

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу № 105-14.3ч.1/16 об административном правонарушении

01 декабря 2016 года

г. Челябинск

Я, руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области, <...>, рассмотрев материалы административного дела № 105-14.3ч.1/16, возбужденного в отношении руководителя отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> _____ года рождения, место рождения: _____, зарегистрирован по адресу: _____, паспорт <...> серия <...> номер <...> выдан: _____, дата выдачи: _____ (далее – <...>) по факту распространения рекламы от отправителя под буквенным обозначением «Stream-Auto» без предварительного согласия абонента <...> с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ),

в отсутствие руководителя отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...>, надлежащим образом извещенного и месте и времени рассмотрения дела и не заявившего ходатайство о рассмотрении административного дела в его отсутствие,

в присутствии специалиста-эксперта отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России <...>,

исследовав материалы дела,

УСТАНОВИЛА:

26 января 2016 года заявителю на его телефонный номер <...> поступило СМС-сообщение с рекламой: «Диагностика подвески и ДВС за 999 руб.... Стрим Авто Север <...>» от отправителя под буквенным обозначением «Stream-Auto» через СМС-центр <...> без предварительного согласия абонента.

Информация, поступившая 26 января 2016 года заявителю на его телефонный номер в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является рекламой, поскольку, направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к услугам автосервиса, их продвижению на рынке.

В силу части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи», это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального 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, не докажет, что такое согласие было получено.

В качестве доказательства получения согласия абонента <...> ООО «Стрим Авто Север» представило скриншоты сайта «http://www.stream-auto.ru/zapis_na_test_drive/», содержащие сведения о записи на тест-драйв, в котором пользователь указал имя и номер телефона <...>.

Анализ представленных материалов показал, что однозначно установить лицо, оформившее заявку на Интернет-ресурсе «http://www.stream-auto.ru/zapis_na_test_drive/» не представляется возможным, поскольку отсутствуют сведения, однозначно идентифицирующие данного абонента. Из документов также не следует, что пользователь, заполнивший электронную форму записи на тест-драйв, дает согласие на рекламную рассылку, поскольку желание пользователя на получение интересных новостей не может быть расценено как согласие на получение рекламы посредством сети электросвязи. Вместе с тем, заявителем представлено письменное пояснение о том, что он не обращался к официальному дилеру KIA (ООО «Стрим Авто Север») посредством заполнения электронной формы или иным способом и, следовательно, не давал согласия на рекламную рассылку. Доказательств обратного ООО «Стрим Авто Север» не представлено.

Часть 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» устанавливает, что рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, направление рекламы по сетям электросвязи, осуществило ООО «Стрим Авто Север», являющееся рекламодателем указанной рассылки, что обществом не оспаривается.

Пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Из анализа норм Федерального закона «О связи», Федерального закона «О рекламе» следует, что заказчик рассылки СМС-сообщений должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

В силу статьи 44.1 Федерального закона "О связи" обязанность по идентификации абонента перед направлением ему СМС-сообщений, в том числе рекламного характера возложена на заказчика рассылки в случае, если рассылка осуществлялась по его инициативе.

ООО «Стрим Авто Север» не приняты все достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Федерального закона «О связи» при направлении СМС-сообщений с рекламой: «Диагностика подвески и ДВС за 999 руб.... Стрим Авто Север <...>» от отправителя под буквенным обозначением «Stream-Auto» на номер <...>.

Условие о предварительном согласии абонента на распространение рекламы по сетям электросвязи следует из части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», что также не было соблюдено ООО «Стрим Авто Север» при рассылке рекламного сообщения.

Таким образом, с учетом того, что абоненты имеют возможность смены телефонных номеров, а также при условии, что нормы законодательства Российской Федерации о рекламе предполагают направление рекламы посредством использования сетей электросвязи только с предварительного согласия абонента, ООО «Стрим Авто Север», являясь заказчиком рассылки СМС-сообщений с рекламой от отправителя под буквенным обозначением «Stream-Auto», могло принять все возможные меры по установлению принадлежности телефонного номера <...> конкретному лицу, а также по получению предварительного согласия абонента на распространение рекламы. Такие меры в полном объеме ООО «Стрим Авто Север» не приняты, в связи с чем допущено нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а именно заявителю (абоненту телефонного номера <...>) поступило СМС-сообщение с рекламой: «Диагностика подвески и ДВС за 999 руб.... Стрим Авто Север <...>» от отправителя под буквенным обозначением «Stream-Auto» без его предварительного согласия.

Распространение ненадлежащей рекламы также установлено решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 14 апреля 2016 года.

