

## РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-185/2022

13 апреля 2022

года

город Омск

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

председатель Комиссии – (...)

члены Комиссии: (...)

рассмотрев материалы дела № 055/05/18-185/2022, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью «Омск Фитнес», адрес: 644074, г. Омск, ул. 70 лет Октября, д. 19, пом. 31, ИНН 5503177910, ОГРН 1175543035139 (далее – также ООО «Омск Фитнес», Общество) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»).

в отсутствие заявителя и законного представителя ООО «Омск Фитнес», извещенных надлежащим образом,

### УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России из Управления Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека поступило заявление гражданина (...) (далее – Заявитель) по факту направления 13.11.2022 в 16:16 часов от абонента +7(...) посредством мессенджера «WhatsApp» на его абонентский номер +7(...) смс-сообщения следующего содержания: *«Артем, добрый день, Вас беспокоит менеджер спорт-клуба Метрофитнес. Вчера интересовались нашими акциями. Что решили по поводу абонента?»*.

В качестве доказательства заявителем представлен скриншот текста сообщения.

Согласие на получение рекламы по сетям электросвязи Заявитель не давал, в связи с чем действия по распространению рекламного смс-сообщения считает нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно сведениям сайта <https://zniis.ru> абонентские номера +7(...) и +7(...) принадлежат номерной емкости, закрепленной за оператором связи ПАО (...)

Оператором связи ПАО (...) представлена информация, согласно которой:

- абонентский номер +7(...), на который поступило нежелательное смс-сообщение, принадлежит заявителю на основании договора об оказании услуг связи от 14.04.2013;

- абонентский номер +7(...), с которого смс-сообщение было направлено, выделен ООО «Омск Фитнес» на основании договора об оказании услуг связи от 30.11.2017 № 155394898358.

На запрос Омского УФАС России ООО «Омск Фитнес» представлены письменные пояснения (вх. Омского УФАС России № 584э от 24.01.2022), согласно которым: «с абонентского номера +7(...), который находится в свободном доступе Интернет-сервиса для размещения объявлений о товарах «Авито», менеджеру спортивного клуба поступил звонок с просьбой объяснить стоимость и условия предоставления физкультурно-оздоровительных услуг. Данному клиенту было направлено смс-сообщение, об условиях предоставления физкультурно-оздоровительных услуг. Получив ответ, на данный номер перезвонили 13.11.2021г. По телефону данный абонент сказал, что подумает над нашим акционным предложением. В дальнейшем звонков, отправлений смс сообщений на указанный выше абонентский номер не производилось».

В рамках рассмотрения заявления Заявителем даны дополнительные письменные пояснения (вх. Омского УФАС России № 1108э от 03.02.2022): «в данную организацию я ранее не звонил, клуб не посещал, никаких анкет не заполнял, никакого общения в любой форме с данной организацией не совершал».

В дополнение к ранее поданным письменным пояснениям ООО «Омск Фитнес» указано (вх. Омского УФАС России № 2153э от 03.03.2022): «12.11.2021 в 18 часов 07 минут менеджером клуба был произведен звонок с предложением об оказании услуг фитнеса на номер 7(...). Данный номер был взят с открытого интернет ресурса объявлений «Авито».

Данному абоненту было сделано индивидуальное предложение по посещению фитнес зала, в ответ он сказал, что ему нужно подумать. Менеджер клуба ответил, что свяжется с ним позже.

13.11.2021 в 16:16 посредством мессенджера WhatsApp менеджер связался с потенциальным клиентом, заинтересовавшимся предложением, уточнив какое решение он принял. Абонент попросил более его не беспокоить. Далее общения с данным абонентом менеджером клуба не производилось».

Подтвердить звонок может сам менеджер, в обязанности которого входит контроль звонков. Факт исходящего звонка отображен в приложении IP телефонии «Mango». В связи с ограничением на объем сохраняемых записей, саму запись переговоров предоставить не имеем возможности, так как из-за срока давности она уже удалена. Был произведен запрос в компанию IP телефонии «Mango» о восстановлении записи звонка, на что был получен отрицательный ответ, так компания не сохраняет данные.

*В данном случае может предоставить свидетельские показания менеджера, осуществляющего сам звонок и старшего менеджера, осуществляющего контроль над звонками. Скрин исходящего звонка данному абоненту с программы IP телефонии «Mango» прилагаем.*

Определением Омского УФАС России от 17.03.2022 в отношении ООО «Омск фитнес» возбуждено дело № 055/05/18-185/2022 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

С учетом представленных пояснений Заявителя и ООО «Омск фитнес», материалов дела Комиссией установлено следующее.

Согласно части 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», реклама - 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.

В соответствии с частью 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» объект рекламирования - 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.

Под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (пункт 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из содержания смс-сообщения, распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена по сетям электросвязи посредством мессенджера WhatsApp, направлена на привлечение внимания к спортивному клубу «Метрофитнес», а также реализации потенциальным клиентам абонементов для его посещения.

Согласно части 1 статьи 18 Федерального 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.

Требование части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространяется на всю без исключения рекламу, распространяемую по сетям электросвязи, том числе, на приложения WhatsApp Messenger и Viber и иные приложения, передающие и принимающие информацию с использованием сетей электросвязи (Письмо ФАС России от 24.06.2019 № АК/52901/19 «О разъяснении по вопросу рекламы в мессенджерах (Viber, Whatsapp), отнесение к рекламе информации, способы выявления рекламодателей»).

В соответствии с пунктом 35 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ

«О связи» под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателя.

В данном случае ООО «Омск фитнес» направило смс-сообщение на абонентский номер Заявителя, предварительно взяв необходимую информацию на сайте объявлений «Авито».

При этом информация, содержащаяся в смс-сообщении, носит обобщенный характер, способна формировать интерес к объекту рекламирования не только у лица, которому поступила такая информация (заявителя), но и у иных лиц, для этого в смс-сообщении указаны:

- наименование компании - спортивный клуб «Метрофитнес»;
- предлагаемая услуга – абонементы.

Факт направления 13 ноября 2021 года сообщения в адрес Заявителя Обществом не оспаривается.

В пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указано, что согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В ходе рассмотрения дела согласие на получение заявителем (абонентский номер +7(...)) рекламной информации Обществом представлено не было.

Комиссия обращает внимание, что представленный Обществом скриншот списка исходящих звонков (в том числе абоненту +7(...)) с программы IP телефонии «Mango» не может быть принят в качестве доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы.

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ООО «Омск Фитнес» является рекламодателем.

Частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламодатель несет ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к выводу о нарушении ООО «Омск фитнес» требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы по сетям электросвязи с абонентского номера +7(...) абоненту +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.

Учитывая пояснения Общества о том, что в настоящее время реклама по сетям электросвязи в адрес заявителя не распространяется («...Далее общения с данным абонентом менеджером клуба не производилось»), Комиссией сделан вывод о нецелесообразности выдачи ООО «Омск фитнес» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации 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 общества с ограниченной ответственностью «Омск Фитнес» (ИНН 5503177910, ОГРН 1175543035139), выразившиеся в распространении рекламы по сетям электросвязи от абонента +7(...) посредством направления 13.11.2021 в 16:16 час. смс-сообщения «*Артем, добрый день, Вас беспокоит менеджер спорт-клуба Метрофитнес. Вчера интересовались нашими акциями. Что решили по поводу абонента?*» на абонентский номер +7(...) без предварительного согласия абонента на получение рекламы, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «Омск фитнес» не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 14.04.2022.

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