

## ПОСТАНОВЛЕНИЕ

### о наложении штрафа по делу об административном правонарушении

город Омск  
№

Дело

16 июля 2019 года  
557/2019

055/04/14.3-

Врио руководителя управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) <...>, рассмотрев протокол об административном правонарушении от 04 июля 2019 года и другие материалы дела, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью «ОНИКС Трейдинг», ИНН 7726664484, ОГРН 1107746899590, местонахождение: <...> (далее – ООО «ОНИКС Трейдинг», Общество),

в отсутствие законного представителя ООО «ОНИКС Трейдинг» (ходатайство от 16.07.2019 вх. № 7266э)

#### УСТАНОВИЛА:

Решением Комиссии Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 13 июня 2019 года по делу № 055/05/18-413/2019 действия ООО «ОНИКС Трейдинг», выразившиеся в направлении 25.12.2018 в 10:07 часов на абонентский номер <...> заявителя <...> рекламного смс-сообщения без предварительного согласия абонента на получение рекламы, были признаны нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»).

Комиссией Омского УФАС России также было принято решение о передаче материалов дела уполномоченному должностному лицу Омского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Дело об административном правонарушении № 055/04/14.3-557/2019 было возбуждено протоколом от 04 июля 2019 года.

В результате рассмотрения протокола об административном правонарушении и иных материалов дела должностным лицом, рассматривающим дело об административном правонарушении, установлено следующее.

В адрес Омского УФАС России поступило заявление <...> по факту направления 25.12.2018 в 10:07 (по омскому времени) на его абонентский номер <...> смс-сообщения рекламного характера: «Только 3 дня – 50% на ВСЕ СЕРЕБРО! Новые коллекции 2019 от 490р! Успейте!» от отправителя, имеющего обозначение **SUNLIGHT**.

По утверждению заявителя, данная реклама была отправлена с помощью смс-сообщения без его предварительного согласия, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», в силу которой распространение

рекламы посредством радиотелефонной связи допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи ([www.gossvyaz.ru](http://www.gossvyaz.ru)), номер отправителя <...> принадлежит номерной емкости, закрепленной за оператором подвижной связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» (Омская область).

На запрос Омского УФАС России ПАО «ВымпелКом» была представлена информация (вх. № 33/ДСП от 17.01.2019), согласно которой «...отправителем (реklamораспространителем) указанного в запросе SMS – сообщения, поступившего 25.12.2018 года в 10 часов 07 минут на номер <...> является ООО «Девино Телеком» (<...>...».

В ответе от 01.02.2019 б/н ООО «Девино Телеком» сообщило, что «... Рекламораспространителем указанного SMS-сообщения является ООО «ОНИКС Трейдинг», которому принадлежит буквенный номер «SUNLIGHT», зарегистрированный по адресу: <...>...».

ООО «ОНИКС Трейдинг» в письме от 28.03.2019 вх. № 3079 дословно указало, что «... Лицо, определяющее содержание и объект рекламы, рекламопроизводитель и рекламораспространитель является ООО «ОНИКС Трейдинг»...

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» представляет ООО «ОНИКС Трейдинг» техническую возможность по отправке СМС-сообщений, путем формирования заявки в программе 1 С, на основании договора оказания услуг № ДТ-К/023877 от 21.07.2014 г.

Дополнительно в письмах от 28.03.2019 вх. № 3079 и от 04.07.2019 вх. № 6861э/1 Общество сообщило: «...Абонент <...>, <...> года рождения является членом клуба «SUNLIGHT», 29.01.2016 г. при посещении магазина ювелирной сети «SUNLIGHT» абонент предоставил свои персональные данные и согласившись с условиями участия в клубе «SUNLIGHT», получив подарок по совместной с другими компаниями акции и клубную карту № 109323601, в том числе дал согласие на получение текстовых и голосовых сообщений на указанный им номер своего мобильного телефона, подтвердив это кодом, направленным на номер абонента, о чем свидетельствует информация в базе данных клиентов: Валидность телефона подтверждена. Согласно данных программы с информацией о членах клуба «SUNLIGHT» (скрин с 1с прикладываем), абонент получил подарок – в магазине Санлайт 29.01.2016 г., по акции совместной с «АШАН». Согласно условиям участия в аналогичных совместных акциях, размещенных на сайте компании, вместе с подарком клиент становится участником клуба «SUNLIGHT». Обязательным условием получения подарка является личное подтверждение персонального номера телефона при регистрации в акции.

