ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № А17/390-14.3

об административном правонарушении

22.11.2017г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России), <…>, рассмотрев материалы дела №А17/390-14.3, возбужденного в отношении ООО «<…>» (адрес местонахождения: 620072, Свердловская обл., г. Екатеринбург, ул. <…>, ИНН 6670331129, КПП 667001001, ОГРН 1116670006507, дата регистрации: 11.03.2011г.), в отсутствии законного представителя ООО «<…>», надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления и подписания протокола об административном правонарушении (о чем свидетельствует ходатайство (вх.№8815 от 22.11.2017г.) о рассмотрении дела в отсутствие представителя ООО «<…>»), которому права лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, закрепленные ст.25.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ, Кодекс) разъяснены в протоколе от 08.11.2017 №А17/380-14.3,

У С Т А Н О В И Л:

Определением Тюменского УФАС России от 26.10.2017г. № А17/390-14.3 в отношении ООО «<…>» возбуждено производство по делу об административном правонарушении № А17/390-14.3 по ч.1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ). Проведено административное расследование, которым установлено следующее.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России) поступили заявления граждан <…> (вх.№ 9572 от 16.12.2016), <…> (вх.9574 от 16.12.2016) и <…> (вх.9575 от 16.12.2016), указывающие на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении смс-сообщений рекламного характера.

Из заявлений следует, что на принадлежащие заявителям абонентские номера поступили сообщения следующего содержания: «*Ремонт и обслуживание автомобилей Nissan «Белый сервис» 8(3452)594459 г.Тюмень ул.Республики 256/3*». Как указывают заявители, согласия на SMS-рассылку рекламного характера они не давали.

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № Р17/36-18 от 25.10.2017г. признана ненадлежащей реклама, содержащаяся в SMS-сообщении, поступившем 25.11.2016 на абонентский номер <...> следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей Nissan «Белый сервис» 8(3452)594459 г. Тюмень ул. Республики 256/3», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № Р17/37-18 от 11.10.2017г. признана ненадлежащей реклама, содержащаяся в SMS-сообщении, поступившем 25.11.2016 на абонентский номер <...> следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей Nissan «Белый сервис» 8(3452)594459 г. Тюмень ул. Республики 256/3», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № Р17/41-18 от 25.10.2017г. признана ненадлежащей реклама, содержащаяся в SMS-сообщении, поступившем 25.11.2016 на абонентский номер <...> следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей Nissan «Белый сервис» 8(3452)594459 г. Тюмень ул. Республики 256/3», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

08.11.2017г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ООО «<…>» был составлен протокол об административном правонарушении № А17/390-14.3.

Исследовав материалы административного дела, установлено следующее.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, 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

р ы н к е . 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.

Из материалов дела следует, что ООО «<…>», без согласия абонентов <…>, <…>и <…>., на принадлежащие им абонентские номера +7<…>, +7<…> и +7<…> 25.11.2016г. направило сообщения следующего содержания: «*Ремонт и обслуживание автомобилей Nissan «Белый сервис» 8(3452)594459 г.Тюмень ул.Республики 256/3*».

Указанная информация является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В данном случае 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.

Согласно статье 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до

сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимость от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

По смыслу приведенной нормы права, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Кроме того, Законом о рекламе не оговорено количество рекламораспространителей, могущих принимать участие в распространении определенной рекламы.

Таким образом, количество рекламораспространителей, участвовавших в рекламной sms-рассылке определяется не только набором и отправкой сообщения конечным лицом, но и фактически созданными и/или предоставленными возможностями для распространения рекламы иными лицами, которые осуществляют набор и отправку сообщений.

Рассматриваемая реклама была направлена ООО «<…>» как Заказчиком в соответствии с Договором №48 от 03.11.2016 г., по которому ООО «<…>» (далее - Исполнитель) обязуется обеспечить ООО «<…>» (далее – Заказчик) доступ к системе, позволяющей формирование, доставку и подтверждение о доставке sms и e-mail – сообщений в течение определенного периода.

