

## ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 04-5/2-16-2015

об административном правонарушении

«10» июля 2015 года

г. Тверь

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) Посохова Л.В., рассмотрев протокол от 26.06.2014 и материалы дела об административном правонарушении № 04-5/2-16-2015 в отношении Индивидуального предпринимателя Голицын Максим Алексеевич (далее – ИП Голицын М.А., зарегистрирован по адресу: <<...>>, ИНН - <<...>>, ОГРНИП – <<...>>, дата государственной регистрации <<...>>),

в отсутствие ИП Голицын М.А., надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела,

в отсутствие представителя по доверенности (защитника) Ефимкина М.С. (представлен электронный вариант доверенности от 13.08.2014, согласно которой Голицын М.А. доверяет Ефимкину М.С. представлять его интересы в Федеральной антимонопольной службе и ее территориальных управлениях),

### УСТАНОВИЛ:

Тверское УФАС России рассмотрело по заявлению Черновой Н.С. (далее – заявитель) дело № 04-6/2-82-2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 25.07.2014 в 11:51 на выделенный заявителю телефонный номер <<...>> без её предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Вам одобрено 40000р. Досрочное - без переплат!т.3892026», отправитель – +79023817896, смс-центр - +79020980204.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) целями настоящего 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, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 Закона 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; 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; 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; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснено, что 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 пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Распространенная на номер заявителя информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае является финансовая услуга.

Согласно части 1 статьи 5 Закона реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы

возложен на рекламодателей.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

Телефонный номер заявителя <<...>> относится к ресурсу нумерации ОАО «МегаФон». Согласно представленной заявителем фотографии дисплея телефона смс-сообщение 25.07.2014 в 11:51 поступило с номера +79023817896, входящего в ресурс нумерации оператора связи ЗАО «Волгоград-GSM».

Согласно информации ЗАО «Волгоград-GSM» (письмо от 15.08.2014 № 758) вышеуказанное смс-сообщение было отправлено ООО «А1 Системс», которому предоставлена возможность отправлять смс-сообщения с использованием технических возможностей ЗАО «Волгоград-GSM» в соответствии с договором оказания услуг от 01.12.2012 № 2779785 и дополнительного соглашения № 1 к вышеуказанному договору.

Письмом от 17.11.2014 вх. № 5557 Общество с ограниченной ответственностью «Мостелеком» (далее – ООО «Мостелеком») сообщило, что ООО «А1 Системс» самостоятельно не осуществляло распространение смс-сообщений, а предоставило ООО «Мостелеком» возможность отправки смс-сообщений по договору от 01.11.2013 № 617-syst1, последнее, в свою очередь, заключает договоры с контрагентами, которые непосредственно занимаются рассылкой смс-сообщений. Также ООО «Мостелеком» представлена информация о том, что номер смс-центра +79020980204 используется контрагентом ООО «Мостелеком» - Обществом с ограниченной ответственностью «БИФРИ» (далее – ООО «БИФРИ») в рамках заключенного между ООО «Мостелеком» и ООО «БИФРИ» договора от 12.03.2014 № 62-мтк.

В соответствии с п. 4.1 вышеуказанного договора контрагенту ООО «БИФРИ» (Заказчик) была предоставлена техническая возможность подключения к смс-центру Исполнителя (ООО «Мостелеком») для отправки исходящих смс-сообщений Заказчика абонентам Оператора.

Согласно информации ООО «БИФРИ» (письмо от 16.12.2014 № 1612/2014-01) отправителем вышеуказанного смс-сообщения является ИП Голицын М.А., которому

в соответствии с договором от 10.01.2014 № SMSD1001/14-01ТО был выделен аккаунт на сайте www.smsdirect.ru (далее сайт), администратором которого является ООО «БИФРИ», в результате чего ИП Голицын М.А. получил возможность через сайт ООО «БИФРИ» производить рассылку смс-сообщений путем ручного набора смс-сообщений и номеров абонентов. Согласно представленным ООО «БИФРИ» сведениям, факт отправки ИП Голицыным М.А. на телефонный номер <...> , выделенный Черновой Н.С., 25.07.2014 в 11:42:01 смс-сообщения вышеуказанного содержания зафиксирован данными системы статистического учета приёма-передачи сообщений ООО «БИФРИ».