На основании пункта 7 статьи 3 Закона «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом в

любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем является ООО «Стрим Авто Север» как лицо, осуществившее распространение рекламы по сетям электросвязи и обществом не оспаривается.

Частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) предусмотрено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-5 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 пятьсот рублей; должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста до пятисот тысяч рублей.

В силу части 3 статьи 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

В соответствии с примечанием к статье 2.4. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях руководители организаций, совершившие административное правонарушение в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций несут административную ответственность как должностные лица.

В соответствии с материалами административного дела должностным лицом ответственным за контроль наличия согласий клиентов на получение рекламных материалов от ООО «Стрим Авто Север» является руководитель отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...>.

Согласно должностной инструкции руководителя отдела маркетинга, утвержденной генеральным директором общества, <...> осуществляет общее руководство и координацию работы отдела, то есть обладает административно-распорядительными функциями.

В материалы административного дела не представлено доказательств, указывающих, что должностным лицом принимались меры по соблюдению рекламного законодательства при распространении рекламы с использованием сетей электросвязи для направления рекламных сообщений.

Статья 1.5. КоАП РФ устанавливает, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Вина руководителя отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> выразилась в ненадлежащем исполнении должностных обязанностей по контролю за распространением рекламы по сетям электросвязи только при наличии согласия абонента, которому планируется направление рекламного сообщения.

Срок давности привлечения к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, составляет один год со дня совершения административного правонарушения (часть 1 статьи 4.5 КоАП РФ).

26 января 2016 года заявителю на его телефонный номер <...> поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под буквенным обозначением «Stream-Auto» без его предварительного согласия, соответственно, срок привлечения к административной ответственности, рекламодателя данной рекламы, руководителя отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> истекает 26 января 2017 года.

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих руководителю отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> надлежащему соблюдению требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», Челябинским УФАС России не выявлено.

У руководителя отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> отсутствовали препятствия и имелась возможность для соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно – для соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». Однако <...> не принято необходимых и достаточных мер по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе.

При таких обстоятельствах руководитель отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> признается виновным в совершении административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обстоятельств, исключающих вину руководителя отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> в совершении данного административного правонарушения, а также обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении при совершении данного административного правонарушения, не установлено.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, предусмотренных статьей 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не установлено.

Федеральным законом от 03.07.2016 № 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.

Постановлением Правительства РФ от 04.04.2016 № 265 «О предельных значениях дохода, полученного от осуществления предпринимательской деятельности, для каждой категории субъектов малого и среднего предпринимательства» установлены предельные значения дохода, полученного от осуществления предпринимательской деятельности за предшествующий календарный год, определяемого в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, суммируемого по всем осуществляемым видам деятельности и применяемого по всем налоговым режимам, для следующих категорий субъектов малого и среднего предпринимательства:

микropредприятия - 120 млн. рублей;

малые предприятия - 800 млн. рублей;

средние предприятия - 2 млрд. рублей.

Согласно сведениям из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства от 01.12.2016 № ЮЭ9965-16-583835 ООО «Стрим Авто Север» относится к категории среднее предприятие.

В силу части 2 статьи 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

Руководитель отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> впервые совершил нарушение рекламного законодательства, материалы, свидетельствующие о причинении имущественного ущерба либо вреда жизни и здоровью людей, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, отсутствуют.

С учетом изложенного, при наличии обстоятельств, установленных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса административное наказание руководителю отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> в виде административного штрафа, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях подлежит замене на предупреждение.

С учетом положений ч. 1 ст. 3.1 КоАП РФ, закрепившей цели административного наказания, предупреждение является официальным предостережением юридического лица от возможности совершения им противоправного действия.

Применение предупреждения влечет для нарушителя соответствующие правовые последствия. Лицо, которому назначено предупреждение, считается подвергнутым данному наказанию в течение одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении предупреждения. Если в течение года такое лицо

совершит новое административное правонарушение, то к нему может быть применено более строгое административное наказание

Руководствуясь статьями 4.1.1., 4.1, 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать виновным руководителя отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> _____ года рождения, место рождения: _____, зарегистрирован по адресу: _____, паспорт <...> серия <...> номер <...> выдан: _____, дата выдачи: _____ в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. В соответствии со статьей 4.1.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях объявить руководителю отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...> официальное порицание в форме предупреждения за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Частью 3 статьи 30.1. и частью 1 статьи 30.3. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в Арбитражный суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

Постановление объявлено 01 декабря 2016 года в отсутствие руководителя отдела маркетинга ООО «Стрим Авто Север» <...>.