

## ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу (далее - Санкт-Петербургское УФАС России, Управление) <...>, рассмотрев материалы дела об административном правонарушении № РШ11-02/15, возбужденного 05.02.2015 протоколом об административном правонарушении №РШ11-02/15 в отношении ЗАО «Первая Помощь» (ОГРН 1037821003120, ИНН/КПП 7810124293/781401001, юридический адрес: 197374, г. Санкт-Петербург, ул. Оптиков, д.4, пом. 68-Н),

### УСТАНОВИЛ:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее – Коми УФАС России) поступило заявление <...> (далее – <...>, заявитель) от 05.03.2014, направленное ФАС России письмом от 06.03.2014 (вх. № 544эл. от 06.03.2014) о распространении 05.03.2014 в 14 часов 34 минуты посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «До 9 марта в аптеках «Первая Помощь» скидка 20% ВСЕМ на косметику! Подробности акции по телефону 324-44-00» (далее – рассматриваемая реклама).

По указанному факту определением № 03-01/3784 от 07.05.2014 Коми УФАС России возбуждено дело № Р 31-05/14 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в отношении ЗАО «Первая Помощь».

Из материалов дела № Р 31-05/14 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о рекламе реклама – 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.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения;
- адресована неопределенному кругу лиц (поскольку из текста сообщения не следует, что информация предполагалась для конкретного абонента);
- направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования: аптекам «Первая Помощь» и реализуемой в них косметике, формирование и поддержание интереса к ним, и их продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация, распространенная 05.03.2014 в 14 часов 34 минуты посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения на абонентский номер <...>, является рекламой.

В силу положений, установленных ч. 1 ст. 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. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно п. 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

<...> указывает, что согласие (письменное или устное) на получение рассматриваемой рекламы им не давалось.

При таких обстоятельствах рассматриваемая реклама распространена в нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Согласно ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет ответственность рекламодатель.

В силу п. 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рассматриваемая реклама поступила в форме смс-сообщения с номера +79037011111. Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (Россвязь), абонентский номер <...> входит в диапазон номеров, выделенный оператору сотовой ОАО «Вымпел-Коммуникации» ([http://www.rossvyaz.ru/activity/num\\_resurs/registerNum/](http://www.rossvyaz.ru/activity/num_resurs/registerNum/)).

Из письменных пояснений и копий документов, представленных ОАО «Вымпел-Коммуникации» в Коми УФАС России, следует, что отправителем смс-сообщения, содержащего рассматриваемую рекламу, является ООО «ИнфоБип».

В материалах рекламного дела имеются письменные пояснения ООО «ИнфоБип», согласно которым ООО «ИнфоБип» оказывает услуги по приему и передаче смс-сообщений, являясь технологическим посредником между заказчиками.

Согласно п. 2.1 договора № 1501201001, заключенного 15.01.2010 между ООО «ИнфоБип» (исполнитель) и ООО «ИМОБИС» (заказчик), копия которого имеется в материалах рекламного дела, исполнитель предоставляет за плату заказчику услуги по предоставлению доступа к системе в течение определенного периода в

определенном объеме в соответствии с действующими тарифами исполнителя, согласованными сторонами и правилами предоставления услуг.

При этом в соответствии с п. 1.5 договора под системой понимается информационная система исполнителя, комплекс программно-технических средств и организационных мероприятий, позволяющих заказчику зарегистрироваться, отправлять, отслеживать статус и получать подтверждение о доставке смс, контролировать свой счет и статистику операций с смс.

Согласно пункту 5.3 договора исполнитель не несет ответственности за содержание смс-сообщений, рассылаемых заказчиком с использованием системы.

Правилами предоставления услуг (приложение № 2 к договору) предусмотрено, что заказчик обязуется использовать услугу в соответствии с нормами законодательства РФ о рекламе и только для передачи информации абонентам, от которых получено согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена оператору и не оставляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности абонента на получение смс с информацией заказчика.

Из письменных пояснений ООО «ИМОБИС», имеющих в материалах рекламного дела, следует, что лицом, распространившим рассматриваемую рекламу, является ЗАО «Первая Помощь».

