

Генеральному директору

ООО «Семал»

<...>

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

об отложении рассмотрения дела № 042/04/14.3-417/2023

об административном правонарушении

«18» апреля 2023г. г. Кемерово

Я, <...>, заместитель руководителя управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, рассмотрев материалы дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-417/2023 в отношении общества с ограниченной ответственностью «Семал» (далее – ООО «Семал», юридический адрес: 630049, Новосибирская область, г. Новосибирск, ул. Галушака, д. 1А, офис 302, ОГРН 1105476035334, Дата присвоения ОГРН 20.07.2010, ИНН 5405417401, КПП 540201001) за совершение нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее - КоАП РФ),

УСТАНОВИЛА:

13.02.2023 Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела № 042/05/18-1183/2022 о нарушении законодательства о рекламе, вынесено решение о признании ООО «Южная корона» нарушившим требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщений от абонента Gromada на абонентский номер заявителя <...>, следующего содержания:

-13.07.2022 в 18 часов 19 минут -«Детская мебель со скидкой до -60 В НАЛИЧИИ! Стол письм 2500р! РАССРОЧКА»;

-27.07.2022 в 17 часов 16 минут: «До 31.07 скидки на ВСЮ мебель до -70%. Все в наличии! РАССРОЧКА 0x0x18»;

-10.08.2022 в 18 часов 18 минут: «До 20.08. Скидки на ВСЮ мебель до -70%. ВСЕ в

наличии. Стол комп. 1900P!»).

Из заявления следует, что согласие на получение вышеуказанной рекламы посредством смс - сообщений на абонентский номер <...> заявитель не давал.

Кроме того, к заявлению приложено электронное письмо, направленное на адрес электронной почты spam.gromada@k-42.ru 27.07.2022 в 10 часов 51 минуту с требованием о прекращении рассылки рекламы на абонентский номер заявителя.

Вместе с тем, после отправки указанного письма заявителю поступило смс – сообщение рекламного характера от абонента Gromada.

Из письменных пояснений ПАО «Ростелеком» следует, что между ПАО «Ростелеком» и ООО «Южная корона» заключен договор на оказание услуг связи № 596003061658. 01.10.2018 ООО «Южная корона» подало заявление о подключении услуги «СМС Реклама». В целях оказания услуги корпоративным клиентом был выбран абонентский номер <...> и буквенное обозначение – индивидуальная подпись Gromada.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступила реклама.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку Законом о рекламе не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума

Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Таким образом, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи возможно лишь при получении на это предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент).

В данном случае бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

В материалы данного дела ООО «Южная корона» представлена копия товарного чека с покупателем, который указал абонентский номер для связи – <...>.

Вместе с тем, Комиссией Кемеровского УФАС России установлено, что в данном случае данные покупателя, указанные ООО «Южная корона» и данные владельца абонентского номера <...> – заявителя по делу не совпадают. Также под пунктом 10.6 данного договора заявителем проставлена отметка о несогласии на рекламные звонки и смс.

Следовательно, распространение ООО «Южная корона» рекламы посредством смс – сообщений без согласия абонента <...>, содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» установлено, что ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18, ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

В данном случае рекламораспространителем является ООО «Южная корона».

Административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и влечет наложение штрафа на физических лиц – 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.

21.02.2023 Кемеровским УФАС России в адрес ООО «Южная корона» было направлено уведомление о составлении протокола (исх. от 21.02.2023 № ТМ/1761/23) с указанием даты и времени его составления 22.03.2023 на 10 часов 20 минут.

Однако, Кемеровским УФАС России было установлено, что согласно выписке из ЕГРЮЛ ООО «Южная корона» (ИНН 2222795658, юридический адрес: 656058, Алтайский край, г. Барнаул, ул. Взлетная, д. 35, офис 1, генеральный директор – <...>) следует, что юридическое лицо прекратило свою деятельность путем реорганизации в форме присоединения от 16.02.2023 к правопреемнику юридическому лицу ООО «Семал» (ИНН 5405417401, юридический адрес: 630049, Новосибирская область, г. Новосибирск, ул. Галушцака, д. 1А, офис 302, генеральный директор – <...>).

В силу частей 4 и 7 статьи 2.10 КоАП РФ при присоединении юридического лица к другому юридическому лицу к административной ответственности за совершение административного правонарушения привлекается присоединившее юридическое лицо (часть 4), при этом административная ответственность за совершение административного правонарушения наступает независимо от того, было ли известно привлекаемому к административной ответственности юридическому лицу о факте административного правонарушения до завершения реорганизации (часть 7).

