

## РЕШЕНИЕ

по делу № 14-03-18-02/82

06 мая 2014г.

г. Волгоград

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии --	заместитель руководителя Управления Никуйко Ирина Борисовна,
Члены Комиссии -	заместитель начальника отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Алимова Елена Владимировна, государственный инспектор отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы - Демичева Ксения Александровна,

рассмотрев дело № 14-03-18-02/82 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ РФ от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (ФЗ «О рекламе»), возбуждённое в отношении ООО «Абсолют», ИП Цюрюмова А.А., ИП Фирсова С.А.,

в отсутствии лиц, участвующих в деле, извещенных надлежащим образом о времени и месте рассмотрения дела,

### УСТАНОВИЛА:

В адрес антимонопольного органа поступило обращение физического лица с жалобой на рассылку смс-сообщений, содержащих рекламу без согласия абонента ((вх. № 6349).

Заявитель (номер телефона которого ..., гр. ...) указал, что им было получено 26.08.2013г. в 15 ч 14 мин смс-сообщение от «tel. 288220» следующего содержания: «ОТКРЫЛСЯ первый магазин 220VOLT на Штеменко 44. Дрели и УШМ от 1100руб».

Гражданин утверждает, что согласия на получение рекламных рассылок от указанной в смс-сообщении компании не оформлял.

Впоследствии гр. ...были предоставлены: - детализированная выписка от оператора связи, подтверждающая поступление SMS-сообщения рекламного характера; - доказательства, подтверждающие факт получения SMS-рекламы на телефонный номер (фотографии экрана мобильного телефона с указанием текста рекламы и информации об отправителе, дата и время получения смс-сообщения), - согласие на обработку персональных данных.

Кроме того, гр. .... указал, что не состоял в договорных отношениях с компанией, рекламирующей товары в указанном смс-сообщении.

По результатам рассмотрения обращения физического лица антимонопольным органом было возбуждено дело № 14-03-18-02/82 в отношении ООО «Абсолют», ИП Цюрюмова ....

В рамках рассмотрения дела с учётом представленных ИП Цюрюмовым А.А. сведений Комиссия Волгоградского УФАС России пришла к выводу о необходимости привлечения ИП Фирсова ... к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» (см. определение от 27.03.2014г., исх. № 02-8/1670-1).

Изучив имеющиеся материалы дела, Комиссия Волгоградского УФАС России установила следующее.

Согласно п.п.1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» реклама – это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемое смс-сообщение является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы, установленным подп. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

Рекламная информация была адресована неопределённому кругу лиц-пользователей связи, что делает информацию неперсонифицированной, при этом невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 ФЗ «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 распространённой 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.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона РФ 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 [части](#) 1 ст. 18 приводится определенный перечень видов электросвязи, на

распространение рекламы посредством которых распространяются положения комментируемой части, - телефонная, факсимильная, подвижная радиотелефонная связь, однако данный перечень не является закрытым.

SMS (от английского Short Message Service - служба коротких сообщений) представляет собой технологию, позволяющую осуществить прием и передачу коротких текстовых сообщений на мобильные телефоны.

Поскольку технология sms предполагает использование электросвязи, распространение рекламы при помощи данной технологии регулируется [статьей 18](#) ФЗ «О рекламе».

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Абонент, согласно п. 1 ст. 2 ФЗ «О связи», - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в [статье 2](#) Федерального закона РФ 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.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями, но не отправителями сообщений.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата.

Между ИП Цюрюмовым А.А. (Исполнитель) и ИП Фирсовым С.А. (Заказчик) 12 августа 2013г. заключен договор предоставления услуг № В34010. Согласно условиям данного договора Исполнитель предоставляет за плату Заказчику услуги по обеспечению доступа к программному приложению для размещения информационных материалов в форме текстовых, графических, мультимедийных сообщений через активные базы своих контент-партнеров или по базе Заказчика. Исполнитель в силу п. 1.2. договора обеспечивает формирование, отправку и отчет о доставке смс-сообщений, гарантируя, что все абоненты в информационных базах дали свое согласие на обработку своих данных и рассылку по ним сообщений. Именно Исполнитель в соответствии с п. 3.2. договора предоставляет Заказчику отчет о результатах рассылки.

