

ФАС

**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ  
ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ**

48, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а

тел. 50-31-55

**ПО С Т А Н О В Л Е Н И Е № А16/336-02**

о назначении административного наказания  
за нарушение законодательства о рекламе

10.08.2016г.

г. Тюмень

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области <...>, рассмотрев материалы дела №А16/326, возбужденного в отношении ООО «Мобильный актив» (адрес местонахождения: 614094, г. Пермь, ул. Овчинникова, 17, ИНН 5902819936, КПП 590301001; ОГРН 1045900072415, дата регистрации: 04.02.2014) (далее также – Общество), в отсутствие законного представителя ООО «Мобильный актив», уведомленного надлежащим образом, которому права лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, закрепленные ст.25.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ, Кодекс) разъяснены в протоколе от 28.06.2016 г. №А16/326,

**У С Т А Н О В И Л:**

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее - Комиссия) от 23.11.2015 №Р15/136-02 признана ненадлежащей реклама, содержащаяся в SMS-сообщении, поступившем гражданину Байбусу М.В. на абонентский номер <...> 18.08.2015 г. в 10:43 ч., от абонента + 79023590460, следующего содержания: «Наличные: ЗВоHime

88005557240 DomawHue DEHьгi eMhQvmXzzvnu8lGuW» поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Определением Тюменского УФАС России от 07.07.2016 г. № **A16/336-01** в отношении **ООО «Мобильный актив»** возбуждено производство по делу об административном правонарушении № **A16/336** по ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ.

07.07.2016 г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении **ООО «Мобильный актив»** был составлен протокол об административном правонарушении № **A16/336**.

Исследовав материалы административного дела, установлено следующее.

В соответствии со статьей 3 Закона 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. Объект рекламирования – товар, средство его индивидуализации, 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.

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 DomawHue Деньги, в свою очередь информация следующего содержания: «Наличные: 3BoHime 88005557240 DomawHue DEHьгi eMhQvmXzzvnu8lGuW» направлена на привлечение внимания к вышеуказанному объекту рекламирования.

Следовательно, sms-сообщение, поступившее абоненту Байбусу М.В. 18.08.2015 г. в 10:43 ч следующего содержания: «Наличные: 3BoHime 88005557240 DomawHue DEHьгi eMhQvmXzzvnu8lGuW», поступившей в виде SMS-сообщения от абонента + 79023590460, 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 № 5030592 от 23.03.2009 гражданин Байбус Михаил Валентинович является абонентом ООО «Т2-Мобайл».

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи номер отправителя +79023590460 зарегистрирован за ЗАО «СМАРТС-Чебоксары».

Согласно данным, представленным ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», нежелательное SMS-сообщение отправлено гр. Бею А.Н. ООО «Мобильный актив» Абонент), который на основании Договора об оказании Байбусу М.В. услуг № 451303 от 03.07.2015 г. (далее - Договор), является абонентом ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» (Оператор Связи).

Исходя из анализа вышеуказанного Договора следует, что Закрытое Акционерное Общество «СМАРТС-Чебоксары», именуемое в дальнейшем Оператор связи, действующее на основании Устава, в лице Представителя, действующего на основании Доверенности, с одной стороны, и Абонент, с другой стороны, сведения о котором даны в Карточке Абонента заключили настоящий договор по тарифному плану «Первый семейный».

Согласно сведениям из Карточки Абонента, Абонентом ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» по указанному Договору является ООО «Мобильный актив» (Далее также – Общество).

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.

Предмет Договора об оказании услуг № 451303 от 03.07.2015 г. (п. 2.1.1) определен сторонами в п. 1.1 вышеуказанного Договора.

В соответствии с п. 1.1 Оператор Связи предоставляет Абоненту, и Абонент оплачивает услуги подвижной радиотелефонной связи в соответствии с перечнем и условиями, выбранными Абонентом и изложенными в Карточке Абонента,

являющейся неотъемлемой частью настоящего Договора.

