

Постановление № 43/18

о назначении административного наказания по делу № 413

об административном правонарушении

Руководитель Иркутского УФАС России Кулиш Александр Владимирович, рассмотрев материалы дела об административном правонарушении и протокол № 413 от 11.12.2017 г. об административном правонарушении, составленный **в отношении: ООО «СМС Трафик»** (ИНН 7705642257; ОГРН 1057746117384; г. Москва, проезд 2-й Южнопортовый, дом 20А, строение 4, подъезд 1 этаж 2; зарегистрировано 28.01.2005 Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы №46 по г.Москве)

УСТАНОВИЛ:

Дата, место, время рассмотрения дела об административном правонарушении: 22.01.2018г 664025, г. Иркутск, Российская,17, кабинет 619, «15» часов «00» минут.

Дело об административном правонарушении рассмотрено в отсутствие представителя Общества, надлежащим образом уведомленного о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается отчетом сформированным сайтом Почты России от 22.01.2018г.

В ходе рассмотрения дела об административном правонарушении было установлено следующее.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Иркутской области поступило заявление от гражданина Д. (вх. № 6094 от 23.05.2017г.) о распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента, нарушающей требования ФЗ «О рекламе».

В указанном заявлении гр-н Д. указал, что 23.05.2017г. в 15:25 на его абонентский номер <...> **** от абонента с ником WorldClass поступило СМС- сообщение рекламного характера следующего содержания: «ИВАН, Вам одобрена спец. цена на клубную карту 26700 р. Только 3 дня! 707-***»,

При этом своего согласия на получение данных рекламных сообщений по средствам связи гр-н Д. не давал.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона РФ «О рекламе» от 13.03.2006г № 38-ФЗ **реклама** - 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, изготовитель или продавец товара, на привлечение внимания к которым направлена реклама;

товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

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 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.

Поскольку заявитель предварительного согласия на распространение рекламы посредством использования телефонной связи не давал, указанная реклама содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В связи с тем, что указанная реклама содержит признаки нарушения требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ Иркутским УФАС России, 28.07.2017 г. возбуждено дело №1542. Лицами, участвующими в деле признаны: ООО «СМС Трафик»; ООО «Мобайл Парк», как рекламораспространители – в действиях которых содержатся признаки нарушения рекламного законодательства; заявитель – Д.

Порядок возбуждения и рассмотрения данной категории дел определен Правилами рассмотрения антимонопольным органом, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации № 508 от 17.08.2006 г.

Дело назначено к рассмотрению на 13 октября 2017 года.

В указанную дату в Иркутское УФАС России Д., представители ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк» не явились, в материалах дела имеются доказательства надлежащего уведомления о времени и месте рассмотрения дела. В ходе рассмотрения дела Комиссия, тщательно изучив материалы дела, в том числе представленные документы и письменные пояснения ООО «СМС Трафик», ООО «Мобайл Парк» пришла к следующим выводам.

Рассматриваемое смс сообщение было направлено Д. 23.05.2017 г. в 15 часов 25 минут с номера WorldClass.

Иркутским УФАС России 30.05.2017г. направлен запрос ООО «Т2Мобайл» (исх. № 5520) о предоставлении информации о владельце абонентского номера с ником WorldClass.

По данному запросу ООО «Т2Мобайл» представлены письменные пояснения о том, что номер с ником WorldClass предоставлен клиенту ООО «СМС Трафик» в рамках договора об оказании услуг связи.

Согласно пункту 3.2.8 указанного договора ООО «СМС Трафик» обязуется инициировать смс-рассылки с соответствующим сервисом только в отношении тех абонентов, которые выразили ООО «СМС Трафик» или его клиентам свое согласие на получение такого сервиса, путем совершения действий, однозначно идентифицирующих таких абонентов и позволяющих достоверно установить их волеизъявление. При получении соответствующего требования от любого исполнителя ООО «СМС Трафик» обязуется представить подтверждение наличия согласия абонента на получение SMS-МТ-сообщений с соответствующим сервисом.

В соответствии с пояснениями ООО «СМС Трафик» (вх. №9142 от 24.07.2017; №9106 от 24.06.2017; №9550 от 02.08.2017; №9755 от 07.08.2017) инициатором рассылки спорного смс-сообщения является ООО «Мобайл Парк» на основании договора 486/13 от 25.11.2013 г.

