

## РЕШЕНИЕ

Дата принятия решения: 17 октября 2019 года

г. Иваново

Комиссия Ивановского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в <...> рассмотрев дело №037/05/18-332/2019 (03-31/2019-27), возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

в отсутствие заявителя: <...>,

в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе: ООО «Оптимум Фитнес» (ИНН 3702691450, юр. адрес: 153008 г. Иваново, ул. Типографская, д.6, литер А, 4 этаж),

в отсутствие представителя заинтересованного лица: ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644, юр. адрес: 123112 г. Москва, Наб. Пресненская, д.12, оф. А35),

в отсутствие представителя заинтересованного лица: ООО «ДэниТех» (ИНН 6316145067, юр. адрес: 123007 г. Москва, шоссе Хорошёвское, д. 32А, под. 9 Э 4, оф. 415-1),

### УСТАНОВИЛА:

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

Так, из заявления следует, что 15.08.2019 в 12:20 и 16:39 на телефонный номер <...> от абонента «PrimeFitness» поступили рекламные смс-сообщения следующего содержания: «Марафон низких цен с Прайм Фитнес! С 15 по 20 августа годовой абонемент за 11900 рублей! Звони:58-11-88». 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.

За нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламораспространитель.

Факт распространения рекламы подтверждается: заявлением, скриншотами смс, пояснениями ПАО «Вымпелком» об оказанных абоненту услугах.

Ивановским УФАС России по данному факту 19 сентября 2019 года возбуждено дело №037/05/18-332/2019 (03-31/2019-27) 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.

Следовательно, рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к «Прайм Фитнес» и продаже годового абонемента;
- призвана формировать и поддерживать интерес к объектам рекламирования, способствует их продвижению на рынке.

В материалы дела предоставлены письменные пояснения ООО «Прайм Фитнес» (вх. №3137 от 06.09.2019), из которых следует, что на территории г. Иваново деятельность под товарным знаком «Прайм Фитнес» осуществляет ООО «Оптимум Фитнес».

ПАО «Вымпелком» подтвердило факт указанного телефонного соединения. При этом из представленных в Ивановское УФАС России сведений следует, что указанные смс были направлены абоненту в рамках следующих договоров: между ПАО «Вымпелком» и ООО «СМС-центр» №572561248 от 22.09.2015; между ООО «СМС-центр» и ООО «ДэниТех» №524628 от 01.09.2018, ООО «ДэниТех» и ООО «ЕВ» №СМС-04/18 от 01.12.2018, ООО «ЕВ» и ООО «Оптимум Фитнес» №ЕВ 411/15 от 01.10.2015.

В письменных пояснениях ООО «Оптимум Фитнес» (вх. №3225 от 16.09.2019) сообщило, что телефон абонента в базе клиентов фитнес-клуба не значится, смс было направлено ошибочно, т.к. телефонный номер похож на номер клиента клуба.

Таким образом, согласие абонента на получение рассматриваемой рекламы в Ивановское УФАС России не представлено.

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».

Следовательно, 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 рассматриваемой рекламы. Документарно подтвержденных доказательств обратного в материалы дела не представлено. Таким образом, в материалы дела не представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством телефонных звонков.

Значит, рассматриваемая реклама распространялась с нарушением требований 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.

В данном случае рекламодателем является ООО «Оптимум Фитнес».

На рассмотрение дела стороны, уведомленные надлежащим образом, не явились.

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 смс-рекламу следующего содержания: «Марафон низких цен с Прайм Фитнес! С 15 по 20 августа годовой абонемент за 11900 рублей! Звони:58-11-88», поступившую 15.08.2019 в 12:20 и 16:39 на телефонный номер <...>, ненадлежащей, нарушающей требования ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «Оптимум Фитнес» предписание об устранении нарушений Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».
3. Выдать ООО «СМС-центр» предписание об устранении нарушений Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».
4. Выдать ООО «ДэниТех» предписание об устранении нарушений Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».
5. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ивановского УФАС России для решения вопроса в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 17 октября 2019 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

<...>