

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу № 25-14.3ч.1/18 об административном правонарушении

20 апреля 2018 года г. Челябинск

Я, руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области, <...>, рассмотрев материалы административного дела № 25-14.3ч.1/2018, возбужденного в отношении индивидуального предпринимателя <...> (далее – ИП <...>), по факту размещения на сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa рекламы мужского СПА-салона «Калиостро» с нарушением требований части 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

в отсутствие ИП <...>, извещенного о месте, времени рассмотрения дела, что подтверждается данными с сайта «Почта России» (истек срок хранения),

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

исследовав материалы дела,

УСТАНОВИЛА:

В Челябинское УФАС России поступило заявление физического лица по факту размещения на сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa рекламы мужского СПА-салона «Калиостро».

Челябинским УФАС России был проведен акт осмотра № 52-2017 от 11 мая 2017 года, в ходе которого установлено, что на сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa размещается реклама эротических SPA-программ для мужчин в SPA-салоне «Калиостро». На указанной странице размещены фотографии с изображением полуобнаженных девушек и мужчин. Ниже размещены следующие сведения: «...Купон предоставляет возможность воспользоваться скидкой на следующие предложения: скидка 50% на SPA-программу для мужчин "Высший пилотаж", 1 ч. (2750 руб. вместо 5500 руб.), скидка 50% на SPA-программу для мужчин "Интрига", 1 ч. 30 мин. (3250 руб. вместо 6500 руб.), скидка 50% на SPA-программу для мужчин "Камасутра", 1 ч. 30 мин. (3500 руб. вместо 7000 руб.), скидка 50% на SPA-программу для мужчин "Поцелуй страсти", 1 ч. 30 мин. (3750 руб. вместо 7500 руб.), скидка 50% на SPA-программу для мужчин "Двойное удовольствие" с двумя мастерами, 2 ч. (6500 руб. вместо 13000 руб.)...».

Челябинским УФАС России направлен запрос в ООО «Гилмон» о предоставлении сведений о лице, разместившем на сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa рекламу мужского СПА-салона «Калиостро».

Согласно сведениям, предоставленным ООО «Гилмон» лицом, разместившем рекламу на сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa является ИП <...> (далее – ИП <...>).

От ИП <...> поступили письменные пояснения, согласно которым между ИП <...> и ООО «Гилмон» 27.04.2017 года был заключен договор № 4931 на совершение действий рекламного характера, а именно проведение акции и реализацию купонов.

Изображения, фото и иные графические материалы ИП <...> ООО «Гилмон» не передавались.

Договора между ИП <...> и ООО «Гилмон» предметом которого была разработка и/или использование произведений графики и дизайна не заключалось.

ИП <...> изображения, фото и иные графические материалы, размещенные по адресу www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa, в которых по мнению антимонопольного органа присутствуют непристойные образы людей, не согласовывал.

Интернет ресурс gilmon.ru ИП <...> не принадлежит. Технической возможности самостоятельно размещать какую-либо информацию на нем ИП <...> не имел и не имеет.

ООО «Гилмон» представило письменные пояснения, согласно которым 21.02.2017 года общество с ограниченной ответственностью «Гилмон» и индивидуальный предприниматель <...> заключили договор о возмездном оказании услуг № 4452.

Условия акции, заявка и макет, включая изображения, впоследствии признанные Челябинским УФАС России непристойными, согласованы сторонами в приложении к договору и на сервере ООО «Гилмон».

При этом согласование содержания акции в ООО «Гилмон» имеет следующий регламент:

1. Менеджер проводит переговоры с заказчиком. Стороны подписывают договор оказания услуг. Менеджер согласовывает с заказчиком макет акции, в котором формулируются условия акции и изображение купона, после чего пересылает согласованный макет Региональному директору.

2. Региональный директор отвечает за размещение акции на сайте компании. При этом согласно должностной инструкции региональный директор обязан представить макет размещаемой акции для контроля:

- в отдел маркетинга.

- директору ООО «Гилмон».

3. Если у отдела маркетинга и директора ООО «Гилмон» нет возражений, региональный директор размещает акцию на сайте.

4. В случае если отдел маркетинга и/или директор ООО «Гилмон» не пропускают акцию, акция не размещается на сайте.

5. Региональный директор возвращает менеджеру для согласования с заказчиком макет акции с внесенными отделом маркетинга и/или директором правками.

6. В случае согласования с заказчиком правок, менеджер повторно направляет согласованный макет акции региональному директору. Региональный директор проверяет согласования правок и размещает акцию на сайте.

