

ПРОТОКОЛ № 048/04/14.3-244/2019

об административном правонарушении

03 июня 2019 года

г. Липецк

Главный специалист-эксперт отдела защиты конкуренции Управления Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области <...>, действующий на основании ч. 1 ст. 28.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), рассмотрев материалы по факту нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) обществом с ограниченной ответственностью «СмартТелеком» (<...>) (далее – ООО «СмартТелеком») признал их достаточными для составления протокола об административном правонарушении в отношении ООО «СмартТелеком» по ч. 1 ст. 14.3. КоАП РФ,

УСТАНОВИЛ:

В Липецкое УФАС поступило обращение <...> о том, что 14.09.2018 в 14 часов 40 минут на его абонентский номер <...> без предварительного согласия поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «Сome on gyt» следующего содержания: «Возвращайтесь! Год фитнеса 19700 только 3 дня! Бронь 89023559062».

Статья 1 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в числе целей данного Федерального закона устанавливает, в том числе, реализацию права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Согласно п. 1 ст. 3 Закона 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 и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникшего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Указанная выше информация распространялась для неопределенного круга лиц – потребителей рекламы. Каких – либо ограничений по территории распространения и кругу лиц – потребителей рекламы, не установлено.

П. 2 ст. 3 Закона о рекламе говорит, что объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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.

В соответствии с п. 3 ст. 3 Закона о рекламе товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе являются услуги фитнес центра.

Таким образом, информация, распространенная посредством sms-сообщения на номер <...> в силу ст. 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц, распространяется среди неопределенного круга лиц и направлена на привлечение внимания, формирование интереса потребителей такой информации к услугам фитнес центра, а также продвижение этих услуг на рынке.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 признаётся распространённой без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в пункте 15 разъясняет, что 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 рекламодателя.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 -ФЗ «О связи» электросвязь - это любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам (пункт 35); абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского б номера или уникального кода идентификации (пункт 1).

Распространение рекламы посредством sms-сообщения возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). Согласие от абонента может быть получено в любой форме и в порядке, которые, однако, должны предусматривать какой-либо способ фиксации факта получения такого согласия. При этом бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламодателе в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

С целью осуществления Управлением Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области своих полномочий по государственному надзору за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе: предупреждению, выявлению и пресечению нарушений физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе Управлением Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области были запрошены необходимые документы и информация.

Из анализа поступивших документов и информации установлено, что 14.09.2018 оборудованием ПАО «МегаФон» было зафиксировано отправление на номер <...> (на основании договора об оказании услуг связи № <...> от <...> принадлежащего абоненту <...>) sms-сообщения от отправителя, имеющего буквенное обозначение «Someongum», выделенное АО «МегаЛабс». Отправка указанного сообщения была осуществлена по базе абонентов АО «МегаЛабс».

Между ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс» заключен договор от <...> № <...>, на основании которого ПАО «МегаФон» обязуется предоставить АО «МегаЛабс» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов.

В свою очередь, между АО «МегаЛабс» и АО «Загрузка» заключен договор от <...> № <...>, в соответствии с которым АО «МегаЛабс» обязалось предоставить АО «Загрузка» доступ к интерфейсу (программным средствам) для размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов.

Установлено, что между АО «Загрузка» (ранее АО «Связной Загрузка») и ООО «СмартТелеком» заключен Договор № <...> от <...> г.

В соответствии с подпунктом 3.1.4. пункта 3.1 договора заказчик (ООО «СмартТелеком») обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие абонента на получение которых отсутствует, объявляются СПАМом.

В свою очередь, между ООО «СмартТелеком» и ООО «Комон Джим» заключен Договор оказания услуг № <...> от <...> г.

Пунктом 4.3.1. ООО «СмартТелеком» наделяется правом приостановить оказание услуг заказчику или ограничить доступ у услуге заказчику, в случае нарушения заказчиком требований, установленных, в том числе, Федеральным законом «О рекламе».

На основании п. 7 ст. 38 ответственность за нарушение требований, установленных, в частности, статьёй 18, частью 1 статьи 28 несёт рекламодатель, которым в силу пункта 7 статьи 3 Закона является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, то есть, в том числе, ООО «СмартТелеком».

Таким образом, из анализа имеющихся документов следует, «СмартТелеком» предполагало возможность направления их абонентам sms-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «реклама».

При этом у ООО «СмартТелеком» имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение sms-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку sms-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой

необходимости. Соответственно, ООО «СмартТелеком» обладало возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

Исходя из документов, представленных в Липецкое УФАС России ООО «СмартТелеком» имело возможность не передавать рассматриваемую рекламу.

Решением Управления Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области от 01 февраля 2019 г. по делу № 23 признано наличие нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе в рекламе, распространенной 14.09.2018 в 14 часов 40 минут на абонентский номер <...> без предварительного согласия поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «Come on gum» следующего содержания: «Возвращайтесь! Год фитнеса 19700 только 3 дня! Бронь 89023559062».

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

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламоделателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, 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; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В соответствии с частью 4 статьи 28.7 КоАП РФ административное расследование проводится по месту совершения или выявления административного правонарушения.

Объектом рассматриваемого правонарушения является установленный порядок управления, в частности, в сфере государственного контроля и надзора.

Объективная сторона состоит в нарушении установленных рекламным законодательством норм и заключается в том, что ООО «СмартТелеком» нарушена ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Субъект – ООО «СмартТелеком» (<...>).

Субъективная сторона выражается в форме вины, так как ООО «СмартТелеком» должно было знать и соблюдать рекламное законодательство, однако допустило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрено частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения – г. Липецк.

Время совершения административного правонарушения – 14.09.2018.

Определением о возбуждении дела об административном правонарушении № 048/04/14.3-244/2019 и проведении административного расследования от 23.04.2019 г. в отношении ООО «СмартТелеком» возбуждено административное расследование. Составление протокола об административном правонарушении по делу № 048/04/14.3-244/2019 ошибочно назначено на 17.04.2019 г.

Таким образом, информация о надлежащем уведомлении ООО «СмартТелеком» о месте и времени составления протокола № 048/04/14.3-244/2019 об административном правонарушении 17.05.2019 г. отсутствует.

Определением о продлении сроков проведения административного расследования по делу об административном правонарушении № 048/04/14.3-244/2019 от 17.05.2019 г. назначена

дата составления протокола на 03 июня 2019 г.

03.06.2019 г. на составление протокола об административном правонарушении № 048/04/14.3-244/2019 представители ООО «СмартТелеком» не явились. О дате и месте составления протокола в отношении ООО «СмартТелеком» общество уведомлено надлежащим образом.

На основании ч. 4.1 ст.28.2 КоАП РФ протокол составляется в отсутствие представителя ООО «СмартТелеком».

В соответствии с ч.1 ст. 25.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.