Таким образом, действия присоединившего юридического лица - ООО «Семал», выразившиеся в нарушении требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс – сообщений без согласия абонента, подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, согласно которой нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3 КоАП РФ, частью 4 статьи 14.3.1 статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, влечет наложение штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Время совершения ООО «Семал» административного правонарушения: 13.07.2022 в 18 часов 19 минут; 27.07.2022 в 17 часов 16 минут; 10.08.2022 в 18 часов 18 минут.

Место совершения ООО «Семал» административного правонарушения: Кемеровская область - Кузбасс.

Статьей 24.1 КоАП РФ установлено, что задачами производства по делам об административных правонарушениях являются всестороннее, полное, объективное выяснение обстоятельств каждого дела, разрешение его в соответствии с законом.

Согласно статье 28.2 КоАП РФ орган, возбудивший дело об административном правонарушении, обязан обеспечить участие лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, в составлении протокола об административном правонарушении.

21.03.2023 уведомлением о составлении протокола были назначены дата, время и место составления и подписания протокола на 05.04.2023 в 11 часов 20 минут. Уведомление было направлено в адрес ООО «Семал» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправок о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

03.04.2023 в адрес Кемеровского УФАС России поступило ходатайство защитника ООО «Семал» <...> (доверенность б/н от 01.01.2022) о переносе процедуры составления протокола на более позднее время в связи с участием защитника ООО «Семал» в заседании Арбитражного суда Новосибирской области по делу А45-27804/2022.

03.04.2023 в связи с поступившим ходатайством (исх. б/н от 03.04.2023) защитника ООО «Семал» <...> (доверенность б/н от 01.01.2022) процедура составления протокола по делу об административном правонарушении, назначенная на 05.04.2023 в 11 часов 00 минут, была перенесена на 05.04.2023 в 14 часов 50 минут.

Письмо о переносе было направлено в адрес ООО «Семал» заказным письмом с уведомлением о вручении, а также посредством электронной почты.

05.04.2023 состоялась процедура составления и подписания протокола № 042/04/14.3-417/2023 об административном правонарушении в присутствии защитника ООО «Семал» <...> (доверенность б/н от 01.01.2022).

05.04.2023 определением о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-417/2023 были назначены дата, время и место рассмотрения данного дела об административном правонарушении на 18.04.2023 в 10 часов 50 минут. Копии определения и протокола были направлены в адрес ООО «Семал» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатки с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с пометками «ожидает адресата в месте вручения» имеются в материалах дела).

17.04.2023 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения защитника ООО «Семал» (исх. от 13.04.2023), из которых следует, что 16.02.2023 деятельность ООО «Южная корона» была прекращена в связи с реорганизацией. Правопреемником ООО «Южная корона» является ООО «Семал».

В соответствии с пунктом 3 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее – Правила), дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно пункту 4 Правил дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) юридического или физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В случае если до возбуждения дела или в ходе его рассмотрения будет установлено, что реклама, содержащая признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, распространяется на территории, подведомственной 2 и более территориальным органам Федеральной антимонопольной службы, выявивший такое нарушение территориальный орган Федеральной антимонопольной службы передает материалы, свидетельствующие о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе, или дело в территориальный орган Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, либо ходатайствует перед Федеральной антимонопольной службой о наделении его полномочиями по возбуждению и рассмотрению дела (пункт 6 Правил).

Вместе с тем, местом нахождения ООО «Южная корона» является г. Барнаул, ул. Взлетная, д. 35, оф. 1, а местом нахождения правопреемника является г. Новосибирск, ул. Галущика, д. 1, корп. 1.

Операционная деятельность ООО «Южная корона» распространяется как на территории Кемеровской области, так и Алтайского края.

В материалах дела не содержится сведений о месте регистрации абонентского номера <...>.

Факт обращения абонента с номером 8-923-600-17-70 в Кемеровское УФАС России не свидетельствует о том, что административное дело должно быть рассмотрено именно данным административным органом, поскольку подведомственность дел о рекламе не определяется выбором подателя жалобы, а регламентируется нормами КоАП РФ и Правилами.

Поскольку в деле отсутствуют доказательства, свидетельствующие о том, что распространение рекламы допущено только на территории, подведомственной одному территориальному органу ФАС России, дело возбуждено с нарушением требований подведомственности дела.

Согласно тексту определения об отложении рассмотрения дела, а также пояснениям ПАО «Ростелеком», заявленные смс – сообщения направлялись абоненту с номера <...> и буквенным идентификатором Gromada.

Вместе с тем, в заявлении и фотоматериалах, предоставленных заявителем, номером, с которого направлены смс – сообщения является <...>. Соответственно, определить принадлежность смс – сообщений именно ООО «Южная корона» не представляется возможным. Более того, буквенное обозначение Gromada может принадлежать и иным лицам, поскольку не является уникальным.

Таким образом, факт направления смс – сообщения абоненту с номера <...> и буквенным идентификатором Gromada ООО «Южная корона» не подтвержден материалами дела.