Пунктом 2.3 договора № SMSD1001/14-01ТО предусмотрено, что заказчик (ИП Голицын М.А.) обязуется получить согласие абонентов, которым направляются сообщения. Дополнительным соглашением № 2 к договору № SMSD1001/14-01ТО предусмотрено, что с целью получения предоставляемых ООО «БИФРИ» услуг ИП Голицын М.А. при регистрации на Интернет ресурсе указывает логин NovorplatHTTP, после чего получает пароль. Сообщения ИП Голицына М.А. направляются через Интернет ресурс после регистрации под указанным логином и предоставленным паролем. Факт оказанных услуг по количеству смс - сообщений зафиксирован в акте сдачи – приёмки оказанных услуг от 30.07.2014 № БФС3107-140 к договору № SMSD1001/14-01ТО, подписанном ООО «БИФРИ» и ИП Голицыным М.А. Согласно вышеназванному акту общее количество смс – сообщений заказчика (ИП Голицын М.А.) в рамках договора № SMSD1001/14-01ТО составило 6 202 715 штук. Согласно платежному поручению от 01.08.2014 № 72 ИП Голицын М.А. оплатил услуги ООО «БИФРИ».

Позиция ИП Голицын М.А. следующая (представлена ООО «БИФРИ»).

ИП Голицын М.А. полагает, что согласие Черновой Н.С. на получение рекламы получено при оформлении платежа через терминал (точка «Семья» (Лени Голикова ул., д.27), о чем свидетельствует выписка о зачислении 15.04.2014 в 15:22:44 на номер <<...>> денежных средств в сумме 200 рублей.

Согласно сведениям ИП Голицын М.А. (письмо от 13.02.2015 вх. № 746-эл) он находится в договорных отношениях с ООО «Трейд Мобайл» (лицензионный договор от 01.07.2013 № 06-2013), в распоряжении которого находятся терминалы по приему платежей ОАО АКБ «Балтика» в г. Санкт-Петербург по договору от 17.12.2011 № б/н. В соответствии с условиями лицензионного договора № 06-2013 ООО «Трейд Мобайл» предоставило ИП Голицын М.А. право на использование Базы для рассылок сообщений информационного характера, при условии получения согласия от абонентов, полученных посредством акцепта оферты ООО «Трейд Мобайл», размещенной в терминалах оплаты. ИП Голицын М.А. также отметил, что телефонный номер <...> передан ему в соответствии с Актом приема-передачи к лицензионному договору № 06-2013.

ИП Голицын М.А. полагает, что наличие согласия абонента на получение смс-сообщений рекламного содержания подтверждается тем, что абонент-физическое лицо не совершил действий, свидетельствующих об отсутствии такого согласия, а именно – не отказался от рассылки смс-рекламы в порядке, указанном в платежном терминале, не направил соответствующее платное смс-сообщение со словом «otkaz» на указанный в оферте номер сотового телефона.

Однако, несмотря на то, что Закон не определяет порядок и форму получения

предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя либо рекламораспространителя. При этом статья 18 Закона возлагает обязанность доказывать наличие такого согласия на рекламораспространителя и не требует от получателя рекламы совершения каких-либо действий, подтверждающих отсутствие такого согласия, тем более не требует знакомиться со скрытыми условиями платежных терминалов по сбору баз данных плательщиков и осуществлять действия для защиты своих прав на возмездной основе.

Согласие гр. Черновой Н.С. ИП Голицыным М.А. не представлено. Факт платежа и факт зачисления денежных средств на номер <<...>> такое согласие не подтверждает. Кроме того, выписка о зачислении денежных средств 15.04.2014 в 15:22:44 на номер <<...>> б/н не содержит сведения о фамилии, имени, отчестве лица, осуществившего платеж.

Представленный в рамках настоящего административного расследования электронный вариант акта приема-передачи к лицензионному договору 06-2014 о предоставлении лицензии на право использования базы данных от 01.07.2014, подписанный ООО «Трейд Мобайл» и ИП Голицын М.А., свидетельствует о передаче последнему прав использования в отношении номера заявителя <<...>>, но не подтверждает наличие согласия заявителя на получение рекламы и не опровергает вышеуказанные доказательства, что действия по распространению рекламы совершены ИП Голицын М.А. .

Учитывая отсутствие согласия заявителя на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 25.07.2014 в 11:51 на выделенный гр. Черновой Н.С. телефонный номер <<...>> без её предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Вам одобрено 40000р. Досрочное - без переплат!т.3892026», были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

В соответствии с частью 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламораспространитель, которым в соответствии со статьей 3 Закона признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

ИП Голицын М.А. через сайт ООО «БИФРИ» осуществлял рассылку смс - сообщений путем ручного набора смс - сообщений, что подтверждено данными системы статистического учета приёма-передачи сообщений ООО «БИФРИ», актом сдачи-приемки услуг от 30.07.2014 № БФСЗ 107-140 к договору № SMSD1001/14-01ТО, платежным поручением от 01.08.2014 № 72, пояснениями ИП Голицын М.А. который не отрицает факта распространения смс-сообщения на номер заявителя. Вышеперечисленные сведения подтверждают, что именно ИП Голицын М.А. совершал активные действия по распространению смс - сообщения на

телефонный номер заявителя +79219215369, а его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

Таким образом, действия ИП Голицына М.А. по распространению 25.07.2014 в 11:51 на телефонный номер <<...>>, выделенный Черновой Н.С., без её предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания «Вам одобрено 40000р. Досрочное - без переплат!т.3892026», нарушают требования части 1 статьи 18 Закона.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 статьи 14.3, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, 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.

