

## РЕШЕНИЕ № Р16/32-04

26.08.2016 г.

г. Тюмень

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

Председатель Комиссии: «...»	- руководитель управления;
«...»	- главный специалист-эксперт
Члены Комиссии:	отдела КСЗ;
«...»	- специалист-эксперт отдела КСЗ;

при рассмотрении дела № Р16/32 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие представителя лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» (адрес места нахождения: 394044, г. Воронеж, ул. Богучарская, дом 9, помещение 1 ИНН: 3666184451, ОГРН: 1133668015546), уведомленного надлежащим образом, почтовый идентификатор № 62500002971648.

### УСТАНОВИЛА:

В Тюменское УФАС России поступило заявление «...»

Из заявления следует, что на абонентский номер «...» зарегистрированный за гражданином, 24.03.2016г. в 10.53 поступило SMS-сообщение, следующего содержания: «Скидка на TOYOTA до 400 000 руб. и выгодный кредит в марте. Найдете выгоднее – пойдём на встречу! Camry, RAV4, Prado и Land Cruiser 200. Звоните + 7-343-226-09-73. Ждем Вас на Металлургов, 60», поступившей в виде SMS-сообщения от абонента «ToyotaZapad» через SMS-центр +79037011111.

Определением №Р16/32-01 по данному факту было возбуждено дело по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На рассмотрение дела, состоявшемся 26.08.2016 в 14.00 лицо, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе, не явилось, уведомлено надлежащим образом, о чем свидетельствует почтовый идентификатор № 62500002971648.

В соответствии с Постановлением Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившихся за их получением, несмотря на почтовое извещение (при наличии соответствующих доказательств).

Таким образом, копии определений направлены по адресу местонахождения лиц и направлены Тюменскому УФАС России обратно в связи с истечением срока хранения,

следовательно, считается, что адресат надлежащим образом уведомлен о получении определений.

Таким образом, дело может быть рассмотрено в отсутствие заявителя, а также лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства.

Комиссия, согласно пункту 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе решила возможным рассмотреть настоящее дело в отсутствие лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе.

Рассмотрев материалы, представленные лицам, в действиях, которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно статье 3 Федерального закона №38-ФЗ от 13.03.2006 г. «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), **рекламой** является 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, 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; 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.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Таким образом, признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя. В рассматриваемом sms-сообщении, объектом продвижения на рынке выступает – компания «ToyotaZapad», в свою очередь информация следующего содержания: «Скидка на TOYOTA до 400 000 руб. и выгодный кредит в марте. Найдете выгоднее – пойдём на встречу! Camry, RAV4, Prado и Land Cruiser 200. Звоните + 7-343-226-09-73. Ждем Вас на Metallургов, 60» Направлена на привлечение внимания к вышеуказанному объекту рекламирования.

Следовательно, sms-сообщение, поступившее абоненту «...» 24.03.2016г. в 10:53 следующего содержания: «Скидка на TOYOTA до 400 000 руб. и выгодный кредит в марте. Найдете выгоднее – пойдём на встречу! Camry, RAV4, Prado и Land Cruiser 200. Звоните + 7-343-226-09-73. Ждем Вас на Metallургов, 60», поступившей в виде SMS-сообщения от абонента «ToyotaZapad» через SMS-центр: +79037011111, является рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, а, следовательно, на неё распространяются требования Закона о рекламе.

Согласно статье 1 Закона о рекламе, целями настоящего Федерального 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, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Таким образом, нормы части 1 статьи 18 Закона о рекламе направлены на обеспечение соблюдения, в первую очередь, прав граждан, гарантированных Конституцией РФ, а именно на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны, защиту своей чести и доброго имени (ст. 23 Конституции).

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 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 незамедлительно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно представленному договору об оказании услуг подвижной связи № «...» от 15.06.2006 гражданин «...» является абонентом ПАО «ВымпелКом».