В силу ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе», ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 данного Закона, несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, из имеющихся материалов дела следует, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ООО «СМС Трафик».

Согласно ч. 2 Федерального закона от 07 июля 2003 года № 126-ФЗ «О связи», под абонентом понимается пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

ООО «СМС Трафик», как рекламораспространителем не представлены доказательства получения предварительного согласие Д. на получение рекламы посредством смс-сообщений.

Следовательно, действия ООО «СМС Трафик» являющегося рекламораспространителем рекламы распространенной 23.05.2017г. в 15:25 посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента с номером WorldClass, следующего содержания: «ИВАН, Вам одобрена спец.цена на клубную карту 26700р. Только 3 дня! 707-***» нарушают требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Решением № 1035 от 20.10.2017 года реклама, распространенная 23.05.2017г. в 15:25 путем рассылки СМС - сообщения в адрес гражданина Д. на номер <...> **** с номера WorldClass, следующего содержания: «ИВАН, Вам одобрена спец.цена на клубную карту 26700р. Только 3 дня! 707-***» признана ненадлежащей, поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», в связи с тем, что рекламораспространителем не было получено предварительное согласие абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи.

На основании вышеизложенного, принятое Иркутским УФАС России решение № 1035 от 20.10.2017 послужило основанием для возбуждения дела об административном правонарушении и составления протокола об административном правонарушении в отношении ООО «СМС Трафик».

В соответствии с определением № 3066 от 22.12.2017г., рассмотрение административного дела № 413 назначено на 22.01.2018г.

10.01.2018г. В Иркутское УФАС России представлены письменные пояснения от ООО «СМС Трафик» (вх. 145/18), согласно которым у Общества отсутствовала возможность к соблюдению требований ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ.

ООО «СМС Трафик» не может получить согласие абонента самостоятельно или как-то взаимодействовать с ним. ООО «СМС Трафик» не является участником отношений по формированию рекламного сообщения. Получение информации об абоненте, необходимый для получения согласия, будет противоречить законодательству о защите прав персональных данных, т.к. Общество самостоятельно не взаимодействует с указанным абонентом, не предоставляет ему товары, работы, услуги и не распространяет рекламу чьих-либо товаров, работ, услуг. В случае получения информации, что абонент против получения рассылки сообщений от указанного Заказчика, ООО «СМС Трафик» сообщает об этом Заказчику, согласно Договору № 486/13 от 25.11.2013г. Предварительная проверка невозможна, т.к. автоматизированная система не позволяет ООО «СМС Трафик» проверять список номеров и текст сообщений, они отправляются в зашифрованном виде, обрабатываются автоматически, в соответствии с требованиями законодательства о соблюдении тайны переписки и защиты персональных данных.

В ходе рассмотрения дела по существу, руководителем Иркутского УФАС России установлено:

Время совершения правонарушения: 23.05.2017г. В 15:25.

Место совершения правонарушения: г. Иркутск, абонентский номер <...> ***.

Объектом допущенного правонарушения является установленный порядок производства и распространения рекламы.

Объективная сторона правонарушения выражается в распространении рекламы 23.05.2017г. в 15:25 путем рассылки СМС - сообщения в адрес гражданина Д. на номер <...> **** с номера WorldClass, следующего содержания: «ИВАН, Вам одобрена спец.цена на клубную карту 26700р. Только 3 дня! 707-***», что является нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ, рекламораспространителем которой является ООО «СМС Трафик».

Субъект правонарушения: ООО «СМС Трафик» как рекламораспространитель распространивший 23.05.2017г. в 15:25 путем рассылки СМС - сообщения в адрес гражданина Д. на номер <...> **** с номера WorldClass, следующего содержания: «ИВАН, Вам одобрена спец.цена на клубную карту 26700р. Только 3 дня! 707-***», что является нарушением ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006г. № 38-ФЗ.

Субъективная сторона правонарушения характеризуется виной, поскольку ООО «СМС Трафик» должно было знать о том, что не допускается, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы, однако, не смотря на то, что у него имелась возможность обеспечить соблюдение установленных правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, оно данную обязанность не исполнило.

Учитывая изложенное, ООО «СМС Трафик» допущено административное правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, 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 соответствии со ст. 24.1 КоАП РФ, всесторонне исследованы материалы административного дела, возбужденного в отношении ООО «СМС Трафик».

