

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 050/05/18-470/2024

Резолютивная часть решения оглашена «26» июня 2024 г.

В полном объеме решение изготовлено «10» июля 2024 г.

«10» июля 2024 г.

г. Москва

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

Председатель Комиссии:

<...> – заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области (далее – Управление).

Члены Комиссии:

<...> – <...> отдела контроля за рекламной деятельностью и недобросовестной конкуренцией Управления;

<...> – <...> отдела контроля за рекламной деятельностью и недобросовестной конкуренцией Управления, рассмотрев дело № 050/05/18-470/2024, возбужденное по факту поступления <...> в <...> на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> рекламного СМС-сообщения с абонентского номера с буквенным идентификатором <...> следующего содержания: «Акция до 31.01.2024 Новый Фитнес+Бассейн=3990р/Ежемесячно 84951200833» с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

В Управление поступило обращение <...> от <...> № <...>, переданное с письмом ФАС России от <...> № <...>, по факту поступления <...> в <...> на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> рекламного СМС-сообщения с абонентского номера с буквенным идентификатором <...> следующего содержания: «Акция до 31.01.2024 Новый Фитнес+Бассейн=3990р/Ежемесячно 84951200833» без предусмотренного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы (далее – Обращение).

В ходе рассмотрения Обращения Управлением установлено, что абонентский номер с буквенным идентификатором <...> выделен Обществу с ограниченной

ответственностью «Экспофитнес» (место нахождения: 117556, г. Москва, ул. Артековская, д. 5; ИНН: 7726418150; ОГРН: 5177746261490; дата регистрации в качестве юридического лица: 27.11.2017, далее – ООО «Экспофитнес», Общество) на основании договора возмездного оказания услуг «Билайн» от <...> № <...>.

Согласно правовой позиции Публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (место нахождения: 127083, г. Москва, ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14; ИНН: 7713076301; ОГРН: 1027700166636; дата регистрации в качестве юридического лица: 28.07.1993, далее – ПАО «ВымпелКом») в рамках указанного договора ООО «Экспофитнес» создает и запускает рекламные кампании с применением критерия таргетирования целевой аудитории среди пользователей услуг подвижной радиотелефонной связи «Билайн», а ПАО «ВымпелКом» предоставляет рекламные услуги.

ПАО «ВымпелКом» представило заключенный со <...> договор б оказании услуг связи «Билайн» от <...> № <...>, согласно которому заявитель выразил свое согласие на получение рекламной информации.

ООО «Экспофитнес» правовую позицию в материалы настоящего дела не представило, ввиду чего дело рассмотрено на основании имеющихся документов.

Рассмотрев материалы дела и изучив доводы участвующих в деле лиц, Комиссия установила следующее.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой признается 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.

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 2 статьи 3 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.

В силу пункта 3 статьи 3 Закона о рекламе товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Рассматриваемое СМС-сообщение, поступившее <...> в <...> на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> с абонентского номера с буквенным идентификатором <...>, является рекламой, поскольку отвечает всем признакам рекламы согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, а именно является информацией: «Акция до 31.01.2024 Новый Фитнес+Бассейн=3990р/Ежемесячно 84951200833, распространенной по сетям электросвязи, адресованной неопределенному кругу лиц и направленной на привлечение внимания к услугам фитнес-клуба.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) абонент – пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь – 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.

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 реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, Законом о рекламе установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

Согласно пункту 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – рассылка) 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. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Согласие на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю либо рекламораспространителю, во-вторых – должно быть выражено явно.

В соответствии со сведениями, представленными ПАО «ВымпелКом», абонентский номер <...> выделен <...> на основании договора оказания услуг связи «Билайн» от <...> № <...>.

Факт поступления <...> в <...> на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> входящего СМС-сообщения с абонентского номера с буквенным идентификатором <...> подтверждается ПАО «ВымпелКом».

Оценивая довод о наличии согласия заявителя на получение рекламной информации, комиссия отмечает, что договор между ПАО «ВымпелКом» и <...> заключен <...>, в то время как договор между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Экспофитнес» был заключен <...>.

Следовательно, <...> не мог заранее знать о партнерах ПАО «ВымпелКом», с которыми будет заключен договор о распространении рекламы в будущем, соответственно, он не мог дать согласие на получение рекламных сообщений Общества на будущее.

ООО «Экспофитнес» в материалы настоящего дела не представлено согласие <...> на получение рассматриваемой рекламы от Общества.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу об отсутствии у Общества согласия <...> на получение им рекламы на дату направления рассматриваемого СМС-сообщения, что свидетельствует о распространении рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании изложенного Комиссией установлен факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении указанной рекламы.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Из материалов дела следует, что рекламораспространителем спорной рекламы является ООО «Экспофитнес» как лицо, которому выделен абонентский номер с буквенным идентификатором OblakaFit для проведения рекламных кампаний.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее – Правила), при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же

типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Комиссия не располагает сведениями о продолжении распространения указанной рекламы на абонентский номер, принадлежащий заявителю.

Учитывая изложенное, оснований для выдачи предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не имеется.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-48 Правил, Комиссия

#### РЕШИЛА:

1. Признать рассматриваемую рекламу ненадлежащей, не соответствующей требованиям части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления для рассмотрения вопроса о необходимости возбуждения дела по признакам нарушения статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии:

<...>

Члены Комиссии:

<...>

<...>