

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о прекращении дела об административном правонарушении № 11-АР-2017

30 июня 2017 г.
Чебоксары

г.

Заместитель руководителя Чувашского УФАС России «...», изучив материалы дела об административном правонарушении №11-АР-2017, возбужденного в отношении **индивидуального предпринимателя Ермакова** «...»), по факту совершения административного правонарушения, предусмотренного по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в присутствии защитника лица, в отношении которого ведется производство по делу, - «...» по доверенности от 01.04.2017 б/н,

УСТАНОВИЛ:

17.10.2017 в Приморское УФАС России поступило (вх. № 9587) обращение жителя г. Владивосток «...». (далее - Заявитель) о распространении рекламы путем рассылки sms-сообщения на мобильный телефон без предварительного согласия абонента, что противоречит требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе»).

В частности на мобильный телефон «...» (оператор связи ОАО «Мобильные Теле Системы», г. Москва и Московская область) «...» поступило рекламное sms-сообщение следующего содержания: "14.10.2016 10:17 M-cosmetics Sms-центр +»...» Дата и время: 14.10.2016 10:17 Текст: Только ТРИ ДНЯ скидки 14-56% Промо-код «ЛЕТО». EstelM-cosmetica.ru»".

Данное sms-сообщение поступило с буквенного номера M-cosmetics. Sms-центр +»...» (оператор связи ОАО «Мобильные Теле Системы» г. Москва и Московская область).

Заявитель указывает, что рекламную информацию по поступившему sms-сообщению не запрашивал и не давал согласие на ее получение через sms-

с о о б щ е н и е .

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «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 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», распространение рекламы по сетям электросвязи 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.

Из информации представленной оператором связи ОАО «Мобильные ТелеСистемы» (вх. № 69 от 18.11.2016), следует, что проанализировав отчеты по доставкам sms-сообщений до конечных абонентов было установлено, что данные sms-сообщения «M-cosmetics» поступило на сервисную платформу ОАО «Мобильные ТелеСистемы» с последующей доставкой через sms-центр ОАО «Мобильные ТелеСистемы» на абонентский номер «...» с сервисного номера, выделенного компании ООО «ОСК» в рамках заключенного с ней договора № D140755212 от 01.12.2014.

Согласно условиям договора, заключенного между ОАО «Мобильные ТелеСистемы» и ООО «ОСК», ООО «ОСК», как Агент через технические средства (программно-аппаратный комплекс) предоставляет услуги рассылки sms-сообщений от Заказчиков рассылки Пользователям.

В данном случае, реклама в содержательной части, которой указано: «Только ТРИ ДНЯ скидки 14-56% Промо-код «ЛЕТО». Estel.m-cosmetica.ru» осуществлена по инициативе заказчика рассылки - ИП Ермакова «...»

Кроме того, ООО «ОСК» в своих письменных пояснениях сообщил ОАО «Мобильные ТелеСистемы» о том, что ООО «ОСК» проверило факт направления каких-либо сообщений оператором связи для их дальнейшей отправки на указанный телефонный номер и выяснило, что на указанный телефонный номер направлялось sms-сообщение со стороны ПАО «Вымпел-Коммуникации». Буквенный идентификатор «M-cosmetics», согласно данным, полученным от ПАО «Вымпел-Коммуникации» выделен в пользу ИП Ермакова «...»

В соответствии с частью

7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламодатель, в рассматриваемом случае - ИП Ермаков «...»

Определением Приморского У ФАС России от 09.12.2016 (исх. № 10437/06-2) в отношении ИП Ермакова «...» возбуждено дело № 42/07-2016 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» и назначено к рассмотрению на 09.01.2017.

назначенное время ИП Ермаков «...» надлежащим образом уведомленный (внутрироссийский почтовый идентификатор 69000706007535), на рассмотрение дела № 42/07-2016 не явился, документы, запрошенные определением о возбуждении дела, в адрес Приморского У ФАС России в установленный срок не представил.

Определением Приморского УФАС России от 09.01.2017 (исх. № 41/06-2) срок рассмотрения дела № 42/07-2016 был продлен и назначен к рассмотрению на 06.03.2017.

При этом 06.03.2017, в назначенное время ИП Ермаков «...», надлежащим образом уведомленный (внутрироссийский почтовый идентификатор 69000707001822) на рассмотрение дела № 42/07-2016 не явился, заявил ходатайство о рассмотрении настоящего дела в его отсутствие.