Между ООО «ИМОБИС» и ЗАО «Первая Помощь» 09.01.2013 заключен договор № 01-12/s, копия которого имеется в материалах рекламного дела.

Согласно п. 1.1 договора, исполнитель (ООО «ИМОБИС») оказывает за плату заказчику (ЗАО «Первая Помощь») услуги по обеспечению доступа к системе, в соответствии с действующими тарифами исполнителя, согласованными сторонами в приложении № 1 к настоящему договору.

В соответствии с п. 4.3 договора исполнитель не является создателем (изготовителем) и распространителем смс-сообщений, начиная с момента подготовки текста смс-сообщения, его редактирования заканчивая отправкой смс-сообщений подписчикам, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение смс-сообщений и их содержание, в полном объеме несет Заказчик. Под подписчиками согласно договору понимается абонент, добровольно подписавшийся на получение смс-сообщений от заказчика в форме, которая в случае необходимости может служить безоговорочным тому подтверждением.

Из материалов рекламного дела усматривается, что суть всех услуг, оказанных ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «ИнфоБип» и ООО «ИМОБИС», заключалась в обеспечении технической возможности, то есть в создании необходимых условий для формирования и отправки рассматриваемой рекламы в форме смс-сообщения в сети сотовой связи. При этом ЗАО «Первая Помощь» самостоятельно, без участия вышеперечисленных лиц, определяло абонентов и содержание смс-сообщений.

Таким образом, ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «ИнфоБип» и ООО «ИМОБИС» не осуществляли распространение рассматриваемой рекламы.

В рассматриваемой последовательности договорных отношений лицом, имеющим возможность формировать содержание рекламных сообщений, определять их адресатов и отправлять такие сообщения, является ЗАО «Первая Помощь».

ЗАО «Первая Помощь» в письменных пояснениях, представленных в материалы рекламного дела, указало, что ЗАО «Первая Помощь» является рекламодателем и рекламораспространителем рассматриваемой рекламы. При совершении покупки в аптеках сети ЗАО «Первая помощь» покупателю предлагается заполнить анкету на получение дисконтной карты. В анкете заполняющий указывает свой контактный телефонный номер <...> а также дает либо не дает (путем проставления либо не проставления пометки в соответствующей графе) свое согласие на получение смс информационного и рекламного характера о скидках, акциях, специальных предложениях аптечной сети. Смс направляется только давшим на это свое согласие покупателям – обладателям дисконтных карт. Анкету, заполненную <...>, ЗАО «Первая Помощь» представить не имеет возможности по причине утери части архивных документов при смене фактического адреса Общества.

Из материалов рекламного дела усматривается, что рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ЗАО «Первая Помощь», которое осуществило распространение рассматриваемой рекламы в форме смс-сообщения с использованием сетей подвижной радиотелефонной связи посредством программно-технических средств, предоставленных ему ООО «ИМОБИС», то есть совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Доказательств того, что ЗАО «Первая Помощь» было получено предварительное согласие <...> на получение рассматриваемой рекламы, в материалы рекламного дела не представлено.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе произошло в том числе по вине рекламораспространителя – ЗАО «Первая Помощь».

Из материалов рекламного дела усматривается, что ЗАО «Первая Помощь» не предпринято должных мер, направленных на соответствие рекламы требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе, что и привело к рассматриваемому нарушению.

Таким образом, ЗАО «Первая Помощь» нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Решением Комиссии № 03-01/5577 от 30.06.2014 рассматриваемая реклама признана ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем 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,

влечет наложение административного штрафа.

Рассматриваемые действия не подпадают под признаки административных правонарушений, предусмотренных частями 2 – 5 статьи 14.3, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ.

С учетом изложенного, ЗАО «Первая Помощь» допустило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Время совершения административного правонарушения: 05.03.2014 в 14 часов 34 минуты.

Место совершения административного правонарушения: Санкт - Петербург.

ЗАО «Первая Помощь» надлежащим образом извещено о времени и месте составления протокола об административном правонарушении, что подтверждается уведомлением о вручении 27.01.2015 почтового отправления № 16799181631028. ЗАО «Первая Помощь» направлено ходатайство от 30.01.2015 (вх. № 618 от 02.02.2015) о составлении протокола в отсутствие представителя Общества.

