

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания по делу об административном правонарушении № 48/09-АДМ-2017

«13» марта 2017г.

г. Кемерово, ул. Ноградская, 5

Я, Ланцман Людмила Игоревна, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 48/09-АДМ-2017, возбужденного в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Спортмастер» (ИНН 7728551528, ОГРН 1057747320278, КПП 772801001, дата регистрации: 27.06.2005г., юридический адрес: 117437, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 18, корп. 2, комн. 102, далее по тексту – ООО «Спортмастер») в присутствии защитника общества <...> (доверенность № <...>/<...> от <...>г.) (далее – <...>),

УСТАНОВИЛА:

09.12.2016г. Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела № 114/Р-2016 о нарушении законодательства о рекламе, возбужденного в отношении ООО «Спортмастер» вынесено решение о признании ООО «Спортмастер» нарушившим требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту – ФЗ «О рекламе»), при распространении рекламы посредством смс - сообщения без согласия абонента.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В нарушение данной правовой нормы абонент SPORTMASTER - ООО «Спортмастер» распространило рекламу посредством смс - сообщения следующего содержания «<...>, Вам начислено 500 бонусов! Спешите потратить до 16.11.2016» (смс – центр <...>) (18.08.2016г. в 12 часов 08 минут) без согласия абонента <...>.

Частью 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ООО «Спортмастер» на основании договора № <...> от <...>г., пунктом 3.2 которого установлено, что фактом оказания Услуги по указанному договору является отправка смс – сообщений, сформированных и отправленных с сервисного номера ООО «Спортмастер» пользователю. Согласно пункту 4.2.2 договора ООО «Спортмастер» обязуется осуществлять отправление смс – сообщений пользователям при наличии предварительного и надлежащего согласия на получение от ООО «Спортмастер» рекламы по сетям электросвязи.

Административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламодателем, рекламопроизводителем требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и влечет наложение штрафа на физических лиц – 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.

Действия ООО «Спортмастер», выразившиеся в нарушении требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения 18.08.2016г. в 12 часов 08 минут следующего содержания: «<...>, Вам начислено 500 бонусов! Спешите потратить до 16.11.2016» от абонента SPORTMASTER без согласия абонента (<...>) подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, согласно которой нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3 КоАП РФ, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Время совершения ООО «Спортмастер» административного правонарушения: 18.08.2016г. в 12 часов 08 минут.

23.12.2016г. уведомлением о составлении протокола были назначены дата, время и место составления и подписания протокола на 30.01.2017г. в 13 часов 40 минут. Уведомление было в адрес ООО «Спортмастер» согласно выписке из ЕГРЮЛ заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта ФГУП «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

30.01.2017г. состоялась процедура составления и подписания протокола № 48/09-АДМ-2017 об административном правонарушении в присутствии защитника ООО «Спортмастер» <...>, по доверенности № <...>/<...> от <...>г., который письменно пояснил, что с протоколом не согласен.

30.01.2017г. определением о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении № 48/09-АДМ-2017 были назначены дата, время и место рассмотрения данного дела об административном правонарушении на 13.02.2017г. на 16 часов 20 минут. Копии определения и

протокола были вручены защитнику ООО «Спортмастер» под расписку (расписка имеется в материалах дела), а также направлены в адрес ООО «Спортмастер» заказным письмом с уведомлением о вручении.

13.02.2017г. в адрес Кемеровского УФАС России от представителя по доверенности ООО «Спортмастер» <...> поступили возражения к протоколу об административном правонарушении от 30.01.2017 № 48/09-АДМ-2017 (исх. № 542/СМ от 10.02.2017г., вх. № 828-01 от 13.02.2017г.), из которых следует, что 17.01.2017г. вступило в законную силу решение <...> суда г. <...> по гражданскому делу № <...> от <...>г., согласно которому в действиях ООО «Спортмастер» отсутствует нарушение законодательства о рекламе, следовательно, отсутствует состав административного правонарушения, предусмотренный частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Также в возражениях указано, что согласие абонента + <...> ООО «Спортмастер» было получено, что подтверждается анкетой участника Клубной программы «Спортмастер», представленной в материалы административного дела. При заключении сделки ООО «Спортмастер» полагало, что вторая сторона сделки так же действует добросовестно, так как не доказано иное, согласно статьи 10 Гражданского Кодекса Российской Федерации, и соответственно, предоставит достоверные данные при заключении сделки.

