

Решение № Р15/58-03

11.08.2015г.

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 № Р15/58 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие представителя лица, в действиях которого усматриваются признаки нарушения законодательства о рекламе –ИП <...> (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.№ 2776 от 13.04.2015 г.), указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении смс-сообщений рекламного характера.

Из заявления следует, что на принадлежащий заявителю абонентский номер <...> 11.04.2015 в 20:17 от абонента +79022295771 через SMS-центр: +79023708299 поступило сообщение следующего содержания: «+{~ Экономь на поездках с нашим новым приложением! www.b.gm05.ru!!-(!».

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

Определением от 18.05.2015г. №Р15/58-01 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, в связи с чем рассмотрение дела было отложено на 11.08.2015г.

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: «*Экономь на поездках с нашим новым приложением! www.b.gm05.ru*» на привлечение внимания, к которому и направлено sms-сообщение.

Следовательно, sms-сообщение, поступившее абоненту <...>, 11.04.2015 в 20:17 от абонента +79022295771 через SMS-центр: +79023708299 следующего содержания: «+{~ *Экономь на поездках с нашим новым приложением! www.b.gm05.ru!!-()*», 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.№3336 от 05.05.2015г.), SMS-сообщение с номера +79022295771 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).

Таким образом, отправителем SMS-сообщения рекламного характера следующего содержания: ««+{~ Экономь на поездках с нашим новым приложением!
www.b.gm05.ru!!-», является ИП <...>, которая, при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, обязана иметь предварительное согласие Абонента на получении SMS-рассылки.

Так как 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.

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.

Данная норма, закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

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, ею нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **рекламораспространитель** – 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 11.04.2015 в 20:17 от абонента +79022295771 через SMS-центр: +79023708299 следующего содержания: «+{~ Экономь на поездках с нашим новым приложением! www.b.gm05.ru!!-» 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 17.08.2015года. 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 № Р15/58-04

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

11.08.2015 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:

Поткина И.В.

управления;

ведущий специалист-эксперт,

Огнева Е.Н.

Члены Комиссии:

ведущий специалист-эксперт

Шевчук М.М.

на основании своего решения от 11.08.2015 по делу № Р15/58 о признании ненадлежащей рекламы, направленной посредством SMS-сообщения рекламного характера 11.04.2015 в 20:17 от абонента +79022295771 через SMS-центр: +79023708299 следующего содержания: «+{~ Экономь на поездках с нашим новым приложением! www.b.gm05.ru!!-!» на абонентский номер <...> 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, <...>) **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: «+{~ Экономь на поездках с нашим новым приложением! www.b.gm05.ru!!-!» 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

Огнева Е.Н.

КОМИССИИ:

Шевчук М.М.