Одним из условий участия в программе клуба «SUNLIGHT» является согласие лица, на получение от ООО «ОНИКС Трейдинг», распространяемой по сетям электросвязи, включая в том числе: текстовое сообщение (SMS) на указанные лицом, заполняющим анкету, принадлежащие лицу, заполняющему анкету, номера телефонов, предусмотренные п. 1.12 правил участия в программе «Клуба SUNLIGHT...».

В статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») даны основные понятия, используемые в настоящем законе: **абонент** - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; **электросвязь** - 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.

Согласно пункту 1 статьи 44.1 Федерального 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.

При этом Федеральный закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», **согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя-распространителя.** Вместе с тем согласие 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.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение **именно рекламы**, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя-распространителя.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама **форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.**

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом

навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Согласно пояснениям ПАО «ВымпелКом» (вх. № 33/ДСП от 17.01.2019) **абонентом номера <...> является <...>**.

При этом каких-либо доказательств, свидетельствующих о наличии согласия <...> (абонентский номер <...>) на получение рекламы от ООО «ОНИКС Трейдинг» в Омское УФАС России представлено не было.

Кроме того Обществом не представлено доказательств того, что абонентский номер <...> был указан <...> при заполнении анкеты (анкета отсутствует).

Как указывает ООО «ОНИКС Трейдинг» в объяснениях по делу об административном правонарушении (вх. № 7266э от 16.07.2019): «...Датой вступления в клуб является дата посещения магазина ювелирной сети «SUNLIGHT» и получение клубной карты № 109323601, когда абонент решила поучаствовать в совместной акции с «АШАН» для получения подарка, предоставила свои персональные данные, согласие на получение текстовых и голосовых сообщений на указанный ею номер мобильного телефона, согласилась с условиями участия в клубе «SUNLIGHT»

Предоставление согласия абонентом на получение текстовых и голосовых сообщений подтверждается введением кода, который был направлен на указанный номер телефона, о чем свидетельствует информация в базе данных клиентов: «Валидность телефона подтверждена». То есть, на номер <...> указанный Глущенко Татьяной, поступило смс-сообщение с кодом, который она ввела при регистрации личного кабинета и только после этого стала членом клуба...

На основании п. 1.12 Правил участия в программе «Клуба «SUNLIGHT» Участник имеет возможность отписаться от рекламных рассылок, оставаясь при этом участником клуба «SUNLIGHT» и сохраняя все предусмотренные таким участием преимущества. Таким образом, предоставление согласие на получение рекламных рассылок является основанием для вступления в клуб «SUNLIGHT»...».

Вместе с тем, представленные Обществом доказательства (скрин из программы 1 С) не позволяют с достоверностью определить предоставление <...> при посещении магазина ювелирной сети «SUNLIGHT» безоговорочного согласия на получение ею рекламной информации, а также не подтверждают того, что она была ознакомлена с условиями участия в клубе «SUNLIGHT», а также не опровергает того, что абонентом номера телефона, на который была отправлена СМС-реклама, являлся <...>.

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно пункту 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из данного определения, ООО «ОНИКС Трейдинг» является рекламораспространителем т.е. лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе», несет рекламодатель.

Согласно **части 1 статьи 14.3** Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, 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 силу части 1 статьи 2.10 КоАП РФ юридические лица подлежат административной ответственности за совершение административных правонарушений в случаях, предусмотренных статьями раздела II настоящего Кодекса или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях.

Таким образом, ООО «ОНИКС Трейдинг», имея возможность для соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» и не приняв все зависящие от Общества меры по их соблюдению, распространив ненадлежащую рекламу, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее также – КоАП РФ).

Вина ООО «ОНИКС Трейдинг» в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, доказана и подтверждается материалами дела об административном правонарушении № 055/04/14.3-557/2019.

Местом совершения административного правонарушения является место получения смс-сообщения: Российская Федерация, Омская область, г. Омск.

Временем совершения административных правонарушений является дата направления смс-сообщения на номер заявителя, а именно: 25.12.2018 в 10:07 часов.

Протокол по делу об административном правонарушении № 055/04/14.3-557/2019 был составлен 04 июля 2019 года уполномоченным должностным лицом Омского УФАС России в отсутствие ООО «ОНИКС Трейдинг», извещенного надлежащим образом.

Копии протокола об административном правонарушении и определения о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении № 055/04/14.3-557/2019 были направлены в адрес ООО «ОНИКС Трейдинг» (117105, г. Москва, Новоданиловская набережная, д. 4, эт. 4, оф. 12) заказным письмом 04.07.2019 от 06-7646 (почтовый идентификатор 64497336946931).

