

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания по делу № 062/04/14.3-257/2020

об административном правонарушении

«15» мая 2020 года г. Рязань

Руководитель управления Рязанского УФАС России <...>, рассмотрев протокол от 06.05.2020 и материалы дела об административном правонарушении № 062/04/14.3-257/2020, возбужденного в отношении ООО «Арта Фит» (ИНН/ОГРН 6234145669/1156234009546, <...> по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ,

УСТАНОВИЛ:

В адрес Рязанского УФАС России 11.06.2019 (вх. №2878) поступило заявление <...> о распространении на ее телефонный номер <...> <...> смс-сообщений рекламного характера от фитнес-центра ARTA-Gym с признаками нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе»).

<...> к своему заявлению приложила скриншоты полученных смс-сообщений:

- «Жара! 4 месяца за 4900! Звони! А то мы позвоним.. куда следует. <...>», поступило 26.04.2019 в 19:00 от ArtaGym;

- «Только 5 дней! Лето бесплатно! 12м+3м в подарок за 14900. Звони! <...>», поступило 29.04.2019 в 13:06 от ArtaGym;

- «Скидка 20% на все! Будьте любезны, в очередь! Звони <...>», поступило 15.05.2019 в 13:06 от ArtaGym;

- «Покажи смс и ходи 10 дней бесплатно в фитнес центр ArtaGym! <...>», поступило 22.05.2019 в 13:05 от ArtaGym.

Кроме того, в заявлении <...> пояснила, что в фитнес-центр ARTA-Gym не посещала, абонемент их не покупала, не звонила и не узнавала условия, договор не заключала и никакого согласия на получение рекламы не давала.

Также в заявлении <...> указала, что 22.05.2019 в 13:32 позвонила в данный фитнес-центр, сказав, что не хочет получать от них какие-либо сообщения и информацию.

В адрес Рязанского УФАС России поступил ответ от ООО «Т2 Мобайл», из которого следует, что абонентский номер <...> <...> принадлежит ООО «Арта Фит» (ИНН/ОГРН 6234145669/1156234009546, <...>) по договору об оказании услуг связи от 03.08.2015, и данный номер выделен вышеуказанному абоненту в качестве дополнительного номера в целях переадресации вызовов на федеральный номер <...> <...>.

Из письма ПАО «МТС» следует, что буквенный идентификатор «ArtaGym» выделен ООО «Арта Фит» по договору № 162323174034 в рамках услуги «МТС Коммуникатор».

В соответствии с Дополнительным соглашением «МТС Коммуникатор» №1 от 19.04.2017 ПАО «МТС» подключило корпоративному клиенту услугу «МТС Коммуникатор» и выделило буквенный идентификатор «ArtaGym», посредством которого через канал ПАО «МТС» корпоративный клиент отправляет смс-сообщения своим зарегистрированным пользователям. Таким образом, суть услуг, оказываемых ПО «МТС» по Дополнительному соглашению «МТС Коммуникатор», заключается в обеспечении корпоративному клиенту технической возможности (создании необходимых условий) в формировании и отправке смс-сообщений.

Согласно ответу ООО «МСН Телеком» (вх. от 04.07.2019 №3249) телефонный номер <...> принадлежит <...>.

В соответствии с выпиской из ЕГРЮЛ ООО «Арта Фит» <...> является одним из учредителей общества.

На основании изложенного возбуждено дело № 062/05/18-367/2019 о нарушении Закона «О рекламе».

Определениями по делу № 062/05/18-367/2019 от 26.07.2019 (исх. № 3482), от 26.08.2019 (исх. № 3813) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона «О рекламе» у ООО «Арта Фит» были запрошены документы и сведения, необходимые для рассмотрения дела, в том числе мотивированное объяснение по факту предъявленного нарушения.

06.09.2019 при рассмотрении дела № 062/05/18-367/2019 представителем ООО «Арта Фит» представлено согласие на обработку персональных данных <...> от 14.04.2017. Кроме того, представитель общества пояснил, что <...>. посетила пробное занятие в фитнес-центре один раз – 14.04.2017 и заполнила данное согласие на обработку персональных данных.

Управление, рассмотрев заявление и материалы дела, пришло к следующим выводам.

В соответствии со статьей 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; 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 N 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 N 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.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством телефонной 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 являются услуги общества «Арта Фит».

В соответствии с частью 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 реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Таким образом, обязанность доказать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 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 рекламораспространителя».

В ходе рассмотрения дела управлением проанализировано представленное на заседании комиссии 06.09.2019 согласие и установлено следующее.

