООО «Фитнес Клуб Сокол» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

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 ненадлежащей рекламу следующего содержания: «Новый год ближе-Цена ниже! 12 Мес-13500, 6 Мес-10500! Бронь.***», направленную на телефонный номер <...> Д. 20.12.2016 в 14 часов 31 минуту с буквенных идентификаторов ZebraSokol, без ее предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе со стороны ООО «Лоджик Телеком» и ООО «Фитнес Клуб Сокол».

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Марийского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

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

Председатель Комиссии

Члены Комиссии

ПРЕДПИСАНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

ПО ДЕЛУ № 03-21/19-2017

«24» марта 2017 года
Ола

г. Йошкар -

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства

о рекламе в составе:

председатель Комиссии

член Комиссии

член Комиссии

на основании своего решения от «24» марта 2017 года по делу № 03-21/19-2017 о признании ненадлежащей рекламы следующего содержания: «Новый год ближе-Цена ниже! 12 Мес-13500, 6 Мес-10500! Бронь.***», направленную посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> гражданина Д. без предварительного согласия абонента и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Лоджик Телеком» в семидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно, распространение смс-рекламы следующего содержания: «Новый год ближе-Цена ниже! 12 Мес-13500, 6 Мес-10500! Бронь.***» без предварительного согласия абонента Д.

2. ООО «Лоджик Телеком» представить в Управление Федеральной антимонопольной службы России по Республике Марий Эл письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в течение трех дней с момента его исполнения.

Примечание!

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Управление Федеральной антимонопольной службы России по республике Марий Эл вправе в соответствии с пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

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

Председатель Комиссии

Члены Комиссии:

ПРЕДПИСАНИЕ
О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ
ПО ДЕЛУ № 03-21/19-2017

«24» марта 2017 года
Ола

г. Йошкар -

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии

член Комиссии

член Комиссии

на основании своего решения от «24» марта 2017 года по делу № 03-21/19-2017 о признании ненадлежащей рекламы следующего содержания: «Новый год ближе-Цена ниже! 12 Мес-13500, 6 Мес-10500! Бронь.***», направленную посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> Д. без предварительного согласия абонента и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1,3 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1 . ООО «Фитнес Клуб Сокол» в семидневный срок со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно, распространение смс-рекламы следующего содержания: «Новый год ближе-Цена ниже! 12 Мес-13500, 6 Мес-10500! Бронь.***» без предварительного согласия абонента Д.

2. ООО «Фитнес Клуб Сокол» представить в Управление Федеральной

антимонопольной службы России по Республике Марий Эл письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания в течение трех дней с момента его исполнения.

Примечание!

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Управление Федеральной антимонопольной службы России по республике Марий Эл вправе в соответствии с пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

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

Председатель Комиссии

Члены Комиссии