Согласно п. 2.14 Абонент обязуется не передавать права на услуги, предоставленные по настоящему Договору, другому лицу без оформления в установленном порядке.

Согласно п 2.16 Абонент обязуется 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 Оператору.

Исходя из анализа настоящего Договора следует, что номер <...> с которого было отправлено рекламное sms-сообщение, +79023590460 предоставлен ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» абоненту ООО «Мобильный актив» не для осуществления предпринимательской деятельности, в частности предоставления услуг отправки рекламных sms-сообщений, а для получения услуг связи.

Таким образом, ООО «Мобильный актив», согласно условиям договора, не должен был использовать абонентский номер <...> для предоставления услуг распространения рекламных sms-сообщений, в том числе систематических.

Согласно представленным письменным пояснениям от ООО «Мобильный актив», рекламодателем рассматриваемого sms-сообщения является ИП Семочкин А.А. (ИНН 263119576859Ю ОГРИП 314784731500125).

Исходя из анализа письменных пояснений следует, что ООО «Мобильный актив» и ИП Семочкиным А.А. был заключен Договор № 1186 о предоставлении услуг от 20.03.2015 г.

При заключении Договора стороны определили понятие «SMS-сообщение» в (Short Message Service, русская транскрипция «СМС-сообщение») п 2.3 Договора № 1186, как короткое текстовое сообщение, предназначенное для отправки на мобильный телефон Абонента.

Понятие «Абоненты» определено, как физическое или юридическое лицо, пользующееся услугами подвижной радиотелефонной связи одного из Операторов связи (пункт 2.1 Договора).

Понятие «СПАМ» определено сторонами в п. 2.7 Договора, как SMS-сообщение, предназначенное по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленное Абоненту без его согласия на то, или не позволяющее определить отправителя этого SMS-сообщения, или вводящее Абонента в заблуждение относительно характера такого SMS-сообщения или его отправителя.

Предметом Договора № 1186 о предоставлении услуг (п1.1) является комплекс услуг информационно-технического характера по обеспечению взаимодействия между Заказчиком и Оператором сотовой связи по поводу осуществления sms-рассылок, а именно: услуги по обработке поручений на отправку sms-сообщений с целью их приведения в стандартную для Оператора сотовой связи форму, а также услуги по формированию отчетов и динамической смене имени отправителя, иные сопутствующие услуги.

Согласно п. 3.5.1 Заказчик (ИП Семочкин А.А.) не имеет права использовать оказываемые Исполнителем (ООО «Мобильный актив») Услуги для передачи SMS-сообщений, соответствующих признакам СПАМа; SMS-сообщений разжигających национальную, расовую или религиозную рознь; SMS-сообщений, содержащих ненормативную лексику; SMS-сообщений порнографической направленности; SMS-сообщений, нарушающих нормы действующего законодательства; SMS-сообщений, содержащих недостоверную или мошенническую информацию; для передачи сведений и данных, составляющих военную, государственную и иную охраняемую законом тайну; для передачи материалов, нарушающих авторские и иные права на объекты интеллектуальной собственности; для передачи информации Абонентам, высказавшим ранее явное нежелание получать эту информацию; равно как и способствовать возможным попыткам подобного использования подключения к оборудованию Исполнителя третьими лицами.

Согласно п. 3.3.1 Договора № 1186 Заказчик (ИП Семочкин А.А.) обязуется в обязательном порядке заблаговременно получить от Абонента, на мобильный телефон которого планируется отправка SMS-сообщений в форме, которая (1) однозначно идентифицирует Абонента как лица, давшего это согласие, (2) позволяет предъявить указанное согласие исполнителю и/или Оператору в случае необходимости по их запросу. Подписанием настоящего Договора Заказчик гарантирует Исполнителю наличие у него таких согласий.

Согласно п. 3.3.2 Договора № 1186 Заказчик (ИП Семочкин А.А.) при предъявлении исполнителем (ООО «Мобильный актив») запроса о предоставлении согласия Абонента на получение SMS-сообщений от Заказчика предоставить указанное согласие.

Согласно п.3.2.1 Договора № 1186 Исполнитель (ООО «Мобильный Актив») имеет право приостановить (в том числе на неопределенное время) оказание услуг Заказчику (ИП Семочкину А.А.), если тот будет неоднократно оперировать SMS-сообщениями, которые соответствуют определению СПАМа и/или условиями п. 3.5.1., 3.5.3, а также в случае несвоевременной оплаты Услуг – до полного погашения задолженности.

Таким образом, распространителем SMS-сообщения рекламного характера следующего содержания: «Наличные: 3BoHime 88005557240 Домашние DEHngi eMhQvmXzzvnu8IGuW», будет являться ООО «Мобильный актив», который обязан не использовать выделенный ему телефонный номер для распространения рекламной информации.

ООО «Мобильный актив» ведет предпринимательскую деятельность, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Таким образом, Общество обязано предвидеть риски и предпринять какие-либо меры не к недопущению нарушения закона.

Согласно ст. 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

В соответствии с частью 1 статьи 8 ГК РФ, гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими нормативными актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности. В этой связи гражданские права и обязанности возникают, в том числе, из договоров.

Заклучив вышеупомянутый договор и дополнительные соглашения, ООО «Мобильный актив» согласилось с тем, что предоставляемые им услуги могут, и будут использоваться, в том числе, в целях распространения рекламы.

Требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространяются не на содержание самой рекламы, а на способ её распространение, т.е. лицо, участвующее в передаче рекламного sms-сообщения обязано иметь согласие абонента которому оно направляется, не зависимо от содержания этого сообщения.

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.

Согласно пункту 6 статьи 3 Закона о рекламе, рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму. Таким образом, лицо формирующее sms-сообщение, является, в первую очередь, рекламопроизводителем. При этом согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе лежит только на рекламораспространителе.

Кроме того, ООО «Мобильный актив» не представило каких либо доказательств того, что самостоятельно предпринимало какие либо действия, направленные на получение согласия абонента Байбуса М.В. Обществом не представлено доказательств осуществления контроля за массовой рассылкой Заказчика на предмет ее законности и обоснованности.

Напротив, Общество, заключив Договор с ИП Семочкиным А.А., наложило на последнего обязательство получения согласия абонента на sms-рассылку, самоустранившись от выполнения своих обязательств, возникших как в силу договорных отношений с оператором связи ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», так и в силу закона (части 1 статьи 18 закона о рекламе).

Вместе с тем, заключение договоров с Заказчиками не снимает такой обязанности с ООО «Мобильный актив».

ООО «Мобильный актив» ведет предпринимательскую деятельность, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Таким образом, Общество обязано предвидеть риски и предпринять какие-либо меры не к недопущению нарушения закона.

Таким образом, учитывая все вышеизложенное, следует, что ООО «Мобильный актив» является рекламодателем и обязано получать согласие абонента на получение sms-рассылки, в т.ч. рекламного характера. Следовательно, Обществом нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе влечет ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Таким образом, рекламодатель, неся ответственность за распространение рекламы, должен обеспечить соблюдение требований законодательства о рекламе.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса,

– влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Субъектом административного правонарушения по делу ООО «Мобильный актив» (адрес местонахождения: 614094, г. Пермь, ул. Овчинникова, 17, ИНН 5902819936, КПП 590301001; ОГРН 1045900072415, дата регистрации: 04.02.2014).

Таким образом, ООО «Мобильный актив», распространяя вышеуказанную рекламу, без предварительного согласия потребителя на получение рекламы, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьей 14.3 КоАП РФ.

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.

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дела №А16/336 – 18.08.2015 в 10:43.