При этом действующее законодательство о рекламе, о защите персональных данных, о защите прав потребителей не содержит требований к Продавцу по проверке достоверности данных предоставляемых при заключении договора, соответственно при заключении сделки на участие в Клубной программе «Спортмастер», ООО «Спортмастер» предприняло все возможные меры соблюдения требований ФЗ «О рекламе», получил предварительное согласие абонента на получение смс-рассылки.

13.02.2017г. состоялось рассмотрение дела об административном правонарушении № 48/09-АДМ-2017 в присутствии защитника ООО «Спортмастер» <...>, который поддержал вышеуказанные пояснения в полном объеме.

Рассмотрев материалы дела, заместитель руководителя Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств.

Определением от 13.02.2017г. рассмотрение дела № 48/09-АДМ-2017 об административном правонарушении было отложено на 13.03.2017г. в 11 часов 00 минут. Копия определения об отложении рассмотрения данного дела была направлена в адрес ООО «Спортмастер» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта ФГУП «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

07.03.2017г. в адрес Кемеровского УФАС России поступил ответ представителя по доверенности ООО «Спортмастер» (исх. № 574/СМ от 06.03.2017г.) на запрос Кемеровского УФАС России о предоставлении в материалы данного административного дела решения <...> суда г. <...>, из которого следует, что акт официального толкования представляет собой проникнутую внутренним единством иерархическую систему вспомогательных правовых актов. Они служат важным средством правильной и эффективной реализации права путем установленных

организационно – вспомогательных правил понимания и применения действующего законодательства. К актам официального толкования относятся разъяснения президиумов Верховных судов автономных республик, краевых, областных, решения городских и районных судов.

Таким образом, Решение <...> г. <...> от <...>г. является актом толкования нормы права, имеющим обязательное значение.

В соответствии с Решением <...> г. <...> по гражданскому делу № <...> по исковому заявлению физического лица к ООО «Спортмастер» о нарушении прав потребителей, законодательства о рекламе, о защите персональных данных, суд решил в исковых требованиях отказать в полном объеме. Решение по делу № <...> от <...>г. вступило в законную силу <...>г.

В указанном решении <...> г. <...> были исследованы нормы ФЗ «О рекламе», ФЗ «О персональных данных» и сделан вывод, что смс – сообщение следующего содержания: «<...>, Вам начислено 500 бонусов! Спешите потратить до 16.11.2016г.», полученное физическим лицом от ООО «Спортмастер» носит информационный, а не рекламный характер.

Таким образом, в действиях ООО «Спортмастер» отсутствуют нарушения законодательства о рекламе, следствием чего является отсутствие состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

13.03.2017г. состоялось рассмотрение дела № 48/09-АДМ-2017 об административном правонарушении в присутствии защитника ООО «Спортмастер» <...>, который поддержал представленные письменные пояснения.

Изучив материалы дела № 48/09-АДМ-2017 об административном правонарушении, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области приходит к следующим выводам:

Действия ООО «Спортмастер», выразившиеся в нарушении требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения 18.08.2016г. в 12 часов 08 минут следующего содержания: «<...>, Вам начислено 500 бонусов! Спешите потратить до 16.11.2016» от абонента SPORTMASTER без согласия абонента (<...>), подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 – 6 статьи 14.3 КоАП РФ, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, влечет наложение административного штрафа на физических лиц – от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей.

Согласно статье 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.

Исходя из смысла данной нормы, лицо не подлежит ответственности в том случае, если будет доказано, что соблюдение норм и правил было невозможно в силу чрезвычайных событий и обстоятельств, которые данное лицо не могло ни предвидеть, ни предотвратить при соблюдении той степени заботливости и осмотрительности, которая от него требовалась.

