

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

об административном правонарушении

№ 08-05-18/13

25 июля 2018 года г. Мурманск

Заместитель руководителя управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области Попова Ирина Николаевна, действующая на основании статьи 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее КоАП РФ), пункта 7 части 2 статьи 33 Федерального Закона «О рекламе» от 13.03.06 № 38-ФЗ (далее Закон о рекламе), рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 08-05-18/13 возбужденного в отношении индивидуального предпринимателя Колыско Дмитрия Владимировича <...> ,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области поступило заявление гражданина Черепко Д.А. по поводу распространения рекламы 23.11.2017 и 12.12.2017 в виде смс-сообщений ООО «Галант Авто» следующего содержания: «Мега черная пятница в Галант-авто! а/м с выгодой до 650 т.р.! Кредит.... только до 24.11.17! звони, раскупят тел...» и « Галант – Авто 10 лет! Весь декабрь новые Mitsubishi с выгодой до 32%, скидка 10% на услуги сервиса и запчасти! Звони 88152 554-2015 ГВ», без получения предварительного согласия абонента Черепко Д.А. <...> .

Заявитель сообщает, что не пользовался услугами ООО «Галант-Авто» не оставляя номер своего мобильного телефона, соответственно не давал свое согласие на рассылку.

Гражданин представил скриншоты рекламных сообщений с экрана своего телефона.

Черепко Д.А. просит привлечь к ответственности лицо, нарушившее рекламное законодательство.

В соответствии со статьей 3 Федерального Закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (Далее - Закон о рекламе)

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;

ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям

законодательства Российской Федерации;

рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств

рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю.

Согласно Международному [кодексу](#) рекламной практики под потребителем рекламы понимается любое лицо, которому адресована реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем.

Согласно пункту 1 статьи 18 Закон 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

По своему содержанию смс - сообщение, направленное по сети связи, привлекает неопределенный круг лиц к объектам рекламирования ООО «Галант-Авто», его продукции и акциям», продвигает ООО «Галант-Авто» на рынке и побуждает воспользоваться его продуктом и акциями по привлекательной цене, кроме того сообщения не содержат указания на конкретного субъекта их получения, т.е. данная информация является рекламой.

Объектами рекламирования является: магазин салон магазин ООО «Галант Авто», продукция магазина и акция.

Исходя из детализации входящих сообщений, вышеприведенные смс-сообщения действительно поступили 23.11.2017 и 12.12.2017 на абонентский номер <...>, принадлежащий Черепко Д.А.

В соответствии с договором № SMSD0101/16-04BE от 01.01.2016(далее- договор), заключенным между ООО «АйДиджитал» и ООО «Галант –Авто», спорные рекламные смс-сообщения были направлены в рамках дополнительного соглашения №2 к договору.

Условия договора № SMSD0101/16-04BE и дополнительное соглашение №2 (пункт4.4) предусматривает привлечение третьих лиц для оказания услуг по отправке

рекламных смс-сообщений.

ООО «АйДиджитал» заключил договор № 1810/2017 от 18.10.2017 с индивидуальным предпринимателем Колыско Дмитрием Владимировичем, по условиям которого, ИП Колыско Д.В. самостоятельно осуществляет выбор получателя смс- сообщений в полном объеме несет ответственность за наличие согласия абонентов на получение рекламы (пункт 4.9 договора).

ИП Колыско Дмитрий Владимирович <...>, в соответствии с выпиской из ОГРНИП, осуществляет деятельность рекламных агентств (62.02.9) и деятельность по управлению компьютерными системами непосредственно (62.03.11) и дистанционно (62.03.12).

Согласно Акту №1 от 09.01.2018г спорные смс-сообщения были отправлены через оборудования ИП Колыско Д.В.

ИП Колыско Д.В. по запросу ООО «АйДиджитал» представил анкету от 11.03.2009 абонента номера <...>, из которой следует, что гражданин Бозоров Аскар Чориевич дает согласие на обработку его персональных данных и на получение информации по каналам связи на принадлежащий ему телефонный номер <...>. Анкета не содержит место время и адрес заполнения анкеты, паспортные данные лица, его адрес проживания и иную идентифицирующую информацию.

Мурманским УФАС России установлено, что абонентский номер <...>, на который ИП Колыско Д.В. направил рекламные смс- сообщения, фактически принадлежит с 2004 года Черепко Дмитрию Александровичу (Договор о предоставлении услуг связи МТС от 21.08.2004) и на момент рассылки рекламных смс- сообщений также принадлежал Черепко Д.В., который не давал согласие на получение рекламы.

ИП Колыско Д.В. не удостоверившись в принадлежности абонентского номера, направил рекламные смс-сообщения фактическому владельцу абонентского номера Черепко Д.А., без получения на то согласия собственника номера.

В соответствии со [статьей 2](#) Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ "О связи" электросвязь - это любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам ([пункт 35](#)); абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации ([пункт 1](#)).

Согласно [части 1 статьи 44.1](#) Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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.

В соответствии с данной [нормой](#) согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Из письма Федеральной антимонопольной службы от 19.05.2006 N АК/7654 следует, что требования, предусмотренные [частью 1 статьи 18](#) Закона о рекламе, распространяются в равной мере и на рекламу, распространяемую по сетям связи Интернет, и на мобильные номера абонентов.

Поскольку положениями [Закона](#) о рекламе не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя ([пункт 15](#) постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе").