Исследовав имеющиеся в деле документы, Комиссия пришла к выводу, что, поскольку, ИП Ермаковым «...» не было представлено запрошенных Приморским УФАС документов, в том числе и согласие абонента на получение sms-сообщения, в случаях при передаче доступа к программе третьим лицам, ИП Ермаков «...» остается лицом, за которым закреплен номер отправителя и который обеспечивает отправку направленных sms-сообщений, таким образом является рекламодателем, чем нарушает требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Решением Приморского УФАС России от 06.03.2017 по делу № 42/07-2016 реклама, с содержанием: "14.10.2016 10:17 M-cosmetics Sms-центр «...» Дата и время: 14.10.2016 10:17 Текст: Только ТРИ ДНЯ скидки 14-56% Промо-код «ЛЕТО». EstelM-cosmetica.ru», признана не соответствующей требованиям, установленным ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Таким образом, ИП Ермаков «...» признан нарушившим требования вышеуказанной статьи Закона о рекламе. В

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

При этом ИП Ермаковым «...» направлено ходатайство в Приморское УФАС России о передачи дела об административном правонарушении по выявленному факту нарушения Закона о рекламе в Чувашское УФАС России. В соответствии с ч.1 ст.29 КоАП РФ дело об административном правонарушении рассматривается по месту его совершения. По ходатайству лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, дело может быть рассмотрено по месту жительства данного лица. Таким образом, Чувашским УФАС России приняты от Приморского УФАС России копии материалов дела № 42/07-2016 для возбуждения дела об административном правонарушении в отношении ИП Ермакова «...» с заявленным ходатайством на рассмотрение данного дела в его отсутствие.

Руководствуясь статьями 28.1, 28.7 КоАП РФ, определением от 27.04.2017 (исх.№ 04-10/2970) Чувашским УФАС России в отношении ИП Ермакова «...») возбуждено дело об административном правонарушении № 11-АР-2017 по признакам нарушения части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, с назначением административного расследования.

В рамках рассмотрения настоящего дела об административном правонарушении в отношении ИП Ермакова «...» законный представитель последнего «...» (по доверенности от 01.04.2017 б/н) представила материалы (скриншоты страниц сайта <https://estel.m-cosmetica.ru>), при изучении которых установлено, что Заявителем («...») 27.02.2015 оформлен заказ парфюмерно - косметических товаров через интернет - магазин «M-cosmetics» на сумму 720 руб.

Данный заказ оформлялся по запросу на покупку и доставку заказанных товаров в Интернет - магазине, предоставленному продавцом (ИП «...») посредством сети Интернет. В рамках настоящего дела представлены истребованные Чувашским УФАС России документальные доказательства, подтверждающие регистрацию

владельца домена (m-cosmetica.ru) за «...». Также установлено, что в соответствии с пунктом 3.2.1 Соглашения о сотрудничестве между ИП Ермаковым «...» и ИП «...» от 19.03.2012, представленного в рамках рассмотрения дела, определено доведение до клиентов и потенциальных партнеров информации о товарах и услугах любым не запрещенным законом способом, в том числе путем смс - рассылки, электронной рассылки, обзвона и т.п.

При этом, установлено, что одним из условий при оформлении заказа, является необходимость указания согласия об ознакомлении с условиями оферты, с которыми Заявитель («...» имел возможность ознакомиться на сайте Интернет - магазина и подтвердил, что с условиями оферты ознакомлен и согласен. В рамках настоящего дела представителем ИП Ермакова «...» представлена последовательность действий при оформлении заказа товаров компании m-cosmetic с помощью сайта m-cosmetica.ru, где согласие клиента с условиями оферты является обязательным условием. По условиям оферты, покупатель подтверждает свое согласие с тем, что продавец или уполномоченное им лицо вправе взаимодействовать с покупателем путем осуществления прямых контактов с покупателем с помощью различных средств связи, включая, но, не ограничиваясь: почтовая рассылка, смс рассылка, электронная почта, телефон, сеть Интернет и др. (абзац 10 пункт 4 Публичной оферты).

Покупатель также предоставляет Оператору и третьим лицам право обрабатывать и использовать свои персональные данные с целью проведения исследований, направленных на улучшение качества предоставляемых услуг и Товаров, в том числе для проведения маркетинговых программ и исследований, статистических исследований, **рассылку сообщений рекламного характера** (абзац 9 пункт 4 Публичной оферты).

С учетом изложенного, рассматриваемое в рамках дела № 42/07-2016 Приморского УФАС России рекламное sms-сообщение следующего содержания: "14.10.2016 10:17 M-cosmetics Sms-центр «...» Дата и время: 14.10.2016 10:17 Текст: Только ТРИ ДНЯ скидки 14-56% Промокод «ЛЕТО». EstelM-cosmetica.ru", было направлено гр. «...» на абонентский номер <...> »...» по его предварительному согласию.

Кроме того, изучение представленного в рамках рассмотрения настоящего дела, определения о прекращении производства по делу № Р-44/16, возбужденного Тамбовским УФАС России по заявлению гр. «...» в отношении ИП Ермакова «...», показало, что факт нарушения Закона о рекламе также не подтвердился в связи с тем, что материалами

вышеуказанного дела установлено, что Мартынов В.А. предоставил свое согласие на получение рассылки сообщений рекламного характера путем согласия с условиями публичной оферты.

