

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № А16/326-02

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,

УСТАНОВИЛ:

Решениями Комиссий Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее - Комиссия) от 13.12.2015 №Р15/151-02, от 17.12.2015 №Р15/158-02, от 17.12.2015 Р15/159-02 признаны ненадлежащими рекламы, содержащиеся в SMS-сообщениях, поступивших гражданину Бёю А.Н. на абонентский номер <...> .

06.10.2015 в 12:01 от абонента +79023597001 через SMS-центр: +79023700909, следующего содержания: «Предоставим деньги на дом! Быстро! 88005553041 DomawnieDengu ps2UpkјZ»;

19.09.2015 г. в 09:49 ч., следующего содержания «Нужны Наличные? Звоните 88005557240 Domawnie Dengu pw3oRbpTA8FYiPFq», через СМС-центр: +79023700909, от абонента +79023593761;

23.09.2015 г. в 08:31 ч. через СМС-центр: +79023700909, от абонента 79023596538, следующего содержания: Нужны Наличные? Звоните 88005557240 Domawnie Dengu qQy22EZPy7g6jJU8»,

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 **28.06.2016 г. № А16/326-01** в отношении **ООО «Мобильный актив»** возбуждено производство по делу об административном правонарушении **№ А16/326** по ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ.

28.06.2016г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении **ООО «Мобильный актив»** был составлен протокол об административном правонарушении **№**

A16/326-02.

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.

Из материалов дела следует, что **ООО «Мобильный актив»**, без согласия гражданина **Бея А.Н.**, передало на принадлежащий ему абонентский номер sms-сообщение рекламного характера.

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 рассматриваемых sms-сообщениях, объектом продвижения на рынке выступает предложение получения денежных займов на привлечение внимания к которому, направлены sms-сообщения.

Следовательно, sms-сообщения, поступившие абоненту **Бею А.Н.** являются рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, и поскольку она адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, 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 распространённой 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 Бей Александр Николаевич является абонентом ЗАО «РТ-Мобайл».

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи номера отправителя: 79023597001, +79023593761, +79023596538 зарегистрированы за ЗАО «СМАРТС-Чебоксары».

Согласно данным, представленным ЗАО «СМАРТС-Чебоксары», нежелательные SMS-сообщения отправлено гр. Бею А.Н. ООО «Мобильный актив» Абонент), который на основании Договора об оказании 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 ущербу Оператору.

Исходя из анализа настоящего Договора следует, что номера, с которых были отправлены рекламные sms-сообщения предоставлены 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 должно было использовать абонентские номера: 79023597001, +79023593761, +79023596538 для предоставления услуг распространения рекламных sms-сообщений, в том числе систематических.

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.

Согласно материалам дела, ООО «Мобильный актив» является лицом, которое организовало передачу и передало смс-сообщения рекламного характера гражданину.

Из чего следует, что ООО «Мобильный актив» является рекламораспространителем, поскольку осуществило и обеспечило распространение рекламы, выбрав способ и форму её распространения. При этом в материалах дела отсутствуют, какие либо доказательства того, что Общество самостоятельно предпринимало какие либо действия, направленные на получение согласия абонента Бея А.Н., а также, обществом не представлено доказательств осуществления контроля за массовой sms-рассылкой на предмет ее законности и обоснованности.

Таким образом, учитывая все вышеизложенное, следует, что ООО «Мобильный актив» является рекламораспространителем 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.

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 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 вышеупомянутые договоры 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 распространения, 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 Бея А.Н. 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 №А16/326 – 06.10.2015 в 12:01, 19.09.2015 в 09:49, 23.09.2016 в 08:31.

Дело об административном правонарушении № А16/326 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.

В пункте 18 постановления Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» указано, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Безразличное отношение юридического лица к обязанностям, установленным Законом о рекламе, а также игнорирование требований указанного закона свидетельствует о существенной угрозе охраняемым интересам.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, не установлено.

Обстоятельств, исключающих производство по делу, не установлено.

Принимая во внимание доказанность имеющимися в деле документами состав административного правонарушения в действиях ООО «Мобильный актив», учитывая характер и степень виновности лица, привлекаемого к административной ответственности, причины и условия совершения административного правонарушения, на основании изложенного, руководствуясь статьями 14.3, 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Применить к ООО «Мобильный актив» ((адрес местонахождения: 614094, г. Пермь, ул. Овчинникова, 17, ИНН 5902819936, КПП 590301001; ОГРН 1045900072415, дата регистрации: 04.02.2014), меру ответственности в виде административного штрафа в размере **100 000 (сто тысяч)** рублей за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3. КоАП РФ.

2. Сумму штрафа надлежит уплатить по следующим реквизитам:

Наименование получателя: Управление федерального казначейства
Министерства финансов России по Тюменской области (Тюменское УФАС России)

ИНН 7202081799, КПП 720301001

счет 40101810300000010005

банк получателя: отделение Тюмени г. Тюмень

БИК 047102001, ОКТМО 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 26000 01 6000 140

УИН: _____

Назначение платежа: «Денежные (штрафы) взыскания за нарушение законодательства о рекламе».

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1 КоАП, а также частью 1 статьи 30.3 КоАП постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно статьи 31.1 КоАП 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

<...>