ООО «Южная корона» занимается розничной продажей мебели. В целях привлечения возвратности своих же клиентов, ООО «Южная корона» осуществляет рассылку смс - уведомлений и предложений, для чего между ООО «Южная корона» и ПАО «Ростелеком» был заключен договор на смс - рассылку текста рекламного характера – оповещений о проводимых акциях и специальных ценах среди клиентов ООО «Южная корона».

В число абонентов для рассылки из числа клиентов ООО «Южная корона» вошел номер <...>. Этот номер в качестве контактного был предоставлен покупателем ООО «Южная корона» Чеботовой Юлией Александровной, с которой заключен договор от 27.02.2022.

В рамках данного договора Чеботова Ю.А. дает свое согласие на получение смс - рассылок, проводимых ООО «Южная корона» по указанным номерам телефона.

Более того, у ООО «Южная корона» не вызвало никаких сомнений, что номер телефона, оставленный потребителем, может не принадлежать самой Чеботовой Ю.А., так как по номеру с потребителем согласовывалась доставка товара

сотрудниками ООО «Южная корона».

Согласно статье 53 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 – ФЗ «О связи», сведения об абонентах и оказываемых им услугах связи, ставшие известными операторам связи в силу исполнения договора об оказании услуг связи, являются информацией ограниченного доступа и подлежат защите в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Таким образом, ООО «Южная корона» не обязано, и не имеет законной возможности проверить на кого зарегистрирован номер телефона, предоставленный потребителем. Но, если потребитель дает свое согласие на получение смс – сообщений на этот номер, собственноручно подписав товарный чек, при прозвоне отвечает на свой указанный номер телефона, то у ООО «Южная корона» нет оснований полагать, что это неблагонадежный номер телефона, поэтому данный номер был включен в рассылку.

ООО «Южная корона» были приняты все зависящие от него меры по соблюдению требований ФЗ «О рекламе, и, соответственно, ООО «Южная корона» не может быть признано виновным в совершении указанных правонарушений.

Поскольку в данном случае субъективная сторона состава административного правонарушения отсутствует, ООО «Семал» не должно быть привлечено к административной ответственности.

В случае, если при рассмотрении данного административного дела не будут учтены представленные письменные пояснения, необходимо отметить, что сумма штрафа, предусмотренная статьи 14.3 КоАП РФ, является значительной.

Согласно части 2.9 КоАП РФ, при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченное решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

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.

Материалами дела не установлено наступление каких – либо неблагоприятных последствий в результате совершенного правонарушения, существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

ООО «Семал» считает необходимым учесть вышеперечисленные обстоятельства и ограничиться устным замечанием ввиду несоразмерности суммы штрафа тяжести совершенного правонарушения, отсутствия каких – либо неблагоприятных последствий, а также руководствуясь принципам справедливости, целесообразности и законности административной деятельности.

18.04.2023 заместитель руководителя управления решила рассмотрение дела № 042/04/14.3-417/2023 об административном правонарушении отложить в связи с

отсутствием сведений о надлежащем уведомлении ООО «Семал» о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Руководствуясь статьями 29.1, 29.4, 29.6, 29.7 КоАП РФ,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Дело № 042/04/14.3-417/2023 отложить.

2. Назначить рассмотрение дела № 042/04/14.3-417/2023 на 16 мая 2023г. на 10 часов 20 минут в каб. 307 (регистрация участников состоится в 09 часов 50 минут в каб. 316).

В соответствии с частью 1 статьи 25.1 КоАП РФ 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 КоАП РФ.

Частью 1 статьи 51 Конституции РФ установлено, что никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом.

Дополнительно сообщаем о возможности рассмотрения дела с использованием систем видеоконференцсвязи или программ, обеспечивающих голосовую видеосвязь посредством сети «Интернет».

Для участия в рассмотрении дела дистанционно с использованием системы видеоконференцсвязи, Вам необходимо заранее (за 3 рабочих дня до заседания) заявить соответствующее ходатайство с указанием данных IT-специалиста Вашей организации (номер телефона, адрес электронной почты) и получить гиперссылку для подключения видеоконференцсвязи.

При этом полномочия представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, должны быть оформлены в соответствии с законодательством Российской Федерации и соответствующие документы направлены в адрес Кемеровского УФАС России с вышеуказанным ходатайством.

О принятом решении надлежит сообщить Кемеровскому УФАС России в течение 3 рабочих дней с момента получения настоящего определения и направить по электронной почте: fo42@fas.gov.ru.

Одновременно сообщаем, что независимо от формы участия в заседании Комиссии Кемеровского УФАС России, все письменные пояснения и документы будут всесторонне изучены и учтены при рассмотрении дела.

Заместитель руководителя <...>

2023-4793