Однако при этом, исходя из положений, предусмотренных п. 5.6. договора, сам Заказчик также участвует в рассылке смс-сообщений абонентам, которые дали свое согласие на получение таких сообщений. Причастность Заказчика к рассылке смс-сообщения 26.08.2013г.: «ОТКРЫЛСЯ первый магазин 220VOLT на Штеменко 44. Дрели и УШМ от 1100руб» подтверждается также и тем, что, исходя из имеющихся в деле доказательств (фотографии экрана мобильного телефона), в

качестве отправителя данного сообщения указано «tel. 288220». Данный телефон в сети Интернет идентифицируется как телефон магазина «220 вольт», расположенного в г. Волгограде, по ул. Штеменко, 44 (ИП Фирсов С.А.)

Исходя из представленной сторонами информации (договоры, электронные письма в ответ на определения Волгоградского УФАС России), сервис, через который осуществлялась рассылка рассматриваемой в деле рекламы принадлежит ООО «Абсолют». Согласно условиям договора, заключенного между ООО «Абсолют» и ИП Цюрюмовым А.А в 2013г., последний получил доступ к сервису для размещения информационных материалов (п. 1.1. договора), последний же рассылал смс-сообщения (см. п. 5.6. договора). В материалы дела представлена копия товарного чека № 1 по договору № В34010, в соответствии с которым именно за смс-рассылку ИП Цюрюмов А.А. оплату в размере 15 тыс. руб. по договору.

Исследовав условия названных договоров, представленные доводы лиц, участвующих в деле, Комиссия Волгоградского УФАС России приходит к выводу о том, что в цепочке рассматриваемых взаимоотношений ИП Фирсов С.А., ИП Цюрюмов А.А. выступили рекламодателями (лицами, осуществившими распространение рекламы, используя определенный сервис – программные средства, позволяющие отправлять смс-сообщения ([пункт 7 статьи 3](#) ФЗ «О рекламе»). ИП Фирсов С.А. является также рекламодателем, под которым в силу пункта 5 статьи 3 Закона о рекламе понимается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо, и рекламопроизводителем (лицом, осуществившим полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму – п. 6 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

Каждый из указанных лиц обязан соблюдать требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

ООО «Абсолют» является владельцем смс-сервиса, посредством использования которого индивидуальными предпринимателями и была осуществлена рассылка рекламных смс-сообщений. Т.О., признаки нарушения законодательства о рекламе в действиях данного хозяйствующего субъекта в рамках рассмотрения дела № 14-03-18-02/82 не подтвердились.

ИП Цюрюмовым А.А., ИП Фирсовым С.А. не представлены доказательства получения предварительного согласия абонента, которому принадлежит номер ... (гр. Д...) на получение рекламы об услугах, товарах магазина «220 Вольт» («220Volt»).

В соответствии с п.4 ст.3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Нарушение рекламодателями, рекламодателями, рекламопроизводителями законодательства Российской Федерации о рекламе в силу ч.4 ст. 38 ФЗ «О рекламе» влечёт за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с п. 7-8 ст. 38 ФЗ РФ «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ о рекламе, рекламопроизводитель несёт ответственность за нарушение требований, ФЗ «О рекламе» в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине

Рассматриваемая реклама от «tel. 288220» следующего содержания: «ОТКРЫЛСЯ первый магазин 220VOLT на Штеменко 44. Дрели и УШМ от 1100руб», поступившая 26.08.2013г. в 15 ч 14 мин посредством смс-сообщения на абонентский номер ... (г. Волгоград), является ненадлежащей, поскольку распространялась с нарушением требований, закрепленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Материалы дела не содержат сведений о прекращении распространения ненадлежащей рекламы на абонентский номер заявителя. В связи с изложенным Комиссия Волгоградского УФАС России приходит к выводу о наличии оснований для выдачи ИП Цюрюмову А.А., ИП Фирсову С.А. предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Руководствуясь п. 1 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

#### **РЕШИЛА:**

1. Признать рекламу от «tel. 288220»: «ОТКРЫЛСЯ первый магазин 220VOLT на Штеменко 44. Дрели и УШМ от 1100руб», поступившую 26.08.2013г. в 15 ч 14 мин посредством смс-сообщения на абонентский номер .... (г. Волгоград), ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ИП Цюрюмову А.А., ИП Фирсову С.А. предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе отсутствующим.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Волгоградского УФАС России для возбуждения дел об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Резолютивная часть решения оглашена 18 апреля 2014г. Решение изготовлено в полном объеме 06 мая 2014г. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.