Заместителем руководителя управления изучены письменные пояснения защитника ООО «Спортмастер» и установлено следующее:

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно части 1 статьи 18 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступило рекламное смс – сообщение.

Поскольку положениями ФЗ «О рекламе» не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Распространение рекламы посредством смс – сообщений возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи.

Согласие от абонента может быть получено в любой форме и в порядке, которые, должны предусматривать какой – либо способ фиксации факта получения такого согласия.

При этом бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

ООО «Спортмастер» в рамках рассмотрения дела № 114/Р-2016 представлено в адрес Кемеровского УФАС России копию анкеты для получения клубной карты, в соответствии с которой абонент <...> – <...> 23.07.2016г. дает свое согласие ООО «Спортмастер» на получение информации о специальных предложениях, о новых товарах и рекламных акциях по сетям электросвязи и по почтовой связи (включая, но, не ограничиваясь: смс - рассылки, e-mail – рассылки и т.д.) и обработку своих персональных данных.

Однако, Комиссией Кемеровского УФАС России установлено, что <...> не является заявителем по данному делу. Абонентский номер <...> в соответствии с договором об оказании услуг связи МТС от <...>г. зарегистрирован на <...> с <...>г., который

является заявителем по данному делу.

Таким образом, на момент получения <...> клубной карты (<...>г.) абонентский номер <...> принадлежал <...>

Факт принадлежности абонентского номера <...> <...> ООО «Спортмастер» не опровергнут.

На основании изложенного, согласие абонента <...> на получение рекламных смс – сообщений от ООО «Спортмастер» в данном случае отсутствует.

В части довода защитника ООО «Спортмастер» <...> о том, что спорное смс – сообщение носит информационный характер заместителем руководителя управления установлено следующее:

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» под рекламой понимается 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.

В данной [норме](#) 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В рассматриваемом случае спорное SMS-сообщение состоит из 2 частей. Во-первых, в сообщении указано: «<...>, Вам начислено 500 бонусов!» Во-вторых, идет текст следующего содержания «Спешите потратить до 16.11.2016». Данное смс – сообщение поступило от абонента SPORTMASTER

Следовательно, смс - сообщение содержит не только информацию о начислении бонусов на карту, но и направлено на привлечения внимания к магазину Спортмастер и продвижению его на рынке соответствующих товаров и услуг, что является очевидным, исходя из его содержания (текста смс – сообщения).

В спорном сообщении указано не только о начислении бонусов, но и предложено воспользоваться ими в одном из магазинов Спортмастер.

Содержание смс - сообщения «<...>, Вам начислено 500 бонусов! Спешите потратить до 16.11.2016» применительно к статьи 3 ФЗ «О рекламе» является рекламой.

Таким образом, смс - сообщение, направленное на абонентский номер <...> в рассматриваемом случае является рекламой.

Спорное смс - сообщение адресовано «<...>», а направлено на абонентский номер <...> принадлежащий гражданину <...>.

При таких обстоятельствах, не подлежит выяснению факт персонализации указанного смс - сообщения.

В соответствии с решением <...> г. <...>, предварительное согласие абонента на получение информации о специальных предложениях, информации о новых товарах и рекламных акциях выражено путем подписания Анкеты участника клубной программы «Спортмастер». Срок действия согласия пять лет с автоматической пролонгацией. Таким образом, на момент предъявления претензии истцом согласие на получение информации не отозвано.

Кроме того, суд пришел к выводу об информационном характере сообщения, исходя из имеющихся между истцом и ответчиком правоотношений, связанных с участием истца в клубной программе «Спортмастер».

На основании изложенного, заместитель руководителя Кемеровского УФАС России приходит к выводу, что решение <...> г. <...> вынесено при других обстоятельствах и не может иметь преюдициального значения для рассмотрения данного дела.

ООО «Спортмастер» не подтвердило наличие чрезвычайных событий и обстоятельств, не позволивших распространить рекламу с соблюдением требований законодательства Российской Федерации о рекламе.

