

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-6-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 30 апреля 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 18 мая 2015 г.

г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Тверское УФАС России, Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: Фомин В.М., руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти,

рассмотрев материалы дела № 04-6/2-6-2016,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <***>, а также представителей ЗАО «Ярославль-GSM», ООО «Комтерра» и ООО «ФИТНЕС ЭКСПРЕСС. СЕВЕРО-ЗАПАД»,

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <***> (далее – Заявитель) по факту распространения 13.05.2014 в 15:32 на телефонный номер <***> без предварительного согласия абонента посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Фитнес Экспресс! Нашей сети 5 лет! Акция до 16 мая, год фитнеса за 4500 руб. плюс 90 дней заморозки! Телефон 752-452, сайт www.fitexp.ru», отправитель «<***>».

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) **целями настоящего Закона являются** развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, **реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.**

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе **реклама** это 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; **объект рекламирования** - товар, средство его индивидуализации, 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** - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; **ненадлежащая реклама** - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; **рекламораспространитель** - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 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.

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, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются услуги фитнес-клуба - ООО «ФИТНЕС ЭКСПРЕСС. СЕВЕРО-ЗАПАД».

Согласно части 1 статьи 5 Закона о рекламе реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

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.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал 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 рекламораспространителя. 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».

Телефонный номер Заявителя <***> закреплен за оператором связи ЗАО «Смоленская сотовая связь», согласно информации которого (письмо от 20.06.2014 № 635/2) вышеуказанное смс-сообщение на телефонный номер <***> <***> поступило 13.05.2014 в 15:29 с номера <***> СМС-центра <***>, входящего в ресурс нумерации оператора связи ОАО «СМАРТС».

Согласно информации ОАО «СМАРТС» (письмо от 21.08.2014 № 1-5250) номер смс-центра <***> выделен ЗАО «Ярославль-GSM», регион Ярославльская область.

Согласно информации ЗАО «Ярославль-GSM» (письмо от 14.08.2014 № 01/377) отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ООО «Комтерра» на основании договора от 18.12.2013 № 1315 (далее – договор № 1315). Кроме того, за ООО «Комтерра» закреплен телефонный номер <***>, с которого поступило смс-сообщение на номер Заявителя <***>.

В рамках договора № 1315 Исполнитель (ЗАО «Ярославль-GSM») оказывает Заказчику (ООО «Комтерра») услуги по передаче SMS-сообщений от Заказчика (ООО «Комтерра») посредством технических и программных средств Исполнителя (ЗАО «Ярославль-GSM») Абонентам (пункты 2.1 и 3.2.1 договора № 1315).

В соответствии с условиями договора № 1315 на Заказчика (ООО «Комтерра») возложены следующие обязательства: предоставлять Исполнителю (ЗАО «Ярославль-GSM») SMS-сообщения (пункт 3.1.1 договора № 1315); не использовать подключение к оборудованию Исполнителя (ЗАО «Ярославль-GSM») для

организации СПАМА (пункт 3.1.2 договора № 1315).

При этом пунктом 9.3 договора № 1315 предусмотрено, что ни одна из сторон не имеет права без письменного согласия другой стороны передавать третьим лицам права и обязанности по настоящему договору.

В подтверждение исполнения договора № 1315 ЗАО «Ярославль-GSM» представило платежные поручения от 23.05.2014 № 121 и от 02.06.2014 № 126, свидетельствующие об оплате ООО «Комтерра» услуг по передаче смс-сообщений за май 2014 года.

ООО «Комтерра» письмом от 20.04.2015 № 22 сообщило, что отправителем вышеуказанного смс – сообщения является ООО «ЭЛМИ», с которым 13.01.2014 заключен договор, не представив при этом каких-либо доказательств о причастности ООО «ЭЛМИ» к распространению вышеуказанного смс-сообщения: сведения биллинговых систем, сведения о реальных действиях ООО «ЭЛМИ» в рамках договора, об оплате услуг по договору либо иные доказательства.