Дело об административном правонарушении № А16/336 в соответствии с ч. 2 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ООО «Мобильный актив» правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законом требований, при рассмотрении дела не установлены.

Доказательств малозначительности совершенного правонарушения при

рассмотрении дела не установлено.

Вместе с тем, Федеральным законом от 03.07.2016 N 316-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» статья 4.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях дополнена статьей 4.1.1, устанавливающей, что являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, 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.

В соответствии со статьей 2 указанного закона данные изменения вступают в силу со дня официального опубликования (опубликовано на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 04.07.2016).

Пунктом 10 Федерального закона от 29.12.2015 N 408-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» установлено, что до 1 августа 2016 года для отнесения юридических лиц и индивидуальных предпринимателей к субъектам малого и среднего предпринимательства и для отнесения их к категориям субъектов малого и среднего предпринимательства применяются условия, установленные статьей 4 Федерального закона от 24 июля 2007 года N 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» (в редакции, действовавшей до дня вступления в силу настоящего Федерального закона).

Согласно статье 4 Федерального закона «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» к субъектам малого и среднего предпринимательства относятся внесенные в единый государственный реестр юридических лиц потребительские кооперативы и коммерческие организации (за исключением государственных и муниципальных унитарных предприятий), а также физические лица, внесенные в единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (далее - индивидуальные предприниматели), крестьянские (фермерские) хозяйства, соответствующие следующим условиям:

- средняя численность работников за предшествующий календарный год не должна превышать следующие предельные значения средней численности работников для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства:

а) от ста одного до двухсот пятидесяти человек включительно для средних предприятий;

б) до ста человек включительно для малых предприятий; среди малых предприятий



выделяются микропредприятия - до пятнадцати человек;

- выручка от реализации товаров (работ, услуг) без учета налога на добавленную стоимость или балансовая стоимость активов (остаточная стоимость основных средств и нематериальных активов) за предшествующий календарный год не должна превышать предельные значения, установленные Правительством Российской Федерации для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства.

Постановлением Правительства РФ от 13.07.2015 N 702 «О предельных значениях выручки от реализации товаров (работ, услуг) для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства» установлены предельные значения выручки от реализации товаров (работ, услуг) за предшествующий календарный год без учета налога на добавленную стоимость для следующих категорий субъектов малого и среднего предпринимательства:

микропредприятия - 120 млн. рублей;

малые предприятия - 800 млн. рублей;

средние предприятия - 2 млрд. рублей.

Согласно части 2 статьи 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

ООО «Мобильный актив» впервые совершило нарушение рекламного законодательства, материалы, свидетельствующие о причинении имущественного ущерба либо вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, отсутствуют.

С учетом изложенного административное наказание ООО «Мобильный актив» в виде административного штрафа, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях подлежит замене на предупреждение.

С учетом положений ч. 1 ст. 3.1 КоАП РФ, закрепившей цели административного наказания, предупреждение является официальным предостережением юридического лица от возможности совершения им противоправного действия.

Применение предупреждения влечет для нарушителя соответствующие правовые последствия. Лицо, которому назначено предупреждение, считается подвергнутым данному наказанию в течение одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении предупреждения. Если в течение года такое лицо совершит новое административное правонарушение, то к нему может быть применено более строгое административное наказание.

Руководствуясь статьями 4.1.1., 4.1, 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

### **ПОСТАНОВИЛ:**

1. Признать ООО «Мобильный актив» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. В соответствии со статьей 4.1.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях объявить ООО «Мобильный актив» (адрес местонахождения: 614094, г. Пермь, ул. Овчинникова, 17, ИНН 5902819936, КПП 590301001; ОГРН 1045900072415, дата регистрации: 04.02.2014) (далее также – Общество), официальное порицание в форме предупреждения за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Частью 3 статьи 30.1. и частью 1 статьи 30.3. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в Арбитражный суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

Руководитель управления

<...>