

Решение № P15/68-03

31.08.2015 г.

г. Тюмень

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

Председатель Комиссии: «...»

- заместитель руководителя
управления;

«...»

- ведущий специалист-эксперт
отдела КСЗ;

Члены Комиссии:

- специалист-эксперт

«...»

отдела КСЗ;

при рассмотрении дела № P15/68 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе – ИП «...» (адрес места нахождения: «...»), уведомленного надлежащим образом, почтовый идентификатор № 62599286274422, заявителя – «...», уведомленного надлежащим образом, почтовый идентификатор № 62599286274361.

УСТАНОВИЛА:

В Тюменское УФАС России поступило заявление «...» (вх.№ 2848 от 16.04.2015 г.)

Из заявления следует, что на абонентский номер «...» зарегистрированный за гражданином, 16.04.2015г. в 11.22 поступило SMS-сообщение, следующего содержания: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги», поступившей в виде SMS-сообщения от абонента +79022284387 через SMS-центр: +79023708299.

Определением №P15/68-01 по данному факту было возбуждено дело по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На рассмотрение дела лицо, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе, не явилось, уведомлено надлежащим образом, о чем свидетельствует почтовый идентификатор № 62599286274422.

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 получении 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 оправлены 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 ООО «Домашние деньги», в свою очередь информация следующего содержания: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги» Направлена на привлечение внимания к вышеуказанному объекту рекламирования.

Следовательно, sms-сообщение, поступившее абоненту «...» 16.04.2015г. в 11.22 следующего содержания: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги», поступившей в виде SMS - сообщения от абонента +79022284387 через SMS-центр: +79023708299, 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 23.03.2009 гражданин «...» является абонентом ЗАО «РТ-Мобайл».

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи номер <...> SMS-центра зарегистрирован за ЗАО «Ярославль-GSM».

Согласно данным, представленным ЗАО «Ярославль-GSM, нежелательное SMS-сообщение отправлено гр. «...» Индивидуальным предпринимателем «...» (Заказчик), (далее – ИП «...»), которая на основании Договора об оказании услуг № б/н 4 – 1 – 2013 от 17.12.2012 г. (далее - Договор), является абонентом ЗАО «Ярославль-GSM» (Исполнитель).

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 «Абоненты» определено как пользователи сетей радиотелефонной связи (пункт 1.1.5 Договора).

Понятие «СПАМ» определено сторонами в п 1.1.3 Договора, как SMS – сообщение рекламного характера, которое отправлено без предварительного согласия Абонента.

Предметом Договора об оказании услуг № б/н 4 – 1 – 2013 от 17.02.2012 г. (п. 2.1.1) является передача SMS-сообщений от Заказчика посредством технических и программных средств Исполнителя Абонентам. Доставленным сообщением считается SMS-сообщение, в отчете, о доставке которого содержится статус «доставлено». Заказчик соглашается, что на качество предоставления Услуг могут отрицательно

влиять такие факторы как физические преграды, препятствующие распространению радиоволн, погодные и атмосферные явления, случаи радио интерференции, а также аварии в телекоммуникационных сетях, к которым подключен Исполнитель.

Согласно п. 3.1.2 Договора заказчик обязуется не использовать подключение к оборудованию Исполнителя для организации СПАМа.

Согласно п. 3.1.3 Договора Заказчик обязуется не производить отправление сообщений, нарушающих Законодательство РФ в части охраны прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства. Определение нарушений осуществляется в судебном порядке, установленном Законодательством РФ.

Исходя из анализа пунктов 1.1.3, 3.1.2 и 3.1.3, следует, что ИП «...» 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: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги», является ИП «...», которая, при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, обязана иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки, оформленное документально, т.е. письменное согласие.

При заключении Договора б/н 4 – 1 – 2013 ИП «...» **приняла на себя обязательство иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки оформленное документально, т.е. письменное согласие.**

Таким образом, ИП «...» обязана иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении договора б/п 4 – 1 – 2013 обязательствах перед ЗАО «Ярославль-GSM». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента «...» на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела от ИП «...» не представлено.

ИП «...» **является рекламодателем** в силу того, что передала sms-сообщение рекламного характера абоненту «...».

Согласно материалам дела ИП «...» заключив договор с ЗАО «Ярославль-GSM» на осуществление рассылки sms-сообщений, ИП «...» приняла 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 ИП «...» также получать такое согласие всеми доступными для нее способами.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **рекламодатель** – 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 рекламодатель.

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

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями 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 «...», 16.04.2015г. в 11.22, следующего содержания: «Нужны деньги? Звоните сейчас 88005558773 ООО «Домашние деньги», от абонента +79022284387 через SMS-центр: +79023708299 **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 _____2015 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии:

«...»

«...»

Члены комиссии:

«...»

Предписание № Р15/68-04

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

31.08.2015 г.

г. Тюмень

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

		заместитель руководителя
Председатель Комиссии:	«...»	управления;
		ведущий специалист-эксперт ОКСЗ,
	«...»	
Члены Комиссии:		специалист-эксперт ОКСЗ
	«...»	

на основании своего решения от 31.08.2015 по делу № Р15/68 о признании ненадлежащей рекламы, направленной посредством SMS-сообщения рекламного характера поступившего на абонентский номер «...» 16.04.2015 в 11:22 от абонента «+79022284387» через SMS-центр: +79023708299 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: «...») 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:

«...»

Члены
комиссии:

«...»

«...»