

РЕШЕНИЕ по делу №  
055/05/18-169/2023

09 марта 2023 года  
Омск

город

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее также – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – ()

члены Комиссии: ()

рассмотрев материалы дела № 055/05/18-169/2023 по факту распространения обществом с ограниченной ответственностью «Флекс джим», ИНН 5501250949, ОГРН 1135543032460 (далее – ООО «Флекс джим», Общество) рекламы, нарушающей требования части 1 статьи 18 Федерального закона от

13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»), в отсутствие заявителя, извещенного надлежащим образом,

в присутствии представителя ООО «Флекс джим» ()

УСТАНОВИЛА:

В Омское УФАС России поступило обращение гражданина по факту распространения рекламы по сетям электросвязи посредством направления 10.11.2022 в 17:02 часов (омское время) на его абонентский номер +7() смс-сообщения «-30 % на все абонементы Фрунзе! Жми <https://clck.ru/32dgyL>» от отправителя с буквенным наименованием «FLEXGYM».

По утверждению заявителя, вышеуказанная реклама распространялась без его предварительного согласия на её получение.

Оператор связи заявителя подтвердил факт поступления 10.11.2022 вышеуказанного смс-сообщения на абонентский номер +7() от отправителя с буквенным наименованием «FLEXGYM».

Установлено, что между ПАО () и ООО «Флекс Джим» заключен договор об оказании услуг связи от 13.07.2006 № 609250085, подписано дополнительное соглашение от 28.08.2020, в соответствии с которыми Обществу предоставлен доступ к программно-

аппаратному комплексу оператора связи () для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений пользователям услуг подвижной связи ПАО () и других операторов связи.

На запрос Омского УФАС России ООО «Флекс джим» представило информацию: «СМС сообщение было отправлено гражданину по ошибке, при грубейшем нарушении сотрудниками правовых норм, в том числе внутренних регламентов...» (вх. № 971-ЭП/23 от 31.01.2023).

Определением от 14.02.2023 в отношении ООО «Флекс джим» возбуждено дело по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

На заседании Комиссии представитель ООО «Флекс джим» () не отрицал факта нарушения Обществом законодательства о рекламе, при этом отметил, что смс-сообщение было направлено молодым сотрудником ООО «Флекс джим» ошибочно.

Рассмотрев имеющиеся материалы дела, Комиссия установила следующее.

Статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» установлены понятия:

- электросвязь - любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам;
- абонент - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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; объект рекламирования - это 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; товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Термин «реклама», обозначенный в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего понятия «реклама», данного в статье 3 Федерального закона «О рекламе», а именно, в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц.

Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного посредством абонентского номера или уникального кода идентификации абонента, который ее получает.

В силу специфики способа распространения такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный абонентский номер, предполагается нормами

законодательства о рекламе (часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»), и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

Комиссия считает, что информация в смс-сообщении носит обобщенный характер, способна формировать интерес к объекту рекламирования не только у того абонента, которому поступила такая информация, но и у иного лица.

Такие сведения не носят персонализированного характера, представляет интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Таким образом, вышеуказанная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена в форме смс-сообщения по сетям электросвязи посредством использования подвижной радиотелефонной связи в адрес неопределенного круга лиц, направлена на привлечение внимания к реализации спортивным клубом «FLEX GYM» абонементов для его посещения.

Законодательство Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение в его адрес рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

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 именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы (часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»).

В пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 указано, что *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 рекламораспространителя.*

Документы, подтверждающие согласие абонента +7() на получение рекламы, ООО «Флекс джим» не представлены.

Рекламодатель - это 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 (пункты 5 и 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из определения, данного в пунктах 5 и 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ООО «Флекс джим» является и рекламодателем, и рекламодателем.

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

С учетом изложенного Комиссия пришла к выводу о нарушении ООО «Флекс джим» части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы по сетям электросвязи посредством направления смс-сообщения на абонентский номер +7().

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителя на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства о рекламе.

В силу пункта 1 части 2 статьи 33 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Принимая во внимание разовый характер направления смс-сообщения, с учетом пояснений ООО «Флекс джим» о направлении смс-сообщения ошибочно, Комиссией принято решение об отсутствии необходимости в выдаче предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

#### РЕШИЛА:

1. Признать действия ООО «Флекс джим» (ИНН 5501250949, ОГРН 1135543032460), выразившиеся в распространении рекламы посредством направления 10.11.2022 на абонентский номер +7() смс-сообщения «-30 % на все абонементы Фрунзе! Жми <https://clck.ru/32dgyL>», нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «Флекс джим» не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 13.03.2023.

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