

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу об административном
правонарушении №03-03/41-2015

13 октября 2015 г.

г. Петрозаводск

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Карелия (далее - Карельское УФАС России) Бабкин Константин Евгеньевич, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении, возбужденного в отношении ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» (юр. адрес: 103473, г. Москва, пл. Суворовская, д.1; фактический адрес: 109029, г. Москва, ул. Средняя Калитниковская, 28/4; ОГРН: 1027700034493; ИНН: 7728029110; дата присвоения ОГРН: 17 июля 2002 года; дата регистрации до 1 июля 2002 года: 24 марта 1994 года) по факту нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года №38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в отсутствие надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения административного дела законного представителя общества, в присутствии представителя ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» по доверенности - Г. (доверенность от 12 августа 2014 года; копия в деле)

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе от 15.04.2015 по делу №03-02/07-2015 реклама следующего содержания: «Копите бабочек, получайте скидку 50% на текстиль Dormeo», распространенная ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» 29.12.2014 в 11:21 на телефонный номер ... абонента Л. посредством SMS-сообщения, была признана ненадлежащей, нарушившей требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», поскольку распространялась без предварительного согласия абонента

Основанием для вынесения соответствующего решения послужило поступившее 30 декабря 2014 года (вх. №7064) в адрес антимонопольного органа заявление Л. (далее – заявитель) по факту направления 29 декабря 2014 года в 11:21 на его абонентский номер ... посредством SMS-сообщения без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Копите бабочек, получайте скидку 50% на текстиль Dormeo».

В ходе рассмотрения дела было установлено следующее.

В соответствии со статьей 1 ФЗ «О рекламе» его целями являются развитие рынков

товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В статье 3 ФЗ «О рекламе» определены основные понятия. Так, реклама - это 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, средство его индивидуализации, 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно разъяснениям ФАС России от 05 апреля 2007 года №АЦ/4624 под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

В соответствии с пунктом 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08 октября 2012 года №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами 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».

Информация, распространенная на выделенный Л. телефонный номер ..., полностью подпадает под определение, данное в статье 3 ФЗ «О рекламе», так как распространяется посредством подвижной радиотелефонной связи, адресована неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицирована и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются услуги по написанию дипломных, курсовых и рефератов в г. Петрозаводске.

В соответствии с частью 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.

Согласно части 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламораспространитель. Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителей.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08 октября 2012 года №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал, что 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 адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Ввиду того, что Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Материалами дела подтверждается, что телефонный номер ..., выделенный Заявителю, относится к номерной емкости оператора связи ОАО «**Мобильные ТелеСистемы**» (далее – ОАО «МТС»).

Согласно информации, полученной от оператора связи ОАО «**МТС**» в письме от 16 января 2015 года №М01-6/0068и, 29 декабря 2014 года в 11:21 на принадлежащий Л. телефонный номер действительно поступило SMS-сообщение с номера +79168960390 являющегося номером SMS-центра ОАО «МТС». При этом ОАО «МТС» пояснило, что SMS-центр – это программно-аппаратный комплекс, предназначенный для приема, регистрации и пересылки коротких сообщений. SMS-центр, как и любое другое сетевое устройство, имеет собственный уникальный идентификатор – номер <...> Основной функцией SMS-центра является маршрутизация сообщений и управление процессом доставки SMS-сообщений. При этом SMS-центр не может быть отправителем сообщений, либо самостоятельно инициировать отправления сообщений.

Также ОАО «МТС» подтвердило поступление на сервисную платформу ОАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-центр ОАО «МТС» на абонентский номер ..., выделенный Заявителю, SMS-сообщения с буквенным идентификатором «X5.Club» с сервисного номера, выделенного ООО «СМС Сервисы».

Из представленной ООО «СМС Сервисы» информации от 10 февраля 2015 года

№1002/2015-003 следует, что 01 октября 2009 года Общество заключило договор №0110/09-05 с ООО «Бифри», согласно которому ООО «СМС Сервисы» приняло на себя обязательства по организации передачи SMS-сообщений, формируемых ООО «Бифри» и его клиентами, абонентам операторов сотовой связи.

Согласно данным, предоставленным ООО «Бифри», 20 декабря 2009 года ООО «Бифри» заключило договор №2010/0901-6/12854-ТД с ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» (далее – Договор), согласно условиям которого ООО «Бифри» приняло на себя обязательство по оказанию ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» услуг по обработке и передаче SMS-сообщений, формируемых ЗАО «Торговый Дом «Перекресток», до SMS-центра операторов с целью их последующей передачи абонентам.

Во исполнение указанного Договора ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» был выделен аккаунт на сайте www.smsdirect.ru (далее – Сайт) и логин X5Club, в результате чего ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» получило возможность посредством Сайта ООО «Бифри» направлять SMS-сообщения с любым текстом абонентам на конкретные телефонные номера при условии соблюдения условий Договора и действующего законодательства Российской Федерации.

Данными Системы статистического учета приема-передачи сообщений (ССУПС) ООО «Бифри» подтверждается факт отправки ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» 29 декабря 2014 года в 11:18 SMS-сообщения с текстом «Копите бабочек, получайте скидку 50% на текстиль Dormeo» абоненту с номером ... посредством соединения с оборудованием ООО «Бифри».

Из информации, представленной по запросу ООО «Бифри» от ЗАО Торговый Дом «Перекресток», также следует, что абонент с номером ... предоставил свое согласие на получение SMS-сообщений информационного характера посредством телефонного разговора при звонке на горячую линию Клуба Перекресток (8-800-200-9555) 14 сентября 2013 года, что подтверждается записью телефонного разговора.

В целях подтверждения наличия у ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» согласия абонента еще на стадии проведения расследования письмом от 16 февраля 2015 года №03-01/130/607 запросило у ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» согласие абонента ... на SMS-рассылку с приложением записи телефонного разговора (документальное подтверждение наличия согласия абонента).

ЗАО «Торговый Дом «Перекресток», отвечая на вышеуказанный запрос, письмом от 25 февраля 2015 года №01-2/449 сообщило, что предоставить запись телефонного разговора не представляется возможным, так как на основании пункта 1.8 Приложения №1 к договору от 25 декабря 2012 года №121-ГР между ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» и ООО «Колл-Центр Инфотелл Групп» хранение записей телефонных разговоров осуществляется в течение 3 месяцев.

Кроме того, ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» пояснил, что SMS-сообщение на телефонный номер Л. было направлено в результате технической ошибки. За весь период пользования картой (начиная с 14 сентября 2013 года), зарегистрированной на телефонный номер ..., было направлено только одно вышеуказанное SMS-сообщение.

Из материалов дела №03-02/07-2015 усматривается, что суть всех услуг, оказанных ООО «Бифри», заключалась в обеспечении технической возможности, то есть в создании необходимых условий для формирования и отправки рассматриваемой рекламы в форме SMS-сообщения в сети сотовой связи. При этом, ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» самостоятельно, без участия ООО «Бифри» определяло абонентов и содержание SMS-сообщений.

Таким образом, отправка вышеуказанного SMS-сообщения была инициирована ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» с использованием технической системы ООО «Бифри» на основании договора от 20 декабря 2009 года №2010/0901-6/12854-ТД.

Учитывая, что ЗАО «Торговый Дом «Перекресток», совершая действия по передаче SMS-сообщения, определяло его получателей, комиссия Карельского УФАС России констатировала, что ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» является рекламодателем (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств). При этом рекламодатель не представил доказательств наличия у него согласия абонента на получение SMS-рекламы.

При рассмотренных обстоятельствах комиссия Карельского УФАС России посчитала, что, действия ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» по распространению 29 декабря 2014 года в 11:21 на телефонный номер Л. ... без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «Копите бабочек, получайте скидку 50% на текстиль Dormeo» совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона.

Согласно частям 4, 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» нарушение рекламодателем статьи 18 ФЗ «О рекламе» влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 1 статьи 1.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ) лицо, совершившее административное правонарушение, подлежит ответственности на основании закона, действовавшего во время совершения административного правонарушения.

Частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ установлена административная ответственность в виде административного штрафа для юридических лиц в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных [частями 2 - 5](#) настоящей статьи, [частью 4 статьи 14.3.1](#), [статьями 14.37](#), [14.38](#), [19.31](#) настоящего Кодекса.

По факту совершения административного правонарушения определением от 31 августа 2015 года «О возбуждении дела об административном правонарушении №03-03/44-2015 и проведении административного расследования» в отношении ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» было возбуждено настоящее дело об административном правонарушении и назначено проведение административного расследования.

В соответствии с указанным определением ЗАО «Торговый Дом «Перекресток»

надлежало в трехдневный срок со дня получения определения представить в адрес Карельского УФАС России объяснения и иные имеющиеся необходимые документы для рассмотрения по существу вменяемого правонарушения.

Копия определения была направлена как на юридический, так и на почтовый адреса ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» (получено 07 сентября 2015 года и 15 сентября 2015 года, соответственно).

Письмом от 28 сентября 2015 года №3723 (вх. №5028) ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» предоставило свою позицию по возбужденному делу, согласно которой общество первоначально указывало на тот факт, что распространенная информация на выделенный номер заявителя не подпадает под понятие «реклама», так как подобное сообщение было направлено только одному лицу. В том случае, если все же должностное лицо посчитает распространенную информацию рекламой, то ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» полагает, что подлежит освобождению от административной ответственности в соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ.