Должностным лицом Иркутского УФАС России рассмотрен вопрос о применении ч. 1 ст. 4.1.1 КоАП РФ.

На основании части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ, 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.

Частью 2 статьи 3.4 КоАП РФ предусмотрено, что 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.

Таким образом, предупреждение может быть применено только за правонарушение, характеризующее совокупностью следующих условий: совершено впервые и не привело к причинению вреда или возникновению 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, причинению имущественного ущерба.

При решении вопроса о квалификации действий лица по статье 4.1.1 КоАП РФ необходимо руководствоваться определением повторности, которое приведено в пункте 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ. Согласно указанной норме повторным совершением административного правонарушения признается совершение однородного административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 КоАП РФ.

В силу статьи 4.6 КоАП РФ лицо считается подвергнутым административному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания и до истечения одного года со дня исполнения данного постановления.

Учитывая факт того, что постановлением №255/09-АДМ/2017 от 20.07.2017 г. Кемеровского УФАС России ООО «СМС Трафик» привлечено к административной ответственности в виде предупреждения, в связи с нарушением ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, Иркутское УФАС России считает статью 4.1.1 КоАП РФ не подлежащей применению.

При рассмотрении настоящего дела об административном правонарушении должностным лицом Иркутского УФАС России рассмотрен вопрос о возможности применения положений ст. 2.9 КоАП РФ.

В соответствии с пунктом 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5 от 24.03.2005 года «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях», малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений. В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным предупреждением.

В пункте 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02 июня 2004 года № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» (далее – Постановление Пленума ВАС) указано, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного, судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. При этом квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях

(пункт 18.1 Постановления Пленума ВАС).

По смыслу статьи 2.9 КоАП РФ оценка малозначительности деяния должна соотноситься с характером и степенью общественной опасности, причинением вреда либо угрозой причинения вреда личности, обществу или государству.

Существенная угроза охраняемым правоотношениям может выражаться не только в наступлении каких-либо материальных последствий правонарушения, но и в пренебрежительном отношении субъекта предпринимательской деятельности к исполнению своих публично-правовых обязанностей, к формальным требованиям публичного права. Следовательно, наличие или отсутствие существенной угрозы охраняемым общественным правоотношениям может быть оценено судом только с точки зрения степени вреда (угрозы вреда), причиненного непосредственно установленному публично-правовому порядку деятельности, поскольку правонарушение является формальным, оно представляет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям не в наступлении каких-либо негативных материальных последствий, а в пренебрежительном отношении к исполнению публично-правовых обязанностей, формальных требований публичного права. Таким образом, отсутствуют основания для признания правонарушения малозначительным.

Отсутствуют основания для признания правонарушения малозначительным.

Согласно п. 3 ст. 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность, не имеется.

Сведений о финансовом положении Обществом не представлено.

С учетом вышеизложенного, руководитель Иркутского УФАС России Кулиш А.В., руководствуясь ст. ст. 18, 33, 38 ФЗ «О рекламе», ст. ст. 4.1, ч. 1 ст. 14.3, 23.48. __ 29.1, 29.9, 29.10 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать ООО «СМС Трафик» (ИНН 7705642257; ОГРН 1057746117384), как рекламодателя ненадлежащей рекламы, распространенной 23.05.2017г. в 15:25 путем рассылки СМС - сообщения в адрес гражданина Д. на номер <...> **** с номера WorldClass, следующего содержания: «ИВАН, Вам одобрена спец.цена на клубную карту 26700р. Только 3 дня! 707-****», поскольку она не соответствует требованиям части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», в связи с тем, что рекламодателем не было получено предварительное согласие абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ и назначить административное наказание в виде административного штрафа в размере 100100 (ста тысяч ста) рублей.

В соответствии с п. 1 ст. 32.2. Кодекса РФ об административных правонарушениях штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу, за исключением случая, предусмотренного частью 1.1 настоящей статьи, либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 настоящего Кодекса.

В соответствии с пунктом 5 статьи 3.5. Кодекса РФ об административных правонарушениях сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме. Пунктом 1 статьи 46 Бюджетного кодекса Российской Федерации предусмотрено, что штрафы подлежат зачислению в местные бюджеты по месту нахождения органа или должностного лица, принявшего решение о наложении штрафа, если иное не предусмотрено Бюджетным кодексом РФ или иными законодательными актами Российской Федерации.