В действиях ИП Голицына М.А. имеется событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Дата совершения административного правонарушения – 25.07.2014. Место совершения административного правонарушения: г. Санкт-Петербург.

В соответствии с частями 1 и 2 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В соответствии со статьей 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично. Административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть.

В соответствии с примечанием к статье 2.4 КоАП РФ лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица, если КоАП РФ не установлено иное. В данном случае иное КоАП РФ не установлено.

В соответствии со статьей 24.1 КоАП РФ задачами производства по делу об административных правонарушениях является всестороннее, полное и объективное выяснение обстоятельств дела, разрешению его в соответствии с законом.

Согласно части 1 статьи 3.1 КоАП РФ административное наказание является установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами.

Административное правонарушение совершено ИП Голицын М.А. виновно, форма вины – умысел, так как он сознавал противоправный характер своего действия по распространению рекламы без согласия Абонента (получателя), но относился к ним безразлично, что и повлекло нарушение законодательства о рекламе.

В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, с учетом характера, степени общественной опасности, наличия или угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 21 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, с учетом характера, степени общественной опасности, наличия или угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Требования части 1 статьи 18 Закона о недопустимости распространения рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия получателя абсолютны и выполнимы, их соблюдение не сопряжено с какими-либо сложностями. Доказательства, свидетельствующие о том, что неисполнение требований части 1 статьи 18 Закона явилось следствием каких-либо чрезвычайных или не зависящих от ИП Голицын М.А. обстоятельств, отсутствуют. Заявитель полагает свои права существенно нарушенными фактом поступления нежелательной рекламы.

Учитывая вышеизложенное, основания для применения положений статьи 2.9 КоАП РФ отсутствуют. Однако с учетом отсутствия обстоятельств, отягчающих административную ответственность, имеются основания для применения минимального размера административного штрафа в пределах санкции, предусмотренной частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Руководствуясь ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», статьями 14.3, 23.48, 29.9, 29.10, 4.2, 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях

### **ПОСТАНОВИЛ:**

1. Признать Индивидуального предпринимателя Голицын Максим Алексеевич (зарегистрирован по адресу: <<...>>, ИНН - <<...>>, ОГРНИП – <<...>>, дата государственной регистрации <<...>>) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Наложить на Индивидуального предпринимателя Голицын Максим Алексеевич (зарегистрирован по адресу: <<...>>, ИНН - <<...>>, ОГРНИП – <<...>>, дата государственной регистрации <<...>>) административный штраф в размере 4 000 (четыре тысячи) рублей.

**Реквизиты для уплаты штрафа в доход бюджета:**

**Получатель: УФК по Тверской области (Тверское УФАС России)**

**ИНН 6905005800 КПП 690501001**

**Р/сч № 40101810600000010005 в ОТДЕЛЕНИИ ТВЕРЬ гор.Тверь**

**БИК 042809001**

**код бюджетной классификации 161 1 16 26000 01 6000 140**

**ОКТМО 28701000**

**Назначение платежа – штраф за нарушение законодательства о рекламе.**

**Идентификатор начисления (обязательно для заполнения) Ъ30сd61AS07120219568**

*Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, **не позднее 60 дней** со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 КоАП РФ.*

*При отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, **по истечении 60 дней** Управлением Федеральной антимонопольной службы по Тверской области будут направлены соответствующие материалы судебному приставу-исполнителю для взыскания сумм штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством (пункт 5 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях). Кроме того, Управление вправе принять решение о привлечении лица, не уплатившего административный штраф, к административной ответственности в соответствии со статьей 20.25 КоАП РФ.*

*Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1 - 30.3 КоАП РФ в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.*

Заместитель руководителя управления \_\_\_\_\_ Л.В. Посохова

Копия постановления направлена по адресу регистрации ИП Голицын М.А. и по адресу электронной почты Ефимкина М.С., представившего электронный вариант доверенности на право представления его интересов в Федеральной антимонопольной службе и ее территориальных управлениях.

Сведения о взыскателе:

Управление Федеральной антимонопольной службы по Тверской области

ИНН 6905005800

ОГРН 1036900080722

КПП 690501001

Дата регистрации 03.11.2003

Лицевой счет 04361361360