Согласно пункту 1 согласия на обработку персональных данных от 14.04.2017 <...> дает согласие на обработку ООО «Арта Фит» своих персональных данных, то есть совершение следующих действий: сбор, систематизация, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), использование, распространение (в том числе передачу), обезличивание, блокирование, уничтожение персональных данных, при этом описание вышеуказанных способов обработки данных приведено в Федеральном законе от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных», в следующих целях:

- в целях исполнения трудового договора;
- для обеспечения личной безопасности, защиты жизни и здоровья работника;
- в целях ведения финансово-хозяйственной деятельности организации;
- иное (необходимо точное указание целей).

Таким образом, данное согласие не подтверждает получение согласия <...> на распространение рекламы на ее телефонный номер от ООО «Арта Фит».

Иных документов в адрес управления от ООО «Арта Фит» не поступало.

Согласно статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи», абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями, но не отправителями сообщений.

При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Инициатором рекламных смс-сообщений на номер Заявителя без его предварительного согласия является ООО «Арта Фит», сведений опровергающих данный факт материалы дела не содержат.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

В материалах дела доказательств получения согласия абонента на получение рекламы посредством использования сети электросвязи (в данном случае смс-сообщений) от ООО «Арта Фит» не представлено, антимонопольным органом не получено.

При рассмотрении дела Заявитель утверждала, что согласия на распространение рекламы путем направления смс-сообщений не давала, в Рязанском УФАС России сведения и документы о получении отправителем согласия абонента +79<...> на распространение ей рекламы по сетям электросвязи отсутствуют, поэтому распространение указанной рекламы противоречит части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 22.05.2019 посредством смс-сообщений рекламы товаров и услуг на номер телефона +79<...>, поступивших от ArtaGym с нарушением части 1 статьи 18 Закона «О рекламе», является ненадлежащим.

Решением Управления Федеральной антимонопольной службы по Рязанской области от 28.11.2019 по делу № 062/05/18-367/2019 установлен факт нарушения ООО «Арта Фит» части 1 статьи 18 Закона «О рекламе» при распространении 22.05.2019 посредством рекламных смс-сообщений рекламы услуг на номер телефона +79<...> от ArtaGym без предварительного согласия абонента.

Таким образом, нарушив статью 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», ООО «Арта Фит» совершило административное правонарушение, за которое частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе - влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Время совершения ООО «Арта Фит» административного правонарушения – 22.05.2019 (день распространения указанной рекламы).

Место совершения ООО «Арта Фит» административного правонарушения – <...>.

Разрешая вопрос о применении положений статьи 2.9 КоАП РФ и освобождении привлекаемого к административной ответственности лица от административного наказания по указанному в данной статье основанию, должностное лицо Рязанского УФАС России пришло к выводу о том, что в рассматриваемой ситуации доказательств наличия каких-либо исключительных обстоятельств, позволяющих квалифицировать правонарушение, совершенное ООО «Арта Фит», как малозначительное, не представлено.

Факт совершения административного правонарушения ООО «Арта Фит» подтверждается протоколом по делу N 062/04/14.3-257/2020 об административном правонарушении от 6 мая 2020 года, а также другими материалами дела.

Срок давности привлечения должностного лица к административной

ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ за нарушение рекламного законодательства, на момент вынесения настоящего постановления не истек.

Разрешая вопрос о виде и размере административного наказания, учитывается характер совершенного административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица (личность виновного, его имущественное положение) обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

В силу статей 4.2. и 4.3 КоАП РФ обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность, в ходе рассмотрения административного дела не установлено.

В соответствии с п. 1 ст. 4.1.1. Кодекса РФ об административных правонарушениях, 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 п. 2 ст. 3.4 Кодекса РФ об административных правонарушениях, 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 может быть заменено являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, или юридическому лицу, а также их работникам на предупреждение в соответствии со статьей 4.1.1 настоящего Кодекса.

Согласно сведениям Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства ООО «Арта Фит» является субъектом малого предпринимательства.

ООО «Арта Фит» впервые совершило нарушение рекламного законодательства, материалы, свидетельствующие о причинении имущественного ущерба либо вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, отсутствуют.

С учётом изложенного административное наказание ООО «Арта Фит» в виде административного штрафа, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ,

подлежит замене на предупреждение.

С учётом положений части 1 статьи 3.1 КоАП РФ, закрепившей цели административного наказания, предупреждение является официальным предостережением лица от возможности совершения им противоправного действия.

Применение предупреждения влечёт 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 23.48, 26.11, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

признать ООО «Арта Фит» (ИНН/ОГРН 6234145669/1156234009546, 39026, <...>) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначить ему наказание в виде предупреждения.

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1 КоАП РФ, а также частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в суд, в вышестоящий орган или вышестоящему должностному лицу в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 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.

Руководитель <...>