

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № А15/359

об административном правонарушении

14.12.2015

г. Тюмень

Заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России), _____, рассмотрев материалы дела №А15/359, возбужденного в отношении ООО _____ (далее также Общество), в отсутствие лица, привлекаемого к административной ответственности, надлежащим образом извещенного о дате и времени рассмотрения данного дела (почтовое уведомление № 62500090257617, вручено Обществу 10.12.2015 г.),

У С Т А Н О В И Л А:

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее - Комиссия) от 28.07.2015 г. № Р15/51-03 признана ненадлежащей реклама, распространённая Обществом в SMS-сообщении, поступившем 12.03.2015г. в 17:49 с номера «Dengi70000» через SMS-центр: +79024700022 следующего содержания: «Быстрые деньги! Займы по беспл.звонку - 88005558773 ООО Деньги будут!» на абонентский номер <...> _____, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Вышеуказанное решение Комиссии в арбитражном суде не было обжаловано. Ответственность за распространение ненадлежащей рекламы предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ, Кодекс).

Исследовав материал административного дела, установлено следующее.

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 предложение: «Быстрые деньги! Займы по беспл.звонку - 88005558773 ООО Деньги будут!» на привлечение внимания, к которому и направлено sms-сообщение.

Из материалов дела следует, что, ООО _____, без согласия гражданина _____ (вх. № 1892 от 13.03.2015 г.), на принадлежащий ему абонентский номер <...> .03.2015г. в 17:49 направило sms-сообщение, с номера «Dengi70000» через SMS-центр: +79024700022 следующего содержания: «Быстрые деньги! Займы по беспл.звонку - 88005558773 ООО Деньги будут!», является рекламой с четко определяемым объектом рекламирования, а следовательно, на неё распространяются требования Закона о рекламе.

Указанная информация является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В данном случае под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно статье 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «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 _____ (вх.№2534 от 03.04.2015, вх.№3034 от 23.04.2015), отправителем SMS-сообщения, поступившего 12.03.2015г. в 17:49 с номера «Dengi70000» является ООО «Софт Профи (адрес местонахождения: 450097, г.Уфа, ул.Достоевского, 139/1). Данное подключение было произведено через ООО «Армада», далее ООО «Юплей» и ООО «Софт Профи».

Согласно договору об оказании услуг №410-12 от 27.02.2012г., заключенному между ООО _____ и ОАО _____, ОАО «Ростелеком» (Исполнитель) предоставляет ООО «Армада» (Заказчик) техническую возможность осуществления с использованием оборудования Исполнителя отправки Пользователям SMS-сообщений, а Заказчик оплачивает оказанные услуги.

Согласно пункту 3.3 указанного Договора, Заказчик обязан:

3.3.1. Обеспечить при осуществлении отправки Пользователям SMS-сообщений исполнение требований настоящего Договора, норм действующего законодательства, в том числе законодательства о рекламе;

3.3.4. Обеспечить наличие согласия Пользователей на получение ими SMS-сообщений в рамках настоящего договора.

3.3.5. Не направлять Пользователям SMS-сообщений без получения их письменного согласия.

3.3.6. Предоставлять Исполнителю документальное подтверждение письменного согласия Пользователей на получение SMS-сообщений в течение 5 рабочих дней с момента получения соответствующего письменного запроса Исполнителя.

Согласно договору об оказании услуг №128/2012 от 01.05.2012г., заключенному между ООО «Армада» и ООО «Юплей», ООО «Армада» (Исполнитель) собственными силами и с привлечением Оператора обеспечивает ООО «Юплей» (Заказчик) техническую возможность осуществления с использованием оборудования Заказчика отправки Пользователям SMS-сообщений, а Заказчик оплачивает оказанные услуги.

Согласно пункту 3.3 указанного Договора, Заказчик обязан:

3.3.1. Обеспечить при осуществлении отправки Пользователям SMS-сообщений исполнение требований настоящего Договора, норм действующего законодательства, в том числе законодательства о рекламе;

3.3.4. Обеспечить наличие согласия Пользователей на получение ими SMS-сообщений в рамках настоящего договора.

3.3.5. Не направлять Пользователям SMS-сообщений без получения их письменного согласия.

3.3.6. Предоставлять Исполнителю документальное подтверждение письменного согласия Пользователей на получение SMS-сообщений в течение 5 рабочих дней с

момента получения соответствующего письменного запроса Исполнителя.

Согласно договору №59/2010 от 01.11.2010г., заключенному между ООО «Юплей» и ООО «СофтПрофи», ООО «Юплей» (Исполнитель) предоставляет ООО «СофтПрофи» (Заказчик) Услуги по приему от Заказчика SMS для доставки их на мобильные терминалы Абонентов Сети Оператора и других сетей операторов сотовой связи транзитом через Сеть Оператора, а Заказчик обязуется принять и оплатить указанные услуги.

Согласно пункту 2.1.4. указанного Договора ООО «СофтПрофи» обязан не использовать выделенные каналы и подключение к оборудованию Исполнителя для организации Спاما, т.е рассылки SMS-сообщений рекламного характера которая осуществлена на Мобильные Терминалы Абонентов без предварительного согласия Абонентов.

Таким образом, отправителем SMS-сообщения рекламного характера следующего содержания: «Быстрые деньги! Займы по беспл.звонку - 88005558773 ООО Деньги будут!», являются ООО «Армада», ООО «Юплей» и ООО «Софт Профи», которые, при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, обязаны иметь предварительное согласие Абонента 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, ООО «Юплей» обязано 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 обязательств при заключении упомянутых выше Договоров. Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента Бея А.Н. на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела не представлено.

Следовательно, учитывая, что у ООО _____ отсутствует предварительное согласие абонента на получение sms-рассылки, в том числе и рекламного характера, следовательно, Обществами 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.

Материалы дела № Р15/51 свидетельствуют о том, что рекламораспространителем вышеуказанной рекламы является, в том числе ООО _____.

Предварительное согласие на получение SMS-рассылки рекламного характера от гражданина Бея А.Н. Обществом получено не было. Заявитель утверждает, что не давал ни устного, ни письменного согласия (вх. № 1892 от 13.03.2015 г.). Иных доказательств получения согласия абонента на получение рекламы в материалах дел Р15/51, А15/359 не представлено.

Таким образом, ООО _____ распространяя рекламную информацию посредством СМС рассылки, следующего содержания: «Быстрые деньги! Займы по беспл.звонку - 88005558773 ООО Деньги будут!», нарушило требований 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, рекламораспространитель, 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 рекламораспространителем 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 № А15/359 выступает – ООО _____.

Таким образом, _____ 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 №Р15/51 – с 12.03.2015 г.

Дело об административном правонарушении № А15/359 в соответствии с ч. 2 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ООО

_____ 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 судами 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 _____, 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,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Применить к ООО _____, 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: **0319883317122800000347593**

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.

Заместитель

руководителя управления
