

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № А18/64-14.3

об административном правонарушении

21.05.2018г.

г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России), <...>, рассмотрев материалы дела №А18/64-14.3, возбужденного в отношении ООО <...> (адрес местонахождения: 117292, г.Москва, проспект Нахимовский, <...>, ОГРН 5147746191357, ИНН 7728892172, КПП 772801001, дата регистрации: 07.10.2014г.),

в отсутствие законного представителя ООО <...>, надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления и подписания протокола об административном правонарушении (о чем свидетельствует телеграмма вх.№218/10404 от 19.05.2018г.), 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 об административном правонарушении №А18/64-14.3 от 07.05.2018г.,

УСТАНОВИЛ:

Как следует из материалов дела, Определение №А18/64-14.3 от 07.05.2018г. о назначении даты, времени и места рассмотрения дела №А18/64-14.3, возбужденного в отношении ООО <...>, было заблаговременно (07.05.2018г.) направлено по месту нахождения ООО <...>, содержащемуся в выписке ЕГРЮЛ (адрес местонахождения: 117292, г.Москва, проспект Нахимовский, <...>). Направленные ранее по тому же адресу документы возвращались отправителю с пометкой «истек срок хранения». Направленная по данному адресу телеграмма (вх.№21/9004 от 17.05.2018г.) вернулась с пометкой: «не доставлена адресат выбыл неизвестно куда».

В соответствии со статьей 5 Федерального закона от 08.08.2001 №129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», адрес (местонахождение) постоянно действующего исполнительного органа юридического лица, зарегистрированный в едином государственном реестре юридических лиц, является адресом, по которому осуществляется связь с юридическим лицом (юридический адрес).

Юридическое лицо обязано обеспечить получение корреспонденции по адресу регистрации своего постоянно действующего исполнительного органа.

Согласно сведениям о юридическом лице, содержащимся на официальном сайте ФНС России по состоянию на 21.05.2018г., адрес местонахождения ООО <...>: 117292, г.Москва, проспект Нахимовский, дом <...>.

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 получения направленных материалов или не явившиеся за их получением несмотря на почтовое извещение (при наличии соответствующих доказательств).

Таким образом, дело может быть рассмотрено в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержится нарушение законодательства о рекламе.

Определением Тюменского УФАС России от 12.02.2018г. № А18/64-14.3 в отношении ООО <...> возбуждено производство по делу об административном правонарушении № А18/64-14.3 по ч.1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ). Проведено административное расследование, которым установлено следующее.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступило заявление гражданки <...> (вх. № 7170 от 20.09.2017 г.), указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В заявлении указывается, что на абонентский номер <...>, зарегистрированный за гражданином, поступило SMS-сообщение рекламного характера, следующего содержания: «Подготовка к школе/Логопед. Широтная 170 к4. Тел618581», дата и время: 19.09.2017 в 10:30 от абонента +79697951094.

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

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № Р17/57-18 от 25.01.2018г. признана ненадлежащей реклама, содержащаяся в SMS-сообщении, поступившем на абонентский номер <...>.

следующего содержания: «Подготовка к школе/Логопед. Широкая 170 к4. Тел618581», дата и время: 19.09.2017 в 10:30 от абонента +79697951094, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

07.05.2018г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ООО <...> был составлен протокол об административном правонарушении № А18/64-14.3.

Исследовав материалы административного дела, установлено следующее.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) - 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 <...>, без согласия абонента <...>, на принадлежащий ей абонентский номер <...>19.09.2017 в 10:30 от абонента +79697951094 направило сообщения следующего содержания: «Подготовка к школе/Логопед. Широкая 170 к4. Тел618581».

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 Закона о рекламе реклама 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

По смыслу приведенной нормы права, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Кроме того, Законом о рекламе не оговорено количество рекламораспространителей, могущих принимать участие в распространении определенной рекламы.

Таким образом, количество рекламораспространителей, участвовавших в рекламной sms-рассылке определяется не только набором и отправкой сообщения конечным лицом, но и фактически созданными и/или предоставленными возможностями для распространения рекламы иными лицами, которые осуществляют набор и отправку сообщений.

Рассматриваемая реклама была направлена ООО <...> в соответствии с Договором об оказании услуг связи «Билайн» ОГ17- ОГ17/001 от 26.08.2017г., заключенного между ПАО <...> (Оператор) и ООО <...> (Абонент).

В соответствии с Условиями оказания услуг связи «Билайн», являющихся неотъемлемой частью Договора об оказании услуг связи, Абонент принял на себя обязательство не использовать телефонный номер для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок (под массовой рассылкой понимается рассылка сообщений не менее, чем 100(ста) получателям).

Исходя из анализа упомянутых положений Договора об оказании услуг связи об оказании услуг связи

«Билайн» ОГ17 - ОГ17/001 от 26.08.2017г., представляется возможным сделать вывод о том, что распространение SMS-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО <...> к ПАО <...>, который осуществляет передачу таких сообщений Абонентам.

Согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Согласно п. 12 ст. 2 Закона о Связи, оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 Закона 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 п. 16 ст. 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

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

[Статья 44.1](#) 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 ч. 1 ст. 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 ч. 2 ст. 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.

В силу ч. 3 ст. 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, осуществляемая с нарушением требований настоящего Федерального закона, является незаконной, за исключением рассылки сообщений в целях информирования абонента в связи с перенесением абонентского номера, иных сообщений, которую оператор связи обязан осуществлять в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также рассылки сообщений по инициативе федеральных органов исполнительной власти, органов государственных внебюджетных фондов, исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, местных администраций и других органов местного самоуправления, осуществляющих исполнительно-распорядительные полномочия в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В соответствии с ч. 6 ст. 45 Закона о Связи, абонент вправе обратиться к оператору подвижной

радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование (оконечное оборудование) коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, за исключением сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Оператор подвижной радиотелефонной связи без взимания платы с абонента обязан прекратить рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи на пользовательское оборудование (оконечное оборудование) абонента с абонентского номера или уникального кода идентификации, указанных в обращении абонента.

В силу ч. 1 ст. 46 Закона о Связи, оператор связи обязан прекратить оказание услуг связи по пропуску по своей сети трафика, содержащего осуществляемую с нарушением требований настоящего Федерального закона рассылку.

В соответствии с [п. 1 ст. 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.

[Пунктом 1 статьи 18](#) Закона о рекламе предусмотрено, что 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 признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Из анализа указанного Договора об оказании услуг связи «Билайн» ОГ17-ОГ17/001 от 26.08.2017г. и законодательства Российской Федерации следует, что ООО <...> участвовало в передаче рассматриваемого SMS-сообщения рекламного характера, а следовательно, является рекламодателем и обязано при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки, оформленное документально, т.е. письменное согласие.

Вместе с тем, у ООО <...> отсутствует письменное согласие абонента <...> на получение рекламы посредством направления SMS-сообщений, таким образом, имеются признаки административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, в соответствии с которой, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Таким образом, ООО <...>, распространяя вышеуказанную рекламу, без предварительного согласия потребителей на получение рекламы, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Субъектом административного правонарушения по делу № А18/64-14.3 выступает – ООО <...> (адрес местонахождения: 117292, г.Москва, проспект Нахимовский, <...>, ОГРН 5147746191357, ИНН 7728892172, КПП 772801001, дата регистрации: 07.10.2014г.).

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.

Антимонопольным органом установлено, что ООО «<...>» при должной внимательности и осмотрительности при распространении рекламы могло предвидеть последствия – возможность нарушения законодательства о рекламе, имело возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предприняло всех зависящих от него мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дела №П17/57-18 – 19.09.2017г.

Дело об административном правонарушении № А18/64-14.3 в соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ООО <...> правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Совершенное ООО <...> правонарушение посягает на установленные нормативными правовыми актами гарантии на защиту потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку требования законодательства о рекламе, а также установление в части 1 статьи 14.3 КоАП РФ административной ответственности за их нарушение направлены на охрану прав потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку потребители признаются слабой стороной данных отношений, не обладающих специальными познаниями.

Доказательств малозначительности совершенного правонарушения при рассмотрении дела не установлено. Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законом требований, при рассмотрении дела не установлены.

Федеральным законом от 03.07.2016 N 316-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» статья 4.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях дополнена статьей 4.1.1, устанавливающей, что являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

Согласно статье 4 Федерального закона «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» к субъектам малого и среднего предпринимательства относятся внесенные в единый государственный реестр юридических лиц потребительские кооперативы и коммерческие организации (за исключением государственных и муниципальных унитарных предприятий), а также физические лица, внесенные в единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (далее - индивидуальные предприниматели), крестьянские (фермерские) хозяйства.

Согласно сведениям из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства ООО <...> относится к категории микропредприятие и внесено в реестр 01.08.2016г.

ООО <...> в 2017г. привлекалось к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе. Постановлением Волгоградского УФАС России от 24.11.2017г. №А17-03-14.3-02/582 ООО <...> объявлено официальное порицание в форме предупреждения за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Таким образом, совершение правонарушения повторно признается обстоятельством, отягчающим административную ответственность, а следовательно, применение ч.1 ст.4.1.1. КоАП РФ исключается.

На основании изложенного, учитывая характер и степень виновности лица, привлекаемого к административной ответственности, причины и условия совершения административного правонарушения, руководствуясь статьями 2.4, 14.3, 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Применить к ООО <...> (адрес местонахождения: 117292, г.Москва, проспект Нахимовский, дом <...>, ОГРН 5147746191357, ИНН 7728892172, КПП 772801001, дата регистрации: 07.10.2014г.) меру ответственности в виде административного штрафа в размере **101 000 (сто одна тысяча)** 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: 16117052100001210224 (**указывать обязательно!!!**)

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 статье 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

<...>