При этом бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя, и должно быть зафиксировано каким-либо образом.

Из комментируемой нормы следует, что реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Вместе с тем, рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В рассматриваемом случае, на момент распространения рекламы такое согласие не было получено у фактического абонента номера <...> Черепко Д.А.

Из пояснений ООО «АйДиджитал» и ООО «Галант Авто» следует, что рассылка рекламных смс-сообщений ООО «Галант Авто» осуществлялась ИП Колыско Д.В., который был конечным отправителем рекламы и осуществлял рассылку по самостоятельно сформированной базе со своего оборудования. Участники договорных отношений, ссылаясь на часть 4 договора № 1810/2017 от 18.10.2017, убеждены, что именно ИП Колыско Д.В., будучи рекламораспространителем обязан был получить согласие абонента Черепко Д.А. на получение рекламного смс сообщения.

Согласно терминологии договора №1810/2017 рекламораспространитель - это лицо, привлекаемое к оказанию услуг по настоящему договору и получившее соответствующее согласие от абонентов на получение рекламной информации.

В соответствии с [частью 7 статьи 38](#) Закона о рекламе, рекламодатель несет ответственность за нарушение Закона о рекламе.

Согласно акту выполненных работ №1 от 09.01.2018 рекламная рассылка по заказу ООО «АйДиджитал»(№1810/2017 от 18.10.2017) выполнена ИП Колыско Д.В. в срок без претензий по объему и качеству и оплачено в полном объеме.

Из чего следует, что рекламодателем является индивидуальный предприниматель Колыско Дмитрий Владимирович <...>, который распространил рекламную информацию в виде смс сообщения без получения предварительного согласия абонента номера <...> Черепко Д.А.

ИП Колыско Д.В. не представил доказательств получения согласия фактического абонента номера <...> Черепко Д.А.

Реклама, распространенная 23.11.2017 и 12.12.2017 в виде смс-сообщений ООО «Галант Авто» следующего содержания: «Мега черная пятница в Галант-авто! а/м с выгодой до 650 т.р.! Кредит.... только до 24.11.17! звони, раскупят тел...» и « Галант – Авто 10 лет! Весь декабрь новые Mitsubishi с выгодой до 32%, скидка 10% на услуги сервиса и запчастей! Звони 88152 554-2015 ГВ», без получения предварительного согласия абонента Черепко Д.А. <...>, признана ненадлежащей и нарушающей часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Лицо, совершившее противоправные действия (Субъект административного правонарушения) рекламодатель - индивидуальный предприниматель Колыско Дмитрий Владимирович.

Место совершения административного правонарушения: место нахождения рекламодателя-141102, Московская обл., Щелковский район, г. Щелково, ул. Центральная, д.84, кв.3

Время совершения административного правонарушения: дата размещения рекламы 23.11.2017 и 12.12.2017 г.

Объект данного административного правонарушения: общественные отношения, возникающие в связи необходимостью соблюдения требований законодательства Российской Федерации о рекламе.

В соответствии с частью 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП).

Санкцией за данное административное правонарушение является наложение административного штрафа на должностных лиц и индивидуальных предпринимателей – от четырех до двадцати тысяч рублей.

Согласно Единому реестру субъектов малого и среднего предпринимательства,

размещенного в сети Интернет <https://rmsp.nalog.ru/search.html>, ИП Колыско Дмитрий Владимирович является субъектом малого предпринимательства.

В силу части 1 статьи 4.1.1. КоАП РФ лицам, являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей [раздела II](#) настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных [частью 2 статьи 3.4](#) настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных [частью 2](#) настоящей статьи.

Вина предпринимателя заключается в том, что, иницируя размещение рекламы Колыско Д.В. не убедился в достоверности информации, предоставленной лицом в анкете, и направил рекламную информацию фактическому собственнику абонентского номера, не получив его согласия.

ИП Колыско Д.В. уведомлен о рассмотрении дела надлежащим образом.

Индивидуальный предприниматель Колыско Дмитрий Владимирович ходатайств не заявлял, переписку ведет только с участником договорных отношений ООО «АйДиджитал», корреспонденцию, направленную в его адрес не получает.

Из ранее направленных письменных пояснений ИП Колыско Д.В. от 31.01.2018, следует, что абонентский номер <...>, поставлен в стоп лист, рассылка рекламы в адрес Черепко Д.А. прекращена.

При вынесении постановления, учло ранее представленные документы по существу дела, письменные пояснения Колыско Д.В.

С учётом приведённых обстоятельств, в отсутствие отягчающих и при наличии смягчающих обстоятельств (устранение правонарушения), должностное лицо считает возможным, за впервые совершенное административное правонарушение, применение части 1 статьи 4.1.1. КоАП РФ в отношении ИП Колыско Д.В., т.е. заменить административное наказание в виде административного штрафа на предупреждение.

В соответствии с частью 1 статьи 25.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях лицо, в отношении которого ведётся производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь статьями 4.1.1., 4.2, 4.3, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской

Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ

1. Признать виновным индивидуального предпринимателя Колыско Дмитрия Владимировича <...> в совершении нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

2. В соответствии с частью 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ заменить административное наказание в виде административного штрафа, объявив ИП Колыско Д.В. предупреждение.

Согласно части 1 статьи 31.1 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

В соответствии с пунктом 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении подаётся в суд в порядке, предусмотренном главой 30 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Заместитель руководителя управления Попова И.Н.