

Решение № Р15/84-03

30.09.2015г.

г.Тюмень

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

Председатель Комиссии: Поткина И.В.	- заместитель руководителя управления;
	- ведущий специалист-эксперт;
Члены Комиссии: Огнева Е.Н.	
	-ведущий специалист-эксперт,
Шевчук М.М.	

при рассмотрении дела № Р15/84 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе – <...> (адрес места нахождения: 150014, г.Ярославль, <...>, ИНН <...>), уведомленного надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области из ФАС России поступило заявление гражданина <...> (вх. №3876 от 27.05.2015), указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении смс-сообщений рекламного характера.

Как указывает заявитель, на принадлежащий ему абонентский номер <...>, зарегистрированный за гражданином, 12.05.2015 г. в 07:45, от абонента «+79022284403», поступило SMS-сообщение рекламного характера, следующего содержания: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги»».

Как указывает заявитель, согласия на SMS-рассылку рекламного характера он не давал.

Определением от 13.07.2015г. №Р15/84-01 по данному факту было возбуждено дело в отношении индивидуального предпринимателя <...> по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

На рассмотрение дела лицо, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе, не явилось.

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, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно статье 3 Закона 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 предложение: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги» на привлечение внимания, к которому и направлено sms-сообщение.

Следовательно, sms-сообщение, поступившее абоненту <...>, 12.05.2015 в 07:45 от абонента «+79022284403» следующего содержания: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги», является рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, а следовательно, на неё распространяются требования Закона о рекламе.

Так, 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 считается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие им было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно сведениям, представленным ЗАО «Ярославль-GSM» (вх.№4950 от 03.07.2015г.), SMS-сообщение с номера +79022284403 было направлено ИП <...>. на основании договора б/н от 17.12.2012г. (далее – Договор).

Согласно указанному договору, ИП <...> (Заказчик) поручает, а ЗАО «Ярославль-GSM» (Исполнитель) брёт на себя обязательства по оказанию следующих услуг Заказчику: передача SMS-сообщений от Заказчика посредством технических и программных средств исполнителя Абонентам.

Согласно пункту 3.1 указанного Договора, Заказчик обязуется:

3.1.1. Предоставлять Исполнителю данные (SMS-сообщения) для выполнения Исполнителем своих обязанностей по договору;

3.1.2. Не использовать подключение к оборудованию Исполнителя для организации СПАМа. (СПАМ – в соответствии с пунктом 1.1.3. Договора SMS-сообщение рекламного характера, которое отправлено без предварительного согласия Абонента).

При заключении Договора от 17.12.2012г., ИП <...> **приняла на себя обязательство не использовать подключение к оборудованию Исполнителя для организации СПАМа, а значит, обязана иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки оформленное документально, т.е. письменное согласие.**

Таким образом, отправителем SMS-сообщения рекламного характера следующего содержания: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги», является ИП <...>, которая, при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, обязана иметь предварительное согласие Абонента на получении SMS-рассылки.

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку [Закон](#) о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно пункту 16 статьи 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно пункту 32 статьи 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

[Статья 44.1](#) Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования [статьи 44.1](#) Закона о Связи.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - 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.

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)

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

<...> ведет предпринимательскую деятельность, осуществляемую на свой риск, 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, она обязана предвидеть риски и предпринять все меры к недопущению нарушения закона.

Согласно ст. 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательств и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаем 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.

Заключив вышеупомянутый договор, ИП <...>. согласилась с тем, что предоставляемые ею услуги могут, и будут использоваться, в том числе, в целях распространения sms-рассылки, в том числе рекламной.

Указанный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений рекламного характера, на всех этапах их распространения.

Желание ИП <...>. продвигать товары и услуги посредством рекламных смс-сообщений в своих интересах, либо в интересах третьих лиц и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе за не санкционированную рассылку представляет собой исключительно злоупотребление

правом.

Закон о связи регулирует иные правоотношения, нежели Закон о рекламе, и не исключает действия последнего, являющегося специальными по отношению к Закону о связи. Положения статьи 63 Закона о связи при наличии предусмотренных ею обстоятельств освобождают лицо, распространяющее ненадлежащую информацию, от гражданско-правовой ответственности, в то время как в правоотношениях, регулируемых статьей 18 Закона о рекламе, присутствует публично-правовой элемент, выраженный в контроле за действиями рекламодателей со стороны уполномоченного органа. Как следствие, за нарушение названных требований предусмотрена публично-правовая ответственность. При этом Закон о связи, в частности ст. 63 регулирует частные правоотношения, в то время как ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе регулирует публично правовые отношения.

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.

Таким образом, ИП <...> обязана иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе, часть 1 статьи 44.1 Закона о Связи), так и исходя из принятых при заключении Договора б/н от 17.12.2012 г. обязательств перед ЗАО «Ярславль-GSM». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ИП <...> не представила.

Учитывая, что у ИП <...> отсутствует предварительное согласие абонента на получение sms-рассылки, в том числе и рекламного характера, нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **реklamораспространитель** – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение

части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

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 12.05.2015 в 07:45 от абонента «+79022284403» следующего содержания: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги» на абонентский номер <...>, **ненадлежащей**, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.06 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. Выдать ИП <...>. 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 05.10.2015 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии:

Поткина И.В.

Огнева Е.Н.

Члены комиссии:

Шевчук М.М.

Предписание № Р15/84-04

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

30.09.2015 г.

г. Тюмень

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

Председатель Комиссии:	Поткина И.В.	заместитель руководителя управления;
Члены Комиссии:	Огнева Е.Н.	ведущий специалист-эксперт,
	Шевчук М.М.	ведущий специалист-эксперт

на основании своего решения от 30.09.2015 по делу № Р15/84 о признании ненадлежащей рекламы, направленной посредством SMS-сообщения рекламного характера 12.05.2015 в 07:45 от абонента «+79022284403» следующего содержания: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги» 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. Индивидуальному предпринимателю <...> (адрес места нахождения: 150014, г.Ярославль, <...>, ИНН <...>) **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: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги» 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:

Поткина И.В.

Члены
комиссии:

Огнева Е.Н.

Шевчук М.М.