7. В случае если заказчик отказывается согласовывать внесенные в макет акции правки, договор расторгается, акция не размещается на сайте.

ООО «Гилмон» провело служебное расследование, в ходе которого было установлено:

07.02.2017 г. менеджер <...> начала переговоры с ИП <...> о размещении скидочных купонов на акцию СПА салона «Калиостро».

На сервере ООО «Гилмон» СПА салону «Калиостро» был присвоен ID 1983916.

21 февраля 2017 года между ООО «Гилмон» и ИП <...> был заключен договор о возмездном оказании услуг № 4452.

ООО «Гилмон» осуществляет свою деятельность в семи городах Российской Федерации.

17 февраля 2017 года региональный директор ООО «Гилмон» <...> получила макет акции и разместила его на сайте.

Ни в отдел маркетинга, ни директору ООО «Гилмон» для контроля акция не направлялась.

При этом ООО «Гилмон» в лице директора <...> не был направлен согласованный заказчиком макет акции, в связи с чем, ООО «Гилмон» не имело возможности внести в макет акции правки и заменить изображения признанные Челябинским УФАС России непристойными.

ООО «Гилмон» является организацией – купонатором.

Работая с ИП <...> ООО «Гилмон» реализовало купоны СПА салона «Калиостро» предоставляющие скидку 50% на указанные в купоне программы.

В заключении резюмируя все вышесказанное:

1. ООО «Гилмон» согласовало с ИП <...> изображение размещенное на сайте и признанные впоследствии Челябинским УФАС России непристойными, что подтверждается:

1.1. Согласованными условиями акции

1.2. Согласованным макетом акции

1.3. Актом выполненных работ от 262 от 17.02.2017 года.

2. ООО «Гилмон» не имело возможности внести в макет акции правки и заменить непристойное фото ввиду нарушения должностным лицом, региональным директором ООО «Гилмон» <...>, своих должностных обязанностей.

3. Согласно письму Федеральной антимонопольной службы от 28 августа 2015 года № АК/45828/15 «О рекламе в сети интернет»: По мнению ФАС России не является рекламой информация о скидках или проводимых акциях, размещенная на сайтах, на которых аккумулируются и предлагаются различные купоны или билеты, позволяющие приобрести товар со скидкой.

Таким образом, ООО «Гилмон» считает, что не нарушало требования части 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

Согласно статье 3 Федерального закона «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.

Информация, размещенная на сайте, является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к организации с коммерческим обозначением «Калиостро», которая предоставляет услуги немедицинского характера.

Согласно Письму ФАС №АК/45828/15 от 28.08.2015 «О рекламе в сети «Интернет»» когда размещаемая на сайте информация направлена не столько на информирование потребителя об ассортименте товара или деятельности компании, сколько на привлечение внимания к конкретному товару и его выделение среди однородных товаров, такая информация может быть признана рекламой.

Как следует из акта осмотра от 11 мая 2017 года № 52-2017, на интернет ресурсе www.chelyabinsk.gilmon.ru при активации купона доступна информация о конкретной организации с коммерческим обозначением «Калиостро», присутствуют визуальные образы, рекламные слоганы, в связи с чем данная информация направлена на привлечение внимания к данному объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему, т.е. является рекламой.

По изложенным основаниям доводы ООО «Гилмон» о том, что рассматриваемая в настоящем деле информация не является рекламой не могут быть приняты Комиссией во внимание.

В силу части 6 статьи 5 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) в рекламе не допускается использование бранных слов, непристойных, оскорбительных образов, сравнений и выражений.

Слово «непристойный» в соответствии с Толковым словарем русского языка С.И. Ожегова означает «неприличный, бесстыдный». Слово «Бесстыдный» согласно вышеуказанному словарю означает противоречащий общественной морали, непристойный». «Неприличный» - противоречащий правилам приличия. «Приличие» - правило поведения, благопристойность.

К непристойным образам, могут быть отнесены такие образы и выражения, которые нарушают общепринятые модели и принципы поведения в обществе с точки зрения морали и нравственности. В общепринятых общественных отношениях (социуме) не принято открыто демонстрировать людей в нижнем белье.

Следовательно, присутствующие в рекламе мужского СПА-салона «Калиостро» визуальные женский и мужской образы в совокупности с описанием программ являются непристойными.

Важным обстоятельством является тот факт, что способ распространения рекламы является общедоступный Интернет-ресурс www.chelyabinsk.gilmon.ru, что ограничивает потенциального потребителя рекламы в возможности ее игнорировать.