Согласно п. 3.2.2 Договора №48 от 03.11.2016 г., Заказчик обязан соблюдать требования действующего законодательства РФ: ФЗ РЗ «О рекламе» №38 от 13.03.2006 года в действующей на момент исполнения договора редакции, а так же иных нормативно-правовых актов, регламентирующих рассматриваемый вид правоотношений. Заказчик гарантирует, что содержание sms-сообщений и e-mail-сообщений соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе нормам законов об охране авторских и иных прав на объекты интеллектуальной собственности, о рекламе, действующих на территории РФ, законодательству об охране прав личности, религиозных и общественных убеждений, национального достоинства, а также нормам международного права. Заказчик самостоятельно и в полном объеме несет ответственность, установленную действующим законодательством РФ, за несоблюдение или ненадлежащее соблюдение установленного настоящим пунктом Договора требований.

Согласно п. 3.2.3 Договора №48 от 03.11.2016 г., Заказчик в обязательном порядке обязан получить от получателя сообщения, на мобильный терминал которого планируется отправка sms-сообщений или e-mail-адреса которого планируется отправка сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть использована в качестве безоговорочного доказательства добровольного согласия Получателя сообщения на получение SMS и E-mail-сообщений. Такое согласие должно быть получено Заказчиком предварительно.

Согласно п. 3.2.4 Договора №48 от 03.11.2016 г., по запросу Исполнителя, Заказчик обязан предоставить надлежащим образом заверенную копию анкеты в установленной форме на получение информационных данных, распространяемых Заказчиком.

Исходя из анализа упомянутых положений Договора №48 от 03.11.2016 г., представляется возможным сделать вывод о том, что распространение SMS-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «<…>» к ООО «<…>», который осуществляет передачу таких сообщений.

Таким образом, ООО «<…>» является рекламораспространителем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Вместе с тем, согласно пояснениям ООО «<…>» (вх.№8774 от 21.11.2017г.), также участвовавшем в передаче сообщения, в материалы дела №Р17/41-18 Обществом ошибочно представлена информация о том, что рассматриваемое смс-сообщение поступило на оборудование ООО «<…>» от ООО «<…>», поскольку в распространении рассматриваемого сообщения участвовало ООО «<…>».

Таким образом, поскольку материалами дела установлено, что ООО «<…>» не участвовало в передаче сообщения 25.11.2016г. на абонентский номер <...> (дело №Р17/41), а следовательно, не направляло данное сообщение для дальнейшего направления получателю через ООО «<…>», в действиях ООО «<…>» отсутствует состав правонарушения в части направления спорного сообщения на абонентский номер <...> <…>.

Согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Согласно п. 12 ст. 2 Закона о Связи, оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Закон о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно п. 16 ст. 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно п. 32 ст. 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Статья 44.1 Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Закона о Связи.

В соответствии с ч. 1 ст. 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить,

кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

В соответствии с ч. 2 ст. 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, закрепляет положение, согласно которому 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.

В силу ч. 3 ст. 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, осуществляемая с нарушением требований настоящего Федерального закона, является незаконной, за исключением рассылки сообщений в целях информирования абонента в связи с перенесением абонентского номера, иных сообщений, которую оператор связи обязан осуществлять в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также рассылки сообщений по инициативе федеральных органов исполнительной власти, органов государственных внебюджетных фондов, исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, местных администраций и других органов местного самоуправления, осуществляющих исполнительно-распорядительные полномочия в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В соответствии с ч. 6 ст. 45 Закона о Связи, абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование (оконечное оборудование) коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, за исключением сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Оператор подвижной радиотелефонной связи без взимания платы с абонента обязан прекратить рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи на пользовательское оборудование (оконечное

оборудование) абонента с абонентского номера или уникального кода идентификации, указанных в обращении абонента.

В силу ч. 1 ст. 46 Закона о Связи, оператор связи обязан прекратить оказание услуг связи по пропуску по своей сети трафика, содержащего осуществляемую с нарушением требований настоящего Федерального закона рассылку.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о рекламе, 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.

Пунктом 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрено, 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Из анализа указанного Договора №48 от 03.11.2016 г. и законодательства Российской Федерации следует, что ООО «<…>» участвовало в передаче рассматриваемого SMS-сообщения рекламного характера, а следовательно, является рекламораспространителем и обязано при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки, оформленное документально, т.е. письменное согласие.