Таким образом, у ООО «Спортмастер» имелась возможность для соблюдения предусмотренных законом требований, тем не менее, данным лицом всех зависящих мер по соблюдению законодательства Российской Федерации предпринято не было.

Следовательно, действия ООО «Спортмастер», выразившиеся в нарушении требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения 18.08.2016г. в 12 часов 08 минут следующего содержания: «<...>, Вам начислено 500 бонусов! Спешите потратить до 16.11.2016» от абонента SPORTMASTER без согласия абонента (<...>), следует признать виновными.

Факт совершения административного правонарушения ООО «Спортмастер» подтверждается протоколом по делу № 48/09-АДМ-2017 от 30.01.2017г.

Срок давности привлечения ООО «Спортмастер» к административной ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ за нарушение законодательства о рекламе, на момент вынесения настоящего постановления не истек.

При рассмотрении данного дела заместителем руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области были учтены характер совершенного административного правонарушения, личность виновного, его имущественное положение, обстоятельства, смягчающие и отягчающие административную ответственность.

В части 1 статьи 4.2 КоАП РФ перечислен перечень закрепленных смягчающих вину обстоятельств, включая добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение; добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об

административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим контроль (надзор).

При этом, в соответствии с [пунктом 2 статьи 4.2](#) КоАП РФ судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дело об административном правонарушении, могут признать смягчающими обстоятельства, не указанные в настоящем [Кодексе](#) или в законах субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях.

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области также считает возможным, с учетом положений части 2 статьи 4.2 КоАП РФ признать в качестве обстоятельства, смягчающего вину ООО «Спортмастер» совершение административного правонарушения впервые.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность ООО «Спортмастер» за совершение административного правонарушения, не установлено (ст. 4.3 КоАП РФ).

Основания для применения статьи 2.9 КоАП РФ и освобождения от административной ответственности в связи с малозначительностью допущенного правонарушения не усматриваются.

В данном случае (по вмененному составу правонарушения) существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается в неисполнении ООО «Спортмастер» своих публично-правовых обязанностей, что посягает на установленный законодательством РФ порядок в области распространения рекламы.

Оценивая собранные по делу доказательства, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области находит вину ООО «Спортмастер» доказанной, а действия верно квалифицированными по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначает административное наказание ООО «Спортмастер» в пределах санкции, определенной вышеназванной правовой нормой.

Руководствуясь статьями 23.48, 29.9, 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Признать Общество с ограниченной ответственностью «Спортмастер» (ИНН 7728551528, ОГРН 1057747320278, КПП 772801001, дата регистрации: 27.06.2005г., юридический адрес: 117437, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 18, корп. 2, комн. 102) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить Обществу с ограниченной ответственностью «Спортмастер» (ИНН 7728551528, ОГРН 1057747320278, КПП 772801001, дата регистрации: 27.06.2005г.,

юридический адрес: 117437, г. Москва, ул. Миклухо–Маклая, д. 18, корп. 2, комн. 102) штраф в размере **100 (ста) тысяч рублей**.

Административный штраф за нарушение законодательства о рекламе необходимо перечислить по следующим реквизитам:

Получатель: ИНН 4207012419 КПП 420501001

УФК по Кемеровской области (Кемеровское УФАС России)

Расчетный счет: **40101810400000010007 Отделение КЕМЕРОВО.**

БИК: **043207001**

Код бюджетной классификации (КБК): **161 116 26000 01 6000 140**

ОКТМО: 32701000

Назначение платежа: **денежное взыскание (штраф) за нарушение законодательства РФ о рекламе (дело № 48/09-АДМ-2017).**

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ штраф должен быть уплачен **не позднее 60 дней** со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с частью 5 статьи 3.5 КоАП РФ сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа.

В соответствии с пунктом 7 статьи 21 Закона Российской Федерации от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение двух лет со дня вступления в законную силу.

В соответствии с частью 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1 КоАП РФ 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

Л.И. Ланцман