

## РЕШЕНИЕ

Дата принятия решения: 23 сентября 2013 года  
Иваново

г.

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

рассмотрев дело № 02-35/2013-034, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

- в отсутствие заявителя – <...> ,

- в присутствии законного представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе: Общества с ограниченной ответственностью «АКВА» (<...>) – <....> ,

### УСТАНОВИЛА:

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

Так, Заявитель указал, что 20 июня 2013 года в 14:37 на его телефонный номер <...> от абонента «FK\_Olimpiya» пришло рекламное смс-сообщение следующего содержания: «Только до 30.06 фитнес год со скидкой 10%+Лето в подарок! 939685» Однако своего разрешения на получение подобной рекламной рассылки Заявитель не давал.

В ходе рассмотрения данного заявления было установлено, что указанные сообщения распространяло ООО «АКВА» (далее – Общество) лицам, которые являлись или являются членами фитнес-клуба «Олимпия». Вместе с тем, доказательств наличия согласия абонента на получение рекламных смс-сообщений Общество в Ивановское УФАС России не представило.

Рассматриваемая реклама содержит 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. 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.

Факт установления сотрудниками Ивановского УФАС России распространения указанной рекламы подтверждается: заявлением жителя г.Иваново, фотографиями смс-сообщения.

Ивановским УФАС России по данному факту 23 августа 2013 года возбуждено дело

№ 02-35/2013-034 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Рассмотрев материалы дела, выслушав объяснения представителя Общества, Комиссия пришла к следующим выводам.

Как обозначено в пояснениях ООО «АКВА» (письмо №1 19-04/29 от 18.09.2013), Общество использует наименование «фитнес-клуб «Олимпия» для удобства общения с клиентами.

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.

Рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- направлена на привлечение внимания к фитнес-клубу «Олимпия»;
- призвана формировать и поддерживать интерес к объекту рекламирования, способствует его продвижению на рынке;
- адресована неопределенному кругу лиц.

Вместе с тем, в своем письме №1 19-04/22 от 04 июля 2013 года (вх. №1925 от 05.07.2013) ООО «АКВА» пояснило, что доводило рассматриваемую информацию ограниченному, заранее известному кругу лиц (тем, кто является либо являлся

членом фитнес-клуба «Олимпия»), что, по мнению Общества, не позволяет отнести ее к понятию «реклама».

Однако указанные доводы ООО «АКВА» Комиссия считает несостоятельными в виду следующего.

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 распространенной ООО «АКВА» информации отсутствуют сведения, указывающие на лицо, до которого информация доведена (распространена) и на восприятие которого непосредственно направлена. Таким образом, распространенная информация по своему содержанию, не позволяет определить круг лиц ее получателей, т.е. является неперсонифицированной.

Тот факт, что информация была направлена лицам, являющимся либо ранее являвшимися членами фитнес-клуба, не делает информацию адресованной определенному кругу лиц, поскольку предназначенность информации некому лицу (лицам) определяется ее содержанием, а распространение рекламы посредством телефонной связи объективно предполагает получение ее абонентом – пользователем услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера.

Доводимая ООО «АКВА» до Заявителя информация сообщала о предложении приобрести абонемент в фитнес-клуб до определенного числа со скидкой 10%. При этом потребитель, до сведения которого была доведена данная информация, мог по своему усмотрению воспользоваться данным предложением либо нет.

Таким образом, информация, доведенная ООО «АКВА» до Заявителя, является рекламной.

При обращении в Ивановское УФАС России Заявитель сообщил об отсутствии его разрешения на получение рекламных сообщений. ООО «АКВА» документального подтверждения наличия согласия Заявителя на получение рекламы посредством смс-рассылки не представил.

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.

Указанное полностью согласуется с позицией Высшего Арбитражного Суда

Российской Федерации, изложенной в статье 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», в которой, в частности, отражено следующее: «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. При этом 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. Следовательно, 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».

В своем письме №119-04/23 от 06.08.2013 (вх. № 2265 от 06.08.2013) Общество сообщило, что договор с Заявителем, в котором содержалось его согласие на смс-рассылку, был заключен 28 декабря 2007 года, но на бумажном носителе не сохранен.

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 рекламодатель.

Рекламодателем в данном случае является ООО «АКВА».

Заявитель, надлежащим образом извещенный о дате, времени и месте рассмотрения указанного дела, не явился.

На рассмотрении дела №02-35/2013-034, возбужденного по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, представитель ООО «АКВА» факт нарушения признала и сообщила, что «лето в подарок» - это ежегодная сезонная акция, которая проводится для увеличения численности клиентов фитнес-клуба. Акция подразумевает снижение цены на абонемент фитнес-клуба «Олимпия», приобрести который по указанным условиям может любой желающий.

Также на рассмотрении дела представитель Общества пояснила, что нарушение законодательства о рекламе произошло по вине начальника отдела продаж Общества, который не проконтролировал надлежащее формирование списка для рассылки рекламных смс-сообщений. Представленный в материалы дела типовый договор, подразумевающий получение согласия клиента фитнес-клуба «Олимпия» на неограниченный срок, заключается ООО «АКВА» только с 2010 года. При этом Заявитель являлся клиентом фитнес-клуба в 2007 году, когда подобная формулировка в договоре отсутствовала. В настоящее время нарушение устранено, рассматриваемая реклама не распространяется.

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 «Только до 30.06 фитнес год со скидкой 10%+Лето в подарок! 939685», распространенную 20 июня 2013 года в 14:37 на телефонный номер <...> ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать, в связи с прекращением распространения указанной рекламы.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ивановского УФАС России для решения вопроса в соответствии с ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 23 сентября 2013 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Подписи членов Комиссии