Согласно письменным пояснениям ООО «<…>» в рамках рекламных дел (вх.№7948 от 20.10.2017г., вх.№7947 от 20.10.2017г.), Общество является рекламораспространителем указанной рекламы. Отправка данного сообщения производилась в рамках рекламной компании по поручению ООО «<…>» в рамках договора б/н от 12.10.2016г.

На основании изложенного, у ООО «Атлантик» имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия Абонентов на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию.

Вместе с тем, у ООО «<…>» отсутствуют письменные согласия

абонентов <…>и <…>на получение рекламы посредством направления SMS-сообщений, таким образом, имеются признаки административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, в соответствии с которой, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Таким образом, ООО «<…>», распространяя вышеуказанную рекламу, без предварительного согласия потребителей на получение рекламы, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьей 14.3 КоАП РФ.

Субъектом административного правонарушения по делу № А17/390-14.3 выступает – ООО «<…>» (адрес местонахождения: 620072, Свердловская обл., г. Екатеринбург, ул. <…>, ИНН 6670331129, КПП 667001001, ОГРН 1116670006507, дата регистрации 11.03.2011г.).

В соответствии с частью 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.

Антимонопольным органом установлено, что ООО «<…>» при должной внимательности и осмотрительности при распространении рекламы могло предвидеть последствия – возможность нарушения законодательства о рекламе, имело возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предприняло всех зависящих от него мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дел, – 25.11.2016г.

Дело об административном правонарушении № А17/390-14.3 в соответствии с ч.3 ст.4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ООО «<…>» правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Совершенное ООО «<…>» правонарушение посягает на установленные

нормативными правовыми актами гарантии на защиту потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку требования законодательства о рекламе, а также установление в части 1 статьи 14.3 КоАП РФ административной ответственности за их нарушение направлены на охрану прав потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку потребители признаются слабой стороной данных отношений, не обладающих специальными познаниями.

Доказательств малозначительности совершенного правонарушения при рассмотрении дела не установлено. Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законом требований, при рассмотрении дела не установлены.

ООО «<…>» в 2017г. уже привлекалось к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе. Постановлением Тюменского УФАС России от 10.10.2017г. №А17/264-14.3 к ООО «<…>» применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 100000 рублей.

Таким образом, совершение правонарушения повторно признается обстоятельством, отягчающим административную ответственность.

На основании изложенного, учитывая характер и степень виновности лица, привлекаемого к административной ответственности, причины и условия совершения административного правонарушения, руководствуясь статьями 2.4, 14.3, 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

П О С Т А Н О В И Л :

1. Применить к ООО «<…>» (адрес местонахождения: 620072, Свердловская обл., г. Екатеринбург, ул. <…>, ИНН 6670331129, КПП 667001001, ОГРН 1116670006507, дата регистрации 11.03.2011г.), меру ответственности в виде административного штрафа в размере **100 000 (сто тысяч)** рублей за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3. КоАП РФ.

2. Сумму штрафа надлежит уплатить по следующим реквизитам:

Наименование получателя: Управление федерального казначейства Министерства финансов России по Тюменской области (Тюменское УФАС России)

ИНН 7202081799, КПП 720301001

счет 40101810300000010005

банк получателя: отделение Тюмени г. Тюмень

БИК 047102001, ОКТМО 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 26000 01 6000 140

УИН: 16117112200001013265 **(указывать обязательно!!!)**

Назначение платежа: «Денежные (штрафы) взыскания за нарушение законодательства о рекламе».

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1 КоАП, а также частью 1 статьи 30.3 КоАП постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно статье 31.1 КоАП 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.

Дата вручения (получения) настоящего постановления: 08.01.2018г.

Дата вступления настоящего постановления в законную силу: 08.01.2018г.

Отметка о неуплате должником назначенного административного штрафа: нет сведений об уплате административного штрафа.

Срок предъявления исполнительного документа к исполнению: 08.01.2020г.

Заместитель

руководителя управления <…>