

## РЕШЕНИЕ

### ПО ДЕЛУ № 04-6/2-42-2015

Резолютивная часть решения по делу оглашена 23 ноября 2015 г.

Решение изготовлено в полном объеме 07 декабря 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: Посохова Л.В. – заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

Балан А.Э. – специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-42-2015,

в отсутствие надлежащим образом уведомленных о дате, времени и месте рассмотрения дела заявителя <\*\*\*>, а также представителей Индивидуального предпринимателя <\*\*\*> (далее – ИП <\*\*\*>) и ЗАО «Ярославль-GSM»,

### УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России по заявлению <\*\*\*> (далее – Заявитель) по факту распространения 17.01.2015 в 17:00 на выделенный ему телефонный номер <\*\*\*> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Фитнес Экспресс! 2-ой год безлимитного фитнеса за 3000 р. тел. 752-452», отправитель – <\*\*\*>.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) **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 **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 «Фитнес Экспресс».

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

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона 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 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 относится к ресурсу нумерации оператора связи ЗАО «Смоленская сотовая связь» (письмо от 10.02.2015 № 1644/2), согласно информации которого смс - сообщение 17.01.2015 в 17:00 на телефонный номер <\*\*\*> поступило 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 <\*\*\*>, с которого отправлено вышеназванное смс – сообщение, закреплен за СМС - центром ЗАО «Ярославль-GSM».

Согласно информации ЗАО «Ярославль-GSM» (письмо от 31.03.2015 № 02/353) телефонный номер <\*\*\*> закреплен за ИП <\*\*\*> на основании договора от 17.12.2012 б/н (далее – Договор), отправка смс – сообщений осуществлялась ИП <\*\*\*> посредством технических и программных средств ЗАО «Ярославль-GSM», доступ к которым был ей предоставлен. При этом условиями предоставления доступа к программным средствам ЗАО «Ярославль-GSM» являлось соблюдение пункта 3.1 Договора, согласно которому Заказчик (ИП <\*\*\*>) обязан не использовать подключение к оборудованию Исполнителя для организации СПАМа (подпункт 3.1.2).

Согласно приложению № 3 к Договору, поименованному как «Протокол о начале оказания услуг по передаче SMS – сообщений», дата начала оказания услуг ИП

<\*\*\*> по передаче смс-сообщений, отправленных через центр коммутации подвижной связи (MSC) ЗАО «Ярославль-GSM» - 17.12.2012.

При этом ЗАО «Ярославль-GSM» в подтверждение факта оказания ИП <\*\*\*> услуг по договору от 17.12.2012 № б/н представило дополнительное соглашение № 3 от 15.12.2014 к договору от 17.12.2012 № б/н, согласно которому доступ к услуге «Пакет SMS» предоставлен ИП <\*\*\*> с 16.12.2014, копию платежного поручения от 14.01.2015 № 249, плательщиком по которому является ИП <\*\*\*>.

ИП <\*\*\*>, будучи надлежаще извещенной о дате, времени и месте рассмотрения дела, затребованные от нее документы и пояснения не представила, позицию по факту распространения рекламы не выразила.

Учитывая отсутствие согласия Заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 17.01.2015 в 17:00 на выделенный Заявителю телефонный номер <\*\*\*> рекламы следующего содержания: «Фитнес Экспресс! 2-ой год безлимитного фитнеса за 3000 р. тел. 752-452», были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

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

При решении вопроса о том, кто является рекламодателем в рамках настоящего дела, Комиссия пришла к выводу о том, что им является ИП <\*\*\*>, что подтверждается наличием и реализацией Договора и дополнительного соглашения к нему, согласно которому ИП <\*\*\*> получила доступ к услуге «Пакет SMS» для формирования и отправки смс – сообщений, что свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ИП <\*\*\*> к распространению смс - сообщения 17.01.2015 в 17:00 на телефонный номер Заявителя <\*\*\*>, а его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

Действия ИП <\*\*\*> по распространению 17.01.2015 в 17:00 на телефонный номер <\*\*\*>, выделенный <\*\*\*>, без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «Фитнес Экспресс! 2-ой год безлимитного фитнеса за 3000 р. тел. 752-452», совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона.

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: «*Фитнес Экспресс! 2-ой год безлимитного фитнеса за 3000 р. тел. 752-452*», распространенную 17.01.2015 в 17:00 на выделенный <\*\*\*> телефонный номер <\*\*\*> посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ИП <\*\*\*> (150047, г. Ярославль, ул. Угличская, д. 42, кв. 14, ИНН <\*\*\*>) нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать Индивидуальному предпринимателю <\*\*\*> (150047, г. Ярославль, ул. Угличская, д. 42, кв. 14, ИНН <\*\*\*>) и ЗАО «Ярославль-GSM» (150000, г. Ярославль, ул. Свободы, д. 18; 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 посредством направления смс-сообщений без предварительного согласия абонента.

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

Председатель Комиссии: Л.В. Посохова

Члены Комиссии: Е.И. Манюгина, А.Э. Балан

#### **ПРЕДПИСАНИЕ ПО ДЕЛУ № 04-6/2-42-2015**

#### **О ПРЕКРАЩЕНИИ НАРУШЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

#### **РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ**

07 декабря 2015 г.

г. Тверь

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

председатель Комиссии: Посохова Л.В. – заместитель руководителя управления,

члены Комиссии:

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

Балан А.Э. – специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

на основании решения от 07.12.2015 по делу № 04-6/2-42-2015 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. ИП <\*\*\*> (150047, г. Ярославль, ул. Угличская, д. 42, кв. 14, ИНН <\*\*\*>) и ЗАО «Ярославль-GSM» (150000, г. Ярославль, ул. Свободы, д. 18; ИНН 7610042413) как лицу, имеющему возможность прекратить или обеспечить прекращение нарушения законодательства о рекламе, **в 10-дневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства о рекламе, а именно: прекратить распространение рекламных смс-сообщений следующего содержания: «*Фитнес Экспресс! 2-ой год безлимитного фитнеса за 3000 р. тел. 752-452*» 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. ИП <\*\*\*> (150047, г. Ярославль, ул. Угличская, д. 42, кв. 14, ИНН <\*\*\*>) и ЗАО «Ярославль-GSM» (150000, г. Ярославль, ул. Свободы, д. 18; ИНН 7610042413) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 20.01.2016 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: Л.В. Посохова

Члены Комиссии: Е.И. Манюгина, А.Э. Балан