Согласно части 1 статьи 1.6 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях лицо, привлекаемое к административной ответственности, не может быть подвергнуто административному наказанию и мерам обеспечения производства по делу об административном правонарушении иначе как на основаниях и в порядке, установленных законом.

Применение уполномоченным на то органом или должностным лицом административного наказания осуществляется в пределах компетенции указанных органа или должностного лица в соответствии с законом.

Следовательно, установленный законом порядок реализации административной ответственности является обязательным для органов и должностных лиц, рассматривающих дело об административном правонарушении и назначающих административные наказания. Несоблюдение этого порядка свидетельствует о том, что административное наказание применено незаконно, независимо от того, совершило или нет лицо, привлекаемое к административной ответственности, административное правонарушение.

В соответствии со статьей 24.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях задачами производства по делам об административных правонарушениях являются всестороннее, полное, объективное и своевременное выяснение обстоятельств каждого дела, разрешение его в соответствии с законом.

В статье 26.1 Кодекса Российской Федерации определено, что по делу об административном правонарушении выяснению подлежат: наличие события административного правонарушения; лицо, совершившее противоправные действия (бездействие), за которые настоящим Кодексом или законом субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность; виновность лица в совершении административного правонарушения; обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность; характер и размер ущерба, причиненного административным правонарушением; обстоятельства, исключающие производство по делу об административном правонарушении; иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, а также причины и условия совершения административного правонарушения.

Частями 1, 2 статьи 26.2 Кодекса Российской Федерации предусмотрено, что доказательствами по делу об

административном правонарушении являются любые фактические данные, на основании которых судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, устанавливают наличие или отсутствие события административного правонарушения, виновность лица, привлекаемого к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела. Эти данные устанавливаются протоколом об административном правонарушении, иными протоколами, предусмотренными настоящим Кодексом, объяснениями лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показаниями потерпевшего, свидетелей, заключениями эксперта, иными документами, а также показаниями специальных технических средств, вещественными доказательствами.

Таким образом, право на защиту лица, привлекаемого к административной ответственности, как основной принцип института административной ответственности, направлено на обеспечение справедливого и правильного установления всех обстоятельств предполагаемого административного правонарушения в состязательной форме в целях реализации задач производства по делам об административных правонарушениях.

Как следует из материалов дела, рассылка текстового сообщения осуществлена на телефонный номер Заявителя («...») по его предварительному согласию на получение рассылки сообщений рекламного характера, которое предоставлено путем согласия с условиями публичной оферты.

В соответствии с частью 1 статьи 24.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению при наличии хотя бы одного из следующих обстоятельств:

- 1) отсутствие события административного правонарушения;
- 2) отсутствие состава административного правонарушения, в том числе недостижение физическим лицом на момент совершения противоправных действий (бездействия) возраста, предусмотренного настоящим [Кодексом](#) для привлечения к административной ответственности, или невменяемость физического

лица, совершившего противоправные действия (бездействие);

3) действия лица в состоянии [крайней необходимости](#);

4) издание акта амнистии, если такой акт устраняет применение административного наказания;

5) отмена закона, установившего административную ответственность;

6) истечение [сроков](#) давности привлечения к административной ответственности;

7) наличие по одному и тому же факту совершения противоправных действий (бездействия) лицом, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, постановления о назначении административного наказания, либо постановления о прекращении производства по делу об административном правонарушении, либо постановления о возбуждении уголовного дела;

8) смерть физического лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении.

На основании статьи 2.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Под должностным лицом понимается лицо, постоянно, временно или в соответствии со специальными полномочиями осуществляющее функции представителя власти, то есть наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся в служебной зависимости от него, а равно лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных организациях.

В соответствии с частью 1 статьи 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

Исходя из вышеизложенного, прихожу к выводу о том, что в действиях (бездействии) ИП Ермакова «...». отсутствует вина в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, следовательно, ИП Ермаков «...» не может являться субъектом административного правонарушения.

При таких обстоятельствах прихожу к выводу о необходимости прекращения производства по настоящему делу на основании [пункта 2 части 1 статьи 24.5](#) КоАП в связи с отсутствием состава административного правонарушения в действиях ИП Ермакова «...»

На основании изложенного и руководствуясь статьями 24.5 и частью 6 статьи 28.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

Дело об административном правонарушении № 11-АП-2017, возбужденного в отношении индивидуального предпринимателя Ермакова «...» по факту совершения административного правонарушения, предусмотренного по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях прекратить в связи с отсутствием состава административного правонарушения.

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.

«...»