С учетом изложенного, реклама мужского СПА-салона «Калиостро», в которой присутствуют непристойные образы, нарушает часть 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

На основании части 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований,

установленных частью 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

В силу пункта 5 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

В рамках договора № 4931 от 21.02.2017 согласно пункту 4.2.7 Заказчик (ИП <...>) обязуется предоставлять Исполнителю (ООО «Гилмон») информацию для размещения на web сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru не нарушающую ФЗ «О рекламе». В свою очередь ООО «Гилмон» согласно пункту 4.1.3 обязан размещать информацию об Услугах в сети Интернет, предоставленную Заказчиком, в т.ч. на web-сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru.

Из переписки, предоставленной ООО «Гилмон» следует, что макет акции согласован сторонами.

Материалов, указывающих, что как со стороны ООО «Гилмон», так и со стороны ИП <...> принимались меры, направленные на соблюдение действующего законодательства при распространении спорной рекламы, при рассмотрении дела не представлено.

Каких-либо возражений, пояснений при исполнении договора между сторонами в части несоответствия используемых в рекламе визуальных образов требованиям законодательства о рекламе, ИП <...> и ООО «Гилмон» не высказывали.

ИП <...> также не представлено документов, указывающих, что в рамках исполнения договоров № 4452 от 21.02.2017, № 4931 от 27.04.2017 им исследован вопрос о соответствии выполненной и размещенной на Интернет-ресурсе www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa рекламы его услуг требованиям Федерального закона «О рекламе».

Таким образом, в рамках данного договора рекламодателями являются ООО «Гилмон» и ИП <...>, соответственно ответственность за данные нарушения на основании части 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» возложена на рекламодателей.

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 30 ноября 2017 года.

Частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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 пятисот рублей; должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста до пятисот тысяч рублей.

В соответствии с примечанием к статье 2.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица.

ИП <...> зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, поэтому он подлежит административной ответственности как должностное лицо.

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

Материалами дела установлено, что ИП <...> в отсутствие объективно непреодолимых препятствий, имел реальную возможность не размещать на сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa рекламу мужского СПА-салона «Калиостро» с нарушением требований части 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе», однако им не были приняты соответствующие меры, что доказывает факт наличия у ИП <...> вины в совершении вменяемого ему нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Вина ИП <...> выразилась в ненадлежащем исполнении обязанности по соблюдению требований рекламного законодательства при размещении на сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa рекламы мужского СПА-салона «Калиостро», в результате чего были нарушены требования части 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

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).

Согласно правовой позиции, изложенной в пункте 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 8.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» рассматривая дела о привлечении лиц к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе, суды должны учитывать, что срок давности привлечения к административной ответственности начинается течь с момента совершения такого правонарушения, а не с момента принятия антимонопольным органом решения о нарушении законодательства о рекламе.

Челябинским УФАС России проведен акт осмотра № 52-2017 от 11 мая 2017 года, в ходе которого установлено, что на сайте www.chelyabinsk.gilmon.ru/caliospa размещается реклама эротических SPA-программ для мужчин в SPA-салоне «Калиостро».

Таким образом, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ годичный срок давности для привлечения ИП <...> к административной ответственности в связи с распространением рассматриваемой рекламы истекает 11 мая 2018 года в связи с чем привлечение ИП <...> к административной ответственности осуществляется в пределах срока давности.

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих ИП <...> надлежащему соблюдению требований части 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе», Челябинским УФАС России не выявлено.

У ИП <...> отсутствовали препятствия и имелась возможность для соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно – для соблюдения требований части 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе». Однако ИП <...> не принял необходимых и достаточных мер по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе.

При таких обстоятельствах ИП <...> признается виновным в совершении административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обстоятельств, исключающих вину ИП <...> в совершении данного административного правонарушения, а также обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении при совершении данного административного правонарушения, не установлено.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность, предусмотренных статьей 4.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не установлено.

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

Федеральным законом от 03.07.2016 N 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.

В соответствии со статьей 2 указанного закона данные изменения вступают в силу со дня официального опубликования (опубликовано на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 04.07.2016).

Согласно выписке из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства ИП <...> является субъектом малого предпринимательства (микропредприятие).

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.

ИП <...> впервые совершил 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 учетом изложенного, при наличии обстоятельств, установленных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса административное наказание ИП <...> 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., 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать индивидуального предпринимателя <...> виновным 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 индивидуальному предпринимателю <...> официальное порицание в форме предупреждения за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

- 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 20 апреля 2018 года в отсутствие ИП <...>.