Согласно данным, представленным ПАО «ВымпелКом» (Оператор), нежелательное SMS-сообщение отправлено гр. «...» ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» (Абонент), которое на основании Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 57190604 от 27.08.2015 г. (далее - Договор), является абонентом ПАО «ВымпелКом» (Оператор).

При заключении Договора стороны не определили понятие «SMS-сообщение», однако исходя из обычаев делового оборота под «SMS-сообщением» понимается короткое текстовое сообщение, состоящее из букв или символов, набранных в определенной последовательности, предназначенное для передачи по сети подвижной радиотелефонной связи стандарта GSM 900/1800 исполнителя.

Понятие «Пользователь» определено как абонент сети сотовой радиотелефонной связи Оператора, принадлежащий к одному из регионов, указанных в Приложении 4. Пользователем может быть абонент, пользующийся услугами других операторов подвижной связи. (пункт 1.1 Дополнительного соглашения №1 от 03.09.2015г., к договору об оказании услуг связи «Билайн» № 57190604 от 27.08.2015 г.). (Далее – Дополнительное соглашение).

Понятие «СПАМ» определено сторонами в п 1.14 Дополнительного соглашения, как SMS – сообщения, отправленные Абонентом и предназначенные по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленные Пользователю без его предварительного согласия или не позволяющее определить отправителя этого SMS-сообщения, в том числе содержащие несуществующий или фальсифицированный адрес отправителя.

Предмет Дополнительного соглашения к договору об оказании услуг связи «Билайн» № 57190604 от 27.08.2015 г. определен сторонами в п. 2.1 Дополнительного соглашения, согласно которому Оператор оказывает Абоненту Услуги, предусмотренные настоящим Дополнительным соглашением, а Абонент обязуется их оплачивать в соответствии с условиями Абонентского договора.

Согласно п. 4.1 Договора Абонент обязан не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок, установки шлюзов (или устройств) для доступа в сети фиксированной связи, интернет-телефонии и других мероприятий, приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи, и ущерб Оператора третьим лицам.

Согласно п. 4.6 Дополнительного соглашения Абонент обязуется не использовать выделенные номера доступа и подключение к оборудованию оператора с целью организации Спاما.

Согласно п. 4.7 Дополнительного соглашения Абонент обязуется осуществить отправку SMS сообщений Пользователю только при наличии согласия Пользователя, подтвержденного документально. В случае возникновения претензии со стороны Пользователя по факту получения SMS от Абонента, в том числе, претензии, направленной в адрес Оператора, Абонент обязуется в течение 1 (одного) рабочего дня с даты обращения Оператора, предоставить Оператору документальное подтверждение согласия Пользователя/Пользователей на получение SMS сообщений, отправленных Абонентом.

Исходя из анализа п. 4.1 Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 57190604 от 27.08.2015 г., а также п. 4.6 и 4.7 Дополнительного соглашения к вышеуказанному договору следует, что ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» обязуется, обеспечить при осуществлении отправки Пользователям SMS-сообщений исполнение требований настоящего Договора, норм действующего законодательства, а также обязуется не направлять пользователям SMS-сообщения без получения их письменного согласия.

Таким образом, отправителем SMS-сообщения рекламного характера следующего содержания: «Скидка на TOYOTA до 400 000 руб. и выгодный кредит в марте. Найдете выгоднее – пойдём на встречу! Camry, RAV4, Prado и Land Cruiser 200. Звоните + 7-343-226-09-73. Ждем Вас на Металлургов, 60», является ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ», которое, при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, обязано иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки, оформленное документально, т.е. письменное согласие.

При заключении Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 57190604 от 27.08.2015 г., а также Дополнительного соглашения №1 к указанному договору от 03.09.2015г. **ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» приняло на себя обязательство иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки оформленное документально, т.е. письменное согласие.**

Таким образом, ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 57190604 от 27.08.2015 г., а также Дополнительного соглашения №1 к указанному договору от 03.09.2015г. обязательств перед ПАО «ВымпелКом». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента «...» на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела от ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» не представлено.

ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» **является рекламодателем** в силу того, что передало sms-сообщение рекламного характера абоненту «...».

Согласно материалам дела ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» заключив договор с ПАО «ВымпелКом» на осуществление рассылки sms-сообщений, ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» приняло на себя обязательства о получении документально оформленного согласия Пользователей на получение данной услуги, при этом следует учитывать тот факт, что заключение последующих договоров с иными юридическими лицами по оказанию данной услуги с наложением на них обязанности получить документально оформленное согласие Пользователя на sms-рассылку не снимает обязанности с ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» также получать такое согласие всеми доступными для него способами.

В материалы дела ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» представлены письменные пояснения, также, обществом представлено письменное согласие на получение sms -рассылки на

ИМЯ «...».

Вместе с тем, указанное согласие не может быть принято во внимание по следующим основаниям:

1. Согласие представлено на имя «...», в то время как sms-сообщение поступило «...».
2. Также в согласии указан номер абонента: «...», в то время как sms-сообщение поступило абоненту на номер«...».

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **рекламораспространитель** – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. При этом основным признаком является именно – распространение рекламы любым способом.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Учитывая, что у ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» отсутствует предварительное согласие абонента на получение sms-рассылки, в том числе и рекламного характера, следовательно, им нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

#### РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, содержащуюся в SMS-сообщении, поступившем гражданину «...», 24.03.2016г. в 10.53, следующего содержания: «Скидка на TOYOTA до 400 000 руб. и выгодный кредит в марте. Найдете выгоднее – пойдём на встречу! Camry, RAV4, Prado и Land Cruiser 200. Звоните + 7-343-226-09-73. Ждем Вас на Металлургов, 60», от абонента «ToyotaZapad» через SMS-центр: +79037011111 **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.06 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме \_\_\_\_\_ года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии:

«...»

«...»

Члены комиссии:

«...»

### **ПРЕДПИСАНИЕ № Р16/32-05**

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

26.08.2016 г.

г. Тюмень

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

Председатель Комиссии:

«...»

Руководитель управления;

«...»

Ведущий специалист-эксперт,

Члены Комиссии:

«...»

специалист-эксперт

на основании своего решения от 26.08.2016 по делу № Р16/32 о признании ненадлежащей рекламы, направленной посредством SMS-сообщения рекламного характера поступившего на абонентский номер «...» 24.03.2016 в 10:53 от абонента «ToyotaZarad» через SMS-центр: +79037011111 следующего содержания: «Скидка на TOYOTA до 400 000 руб. и выгодный кредит в марте. Найдете выгоднее – пойдём на встречу! Camry, RAV4, Prado и Land Cruiser 200. Звоните + 7-343-226-09-73. Ждём Вас на Metallurgov, 60» гражданину «...», в соответствии с частью 2 статьи 33 и частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

**ПРЕДПИСЫВАЕТ:**

1. ООО «ИНКОР ДЕВЕЛОПМЕНТ» (адрес места нахождения: 394044, г. Воронеж, ул. Богучарская, дом 9, помещение 1 ИНН: 3666184451, ОГРН: 1133668015546) в

**десятидневный срок с момента получения настоящего предписания** устранить нарушение ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», а именно: прекратить распространение рекламы следующего содержания: «Скидка на TOYOTA до 400 000 руб. и выгодный кредит в марте. Найдете выгоднее – пойдём на встречу! Camry, RAV4, Prado и Land Cruiser 200. Звоните + 7-343-226-09-73. Ждём Вас на Metallургов, 60» по сетям электросвязи без получения предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

2. **В 5-дневный срок с момента исполнения настоящего предписания** представить в Тюменское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания.

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе Тюменское УФАС России вправе в соответствии с пунктом 2.4 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц в размере от 12 000 до 20 000 рублей; на юридических лиц - от 300 000 до 500 000 рублей.

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

Председатель комиссии:

«...»

Члены  
комиссии:

«...»

«...»