На момент рассмотрения настоящего дела об административном правонарушении сроки давности привлечения к административной ответственности, установленные статьей 4.5 КоАП РФ, не истекли.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение ООО «ОНИКС Трейдинг» установленных Федеральным законом «О рекламе» требований, а также обстоятельства, вынуждающие Общество действовать в состоянии крайней необходимости, при рассмотрении дела не установлены.

При назначении наказания должностным лицом, рассматривающим дело № 055/04/14.3-557/2019, учитываются общие правила назначения административного наказания, предусмотренные статьей 4.1 КоАП РФ.

Обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности совершенного административного правонарушения, должностным лицом Омского УФАС России, уполномоченным на рассмотрение дела об административном правонарушении, не усматривается.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность ООО «ОНИКС Трейдинг» (статья 4.2 КоАП РФ), не установлено.

Согласно пункту 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ отягчающим обстоятельством признается повторное совершение однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 настоящего Кодекса за совершение однородного административного правонарушения.

Указанная норма отражена в пункте 19.1 Постановления Пленума № 10 «...в силу пункта 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ одним из обстоятельств, отягчающих административную ответственность, является повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный статьей 4.6 КоАП РФ.

*При применении указанной нормы судам следует учитывать, что однородными считаются правонарушения, ответственность за совершение которых предусмотрена одной статьей Особенной части КоАП РФ...».*

ООО «ОНИКС Трейдинг» в течение 2019 года привлекалось к административной ответственности по статье 14.3 КоАП РФ постановлением Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по делу № 123-14.3ч.1/18 от 14.01.2019.

В соответствии с общими правилами назначения административного наказания, основанными на принципах справедливости, соразмерности и индивидуализации ответственности, административное наказание за совершение административного правонарушения назначается в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение, в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Оценив характер и обстоятельства совершенного ООО «ОНИКС Трейдинг» административного правонарушения, должностное лицо пришло к выводу о необходимости назначения наказания в виде административного штрафа, поскольку назначенное административное наказание будет соответствовать принципам законности, справедливости, неотвратимости и целесообразности юридической ответственности.

На основании изложенного, руководствуясь **статьями 14.3, 23.48, частью 1 статьи 29.9, частями 3.2 и 3.3 статьи 4.1** Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛА:

Признать общество с ограниченной ответственностью «ОНИКС Трейдинг» (ИНН 7726664484, ОГРН 1107746899590) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и назначить ему наказание в виде **административного штрафа** в размере **101 000 (Сто одной тысячи) рублей**.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях штраф должен быть уплачен ООО «ОНИКС Трейдинг» не позднее **шестидесяти дней** со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки.

Сумма административного штрафа вносится или перечисляется лицом, привлеченным к административной ответственности, в бюджет по следующим реквизитам:

Банк получателя: Отделение по Омской области Сибирского главного управления Центрального банка Российской Федерации

ИНН 5503023028 КПП 550401001

Получатель: УФК по Омской области (Управление федеральной антимонопольной службы по Омской области)

БИК 045209001

Счет № 40101810100000010000

Код бюджетной классификации **16111626000016000140** «Денежные взыскания (штрафы) за нарушение законодательства о рекламе»

Код ОКТМО 52701000 УИН 16100500000000154883

Назначение платежа: Административный штраф в соответствии со статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях по делу № 055/04/14.3-557/2019.

**ВНИМАНИЕ! В случае оплаты административного штрафа платежный документ в ОБЯЗАТЕЛЬНОМ ПОРЯДКЕ должен содержать сведения о номерах идентификатора начисления и идентификатора плательщика, указанных в верхней части прилагаемых к настоящему постановлению бланков извещения и квитанции.**

Согласно части 5 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в части 1 или 1.1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, изготавливают второй экземпляр указанного постановления и направляют его в течение десяти суток (а в случае, предусмотренном частью 1.1 настоящей статьи, в течение одних суток) судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством. В случае изготовления второго экземпляра постановления о наложении административного штрафа в форме электронного документа,

юридическая сила которого подтверждена усиленной квалифицированной электронной подписью в соответствии с законодательством Российской Федерации, указанный второй экземпляр направляется судебному приставу-исполнителю в электронном виде по информационно-телекоммуникационным сетям. Кроме того, должностное лицо федерального органа исполнительной власти, структурного подразделения или территориального органа, иного государственного органа, рассмотревших дело об административном правонарушении, либо уполномоченное лицо коллегиального органа, рассмотревшего дело об административном правонарушении, составляет протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный штраф.

Согласно части 1 статьи 20.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях неуплата административного штрафа в установленный срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В соответствии с частями 1, 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

По истечении этого срока необжалованное и неопротестованное постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу и обращается к исполнению.

Врио руководителя управления <...