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 13.05.2014 в 15:29 на выделенный заявителю телефонный номер <***> рекламы следующего содержания: «Фитнес Экспресс!Нашей сети 5 лет! Акция до 16 мая, год фитнеса за 4500 руб. плюс 90 дней заморозки!Телефон 752-452, сайт www.fitexp.ru», были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ООО «Комтерра», что подтверждается сведениями оператора связи ЗАО «Ярославль-GSM», согласно которым ЗАО «Ярославль-GSM» на основании договора № 1315 производило техническое сопровождение доставки SMS-сообщений и предоставляло доступ к смс-центру ООО «Комтерра», которое, в свою очередь, самостоятельно, используя выделенный ему телефонный номер <...> осуществляло активные действия по отправке смс-сообщений.

Действия ООО «Комтерра» по распространению 13.05.2014 в 15:32 на телефонный номер <***>, выделенный <***>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «Фитнес Экспресс!Нашей сети 5 лет! Акция до 16 мая, год фитнеса за 4500 руб. плюс 90 дней заморозки!Телефон 752-452, сайт www.fitexp.ru», нарушают требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Причастность ООО «ФИТНЕС ЭКСПРЕСС. СЕВЕРО-ЗАПАД» к распространению вышеуказанного смс-сообщения, Комиссией не установлена.

На основании вышеуказанного и руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ

«О рекламе» и в соответствии с пунктами 37, 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «ФитнесЭкспресс!Нашей сети 5 лет! Акция до 16 мая, год фитнеса за 4500 руб. плюс 90 дней заморозки!Телефон 752-452, сайт www.fitexp.ru», распространенную 13.05.2014 в 15:29 на выделенный <***> телефонный номер <***> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ООО «Комтерра» (450103, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Дуванская, д. 27, офис 47, ОГРН 1135658010245; ИНН 5611067833) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Комтерра» (450103, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Дуванская, д. 27, офис 47, ОГРН 1135658010245; ОГРН 1135658010245; ИНН 5611067833) и ЗАО «Ярославль-GSM» (150000, г. Ярославль, ул. Свободы, д. 18, ОГРН 1027601597330; ИНН 7610042413) как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе, предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении вышеуказанной рекламы услуг фитнес-клуба посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

3. Прекратить дело № 04-6/2-6-2015 в отношении ООО «ФИТНЕС ЭКСПРЕСС. СЕВЕРО-ЗАПАД».

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

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина

ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-6-2015

О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ

18 мая 2015 г.
Тверь

г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: Фомин В.М.- руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти,

на основании решения от 18.05.2015 по делу № 04-6/2-6-2015 и в соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33, частей 1 и 3 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Комтерра» (450103, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Дуванская, д. 27, офис 47, ОГРН 1135658010245; ОГРН 1135658010245; ИНН 5611067833) и ЗАО «Ярославль-GSM» (150000, г. Ярославль, ул. Свободы, д. 18, ОГРН 1027601597330; ИНН 7610042413) **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламного смс-сообщения следующего содержания: «*Фитнес Экспресс! Нашей сети 5 лет! Акция до 16 мая, год фитнеса за 4500 руб. плюс 90 дней заморозки! Телефон 752-452, сайт www.fitexp.ru*» на телефонный номер <***> **без предварительного согласия абонента** – <***>, и при распространении рекламы посредством смс-сообщений на телефонный номер <***> обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ООО «Комтерра» (450103, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Дуванская, д. 27, офис 47, ОГРН 1135658010245; ОГРН 1135658010245; ИНН 5611067833) и ЗАО «Ярославль-GSM» (150000, г. Ярославль, ул. Свободы, д. 18, ОГРН 1027601597330; ИНН 7610042413) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 30.06.2015 либо в течение десяти дней со дня исполнения настоящего предписания.**

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ФАС России 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. Обжалование в судебном порядке настоящего предписания не приостанавливает его исполнение.

Председатель Комиссии: В.М. Фомин

Члены Комиссии: Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина