

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу №03-03/13-2016 об административном правонарушении

28 апреля 2016 года

г. Петрозаводск

Я, врио руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Карелия <...>, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении №03-03/13-2016, возбужденного в отношении ООО «Страмедиа» (юридический адрес: 121087, г.Москва, ул.Тучковская, д.6 стр.1; ОГРН 1117746917848; ИНН/КПП 7730655080/773001001; дата регистрации: 15 ноября 2011 года) 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 законного представителя ООО «Страмедиа»,

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Карельского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе от 12 октября 2015 года по делу №03-02/24-2015 признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «River Lounge представляет: 1 мая в 22:00 концерт и вечеринка Юлии Коган с ночной прогулкой по Неве! Причал №1 на Румянцевском спуске! Инфо и резерв: <...>» (далее – смс-сообщение, смс-рассылка), распространенная 29 апреля 2015 года в 19:01 на абонентский номер <...> посредством SMS-сообщения без предварительного согласия абонента; действия ООО «Страмедиа» нарушающими часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В ходе рассмотрения дела установлено, что рекламораспространителем рекламы является ООО «Страмедиа».

В силу статьи 1 ФЗ «О рекламе» целями настоящего Закона 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.

Из пункта 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08 октября 2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» следует, что 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 <...> телефонный номер <...>, полностью подпадает под определение, содержащееся 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.

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 именно 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 ФЗ «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.

В соответствии с разъяснениям ФАС России от 5 декабря 2014 года №АК/49919/14 «О применении новых положений закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок» оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Материалами дела подтверждается, что телефонный номер <...>, выделенный заявителю, относится к номерной емкости оператора связи ОАО «Мобильные ТелеСистемы».

ОАО «МТС» в письме от 29 мая 2015 года №С301/0207и (вх. 01 июня 2015 года №2831) подтвердило, что указанное sms-сообщение рекламного характера с буквенными идентификаторами River поступили на сервисную платформу ОАО «МТС» с последующей доставкой 29 апреля 2015 года в 19:01 через SMS-центр ОАО «МТС» на абонентский номер <...>с короткого сервисного номера 1065, выделенного ООО «Крафт Телеком».

Оператор связи также сообщил, что не является рекламораспространителем, а в соответствии с агентским договором от 01 декабря 2014 года № D140755140 (далее – договор) ответственность за распространение SMS - сообщений с нарушением действующего законодательства несет ООО «Крафт Телеком».

Отвечая на запрос Карельского УФАС России от 18 июня 2015 №03-01/37/2705 ООО «Крафт Телеком» письмом (вх. от 01 июля 2015 года №3456) сообщило, что отправка вышеуказанного sms-сообщения была осуществлена исключительно в рамках исполнения договора от 28 октября 2014 года №1004, заключенного с ООО «Голден Телеком». Вместе с тем из приложенных к письму дополнительных документов следует, что у ООО «Голден Телеком» также заключен договор от 26 июня 2014 года №1226 с ООО «БашТелеСофт», а у последнего, в свою очередь, имеется

заключенный договор с ООО «Страмедиа».

Письмом от 17 августа 2015 года №25 (вх. от 31 августа 2015 года №4530) ООО «БашТелеСофт» предоставило дополнительные документы и сведения, из которых следует, что ООО «БашТелеСофт» предоставляет только доступ к программному приложению на основании заключенного с ООО «Страмедиа» №ДУ 241202/14 возмездного оказания услуг договора от 24 декабря 2014 года, само Общество не является создателем (изготовителем) и распространителем смс-сообщений, никаких рассылок не производит (что следует из пункта 3.14 договора). ООО «Страмедиа» самостоятельно (после авторизации по логину и паролю) производит все необходимые действия, начиная с момента подготовки текста и, заканчивая отправкой абонентам.

Кроме того, из пункта 1.2 договора от 24 декабря 2014 года №ДУ 241202/14 следует, что ООО «БашТелеСофт» не имеет технической возможности контролировать содержимое передаваемой информации, номера абонентов и подпись; а пункт 6.3 названного договора предусматривает обязанность ООО «Страмедиа» гарантировать наличие письменного согласия абонентов или адресатов на обработку персональных данных и получение смс у клиентов.

Платежным поручением №107 от 20 мая 2015 года подтверждается внесение ООО «Страмедиа» на счет ООО «Баш ТелеСофт» платы по счету от 30 апреля 2015 года №278 за услуги доступа к программному приложению.

Таким образом, анализируя договорные отношения указанных выше лиц, комиссия Карельского УФАС России пришла к выводу, что именно ООО «Страмедиа» в силу пункта 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» является рекламораспространителем поступившего на абонентский номер заявителя смс-сообщения.

Кроме того, комиссия отмечает, что ООО «Страмедиа» не представило в адрес антимонопольного органа согласие абонента <...> (<...>) на смс-рассылку.

Согласно части 3 статьи 54 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений (статья 165.1 ГК РФ), доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

В соответствии с частью 1 статьи 165.1 ГК РФ заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю. Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

Таким образом, ООО «Страмедиа» при рассмотрении дела №03-02/24-2015 уклонилось от содействия Карельскому УФАС России в установлении

обстоятельств, подлежащих установлению по делу о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе, и от своей защиты.

Таким образом, действия ООО «Страмедиа» по распространению 29 апреля 2015 года в 19:01 на телефонный номер <...> <...> без его предварительного согласия рекламы следующего содержания: «River Lounge представляет: 1 мая в 22:00 концерт и вечеринка Юлии Коган с ночной прогулкой по Неве! Причал №1 на Румянцевском спуске! Инфо и резерв: <...>» совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно части 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе», нарушение рекламодателем части 1 статьи 18 Закона, влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ установлена административная ответственность в виде административного штрафа на юридических лиц от ста тысяч до пятисот тысяч рублей за нарушение рекламодателем 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 совершенного административного правонарушения в адрес ООО «Страмедиа» было направлено уведомление о составлении протокола об административном правонарушении, согласно которому законному представителю Общества надлежало явиться 14.04.2016 в 15 часов 00 минут для дачи объяснений по факту вменяемого правонарушения, а также для составления и подписания протокола об административном правонарушении.

Уведомление о составлении протокола об административном правонарушении было получено Обществом 09.10.2015.

Согласно сведениям, с сайта Почты России – www.pochta.ru 30 марта 2016 года, почтовое отправление по адресу регистрации ООО «Страмедиа» не получено.

Следует отметить, что вся корреспонденция, направляемая по делу № 03-02/24-2015 по юридическому адресу ООО «Страмедиа», была возвращена с пометкой «истечение срока хранения».

В соответствии с пунктом 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 №61 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица» следует учитывать, что в силу подпункта «в» пункта 1 статьи 5 Федерального закона от 08.08.2001 №129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» адрес постоянно действующего исполнительного органа юридического лица (в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа юридического лица - иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности) отражается в едином государственном реестре юридических лиц (далее - ЕГРЮЛ) для целей осуществления связи с юридическим лицом.

Юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых

сообщений, поступивших по его адресу, указанному в ЕГРЮЛ, а также риск отсутствия по этому адресу своего представителя, и такое юридическое лицо не вправе в отношениях с лицами, добросовестно полагавшимися на данные ЕГРЮЛ об адресе юридического лица, ссылаться на данные, не внесенные в указанный реестр, а также на недостоверность данных, содержащихся в нем (в том числе на ненадлежащее извещение в ходе рассмотрения дела судом, в рамках производства по делу об административном правонарушении и т.п.), за исключением случаев, когда соответствующие данные внесены в ЕГРЮЛ в результате неправомερных действий третьих лиц или иным путем помимо воли юридического лица (пункт 2 статьи 51 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Таким образом, следует считать, что ООО «Страмедиа» надлежащим образом уведомлено о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении и им не представлены объяснения по существу вменяемого правонарушения.

14.04.2016 в 15 часов 00 минут по факту правонарушения в отсутствие надлежащим образом извещенного о времени и месте составления протокола законного представителя Общества составлен протокол об административном правонарушении.

Определением от 14.04.2016 «О назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении №03-03/13-2016» настоящее дело было назначено к рассмотрению на 28.04.2016 в 15 часов 00 минут.

Согласно сведениям, с сайта Почты России – www.pochta.ru 20.04.2016 года, протокол и указанное определение получено ООО «Страмедиа».

Рассмотрение настоящего дела состоялось в назначенное время.

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).

ООО «Страмедиа» 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.

В соответствии с 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.

Датой совершения административного правонарушения является дата обнаружения данной рекламы - 29.04.2015. Таким образом, срок давности для привлечения к административной ответственности на момент вынесения постановления не истек.

Место совершения данного административного правонарушения - город Москва.

Руководствуясь пунктом 1 части 1 статьи 4.2 КоАП РФ в качестве смягчающего административную ответственность обстоятельства принимается добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение.

Касательно возможности применения статьи 2.9 КоАП РФ должностное лицо Карельского УФАС России отмечает следующее.

Статьей 2.9. КоАП РФ предусмотрено, что 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 замечанием.

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. Данное правонарушение посягает на установленный нормативными правовыми актами порядок предоставления потребителю информации о продавце товаров

при дистанционном способе их продажи.

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

Карельским УФАС России предприняты все меры для реализации ООО «Страмедиа» своих прав и защиты законных интересов.

На основании вышеизложенного, руководствуясь статьями 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ, врио руководителя Карельского УФАС России

ПОСТАНОВИЛ:

Наложить на юридическое лицо – ООО «Страмедиа» за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, административный штраф в размере 100 000 (сто 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 №03-03/13-2016).

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.