29 сентября 2015 года в отсутствие надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте составления и подписания протокола законного представителя ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» был составлен протокол об административном правонарушении.

В соответствии с определением от 29 сентября 2015 года «О назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении №03-03/44-2015» настоящее дело было назначено к рассмотрению на 15 часов 00 минут 13 октября 2015 года.

Согласно распечатке с сайта «Почта России» определение 07 октября 2015 года получено как по юридическому, так и по почтовому адресам.

Рассмотрение настоящего дела состоялось в назначенное время в присутствии представителя общества по доверенности.

Оценив в порядке статьи 26.11 КоАП РФ имеющиеся в материалах дела доказательства, должностное лицо Карельского УФАС России отмечает следующее.

Согласно части 1 статьи 2.1 КоАП РФ 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.

Пунктом 3 статьи 26.1 КоАП РФ установлено, что по делу об административном правонарушении выяснению подлежит виновность лица в его совершении.

Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

Общество не представило объективных доказательств невозможности соблюдения требований законодательства Российской Федерации о рекламе в силу чрезвычайных событий и обстоятельств, которые оно не могло предвидеть и предотвратить при соблюдении той степени заботливости и осмотрительности, которая от него требовалась.

Таким образом, рассматриваемое административное правонарушение является противоправным, виновным, лицо его совершившее, не могло не осознавать противоправный характер своих действий, но им не были предприняты все зависящие от него меры для соблюдения норм законодательства, ответственность за нарушение которых предусмотрена КоАП РФ.

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва

Время совершения административного правонарушения – 29 декабря 2014 года.

Установленной частью 1 статьи 4.5. КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе составляет один год со дня совершения административного правонарушения и в настоящее время не истек.

Обстоятельств, отягчающих или смягчающих административную ответственность, не установлено.

Касательно возможности применения статьи 2.9 КоАП РФ должностное лицо Карельского УФАС России отмечает, что квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место в исключительных случаях. При квалификации правонарушения в качестве малозначительного следует исходить из конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, свидетельствующими о малозначительности правонарушения, а учитываются при назначении наказания.

Оценив характер допущенного правонарушения и степень его общественной опасности, должностное лицо Карельского УФАС России не установило исключительных обстоятельств, свидетельствующих о его малозначительности.

В рассматриваемом случае существенная угроза охраняемым общественным отношениям выражается не в наступлении каких-либо материальных последствий правонарушения, а в пренебрежительном отношении Общества к исполнению своих публично-правовых обязанностей по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе.

В материалах дела отсутствуют обстоятельства, указывающие на возможность прекращения производства по настоящему делу; данное правонарушение не может быть признано и малозначительным.

Вместе с тем согласно части 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением

привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

В силу части 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания в соответствии с частью 3.2 настоящей статьи размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса.

Руководствуясь положениями статьи 4.1 КоАП РФ, исходя из конкретных обстоятельств дела, должностное лицо Карельского УФАС России считает возможным назначить ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» наказание в виде наложения административного штрафа ниже низшего предела, предусмотренного санкцией части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, в размере 50 000 рублей.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьями 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ, заместитель руководителя Карельского УФАС России Бабкин Константин Евгеньевич

ПОСТАНОВИЛ:

Наложить на юридическое лицо – ЗАО «Торговый Дом «Перекресток» за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, административный штраф в размере 50 000 (пятьдесят тысяч) рублей.

Реквизиты для перечисления штрафа:

Банк получателя: ГРКЦ НБ Республика Карелия Банка России

БИК 048602001

Получатель: ИНН 1001041153, КПП 100101001

Управление Федерального казначейства по Республике Карелия (Карельское УФАС России)

Счет № 40101810600000010006

ОКТМО 86701000

КБК 161 1 16 26000 01 6000 140

Назначение платежа: штраф за нарушение законодательства о рекламе (дело №03-03/44-2015).

Постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу в сроки, предусмотренные статьёй 31.1 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ, штраф должен быть уплачен не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу, либо со дня истечения сроков рассрочки, предусмотренных статьёй 31.5 КоАП РФ.

Согласно части 5 статьи 32.2 КоАП РФ, при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, по истечении шестидесяти дней со срока, указанного в части 1 данной статьи, соответствующие материалы направляются судебному приставу-исполнителю для взыскания суммы административного штрафа. Кроме того, составляется протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 КоАП РФ.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ, неуплата административного штрафа в установленный срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере неуплаченного административного штрафа либо административный арест на срок до пятнадцати суток.

В соответствии с частью 4 статьи 4.1 КоАП РФ назначение административного наказания не освобождает лицо от исполнения обязанности, за неисполнение которой административное наказание было назначено. В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

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.

Заместитель руководителя управления