Также ЗАО «Первая помощь» представило копию бухгалтерской отчетности общества за 2013 год, копии выписок по счетам общества в ОАО «ПСКБ» на 27.01.2015 и ОАО «Сбербанк России» на 28.01.2015, копии документов о смене генерального директора ЗАО «Первая помощь»

Протокол об административном правонарушении составлен в отсутствие ЗАО «Первая Помощь».

Протокол об административном правонарушении составлен в отсутствие <...>, надлежащим образом извещенного о месте и времени составления настоящего протокола об административном правонарушении по адресу электронной почты, указанному в обращении.

Определением от 06.2015 №03-06/1128 протокол об административном правонарушении №РШ11-02/15 и материалы настоящего дела об административном правонарушении преданы Коми УФАС России для рассмотрения по подведомственности Санкт-Петербургскому УФАС России.

Определением Санкт-Петербургского УФАС России №01/4084 от 26.02.2014 рассмотрение дела №РШ11-02/15, возбужденного в отношении ЗАО «Первая помощь», назначено на 05.03.2015 в 16.40. Законный представитель ЗАО «Первая помощь» на рассмотрение дела №РШ11-02/15 об административном правонарушении не явился при надлежащем уведомлении о времени и месте рассмотрения дела №РШ11-02/15. ЗАО «Первая помощь» не проинформировало Санкт-Петербургское УФАС России о невозможности явки своего законного представителя на рассмотрение дела №РШ11-02/15. На основании изложенного, дело №РШ11-02/15 рассмотрено в отсутствие законного представителя ЗАО «Первая помощь», но в присутствии представителя по доверенности №114/15 от 04.02.2015 <...>.

<...> о времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении №РШ11-02/15 уведомлен надлежащим образом, не явился.

Представителем ЗАО «Первая помощь» на рассмотрение дела представлены письменные объяснения, согласно которым рассматриваемое нарушение устранено, приняты меры к недопущению подобных нарушений вновь, общество находится в тяжелом материальном положении (его убыток составил 54 802 тыс. руб.). В подтверждение последнего довода ЗАО «Первая помощь» представило копию бухгалтерского баланса на 30.09.2014.

В соответствии с частью 2 статьи 2.1. КоАП РФ, 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.

В Санкт-Петербургском УФАС России отсутствуют сведения об обстоятельствах, свидетельствующих об отсутствии у ЗАО «Первая помощь» возможности для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность, а также об обстоятельствах, свидетельствующих о принятии всех зависящих от ЗАО «Первая помощь» мер по их соблюдению.

Согласно пункту 4 статьи 26.1 КоАП РФ обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность, подлежат выяснению по делу №РШ11-02/15 об административном правонарушении.

Обстоятельством, смягчающим административную ответственность ЗАО «Первая помощь», является добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ЗАО «Первая помощь».

В рамках производства по делу №РШ11-02/15 обстоятельств, отягчающих административную ответственность ЗАО «Первая помощь», не установлено.

Часть 1 статьи 14.3 КоАП РФ предусматривает наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность. Согласно ч.ч. 3.2, 3.3 ст. 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 цитируемого кодекса, в случае, если минимальный

размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей, при этом размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей или частью статьи раздела II КоАП РФ.

Имеющиеся в деле документы свидетельствуют о тяжелом материальном положении общества.

На основании изложенного, с учетом социальной направленности деятельности ЗАО «Первая помощь», в том числе по реализации населению жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов, Санкт-Петербургское УФАС России считает возможным применить при вынесении постановления по настоящему делу в отношении ЗАО «Первая помощь» положения ч.ч. 3.2 и 3.3 ст. 4.1 КоАП РФ, так назначение даже минимального штрафа, предусмотренного санкцией ч. 5 ст. 14.3 КоАП РФ будет носить неоправданно карательный характер, служить инструментом подавления экономической самостоятельности и инициативы, чрезмерного ограничения свободы предпринимательства и права собственности ЗАО «Первая помощь».

Оснований освобождения ЗАО «Первая помощь» от административной ответственности, предусмотренной ч. 5 ст. 14.3 КоАП РФ не имеется.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 2.1, ст. 4.1, ч.1 ст.14.3, ст.ст. 23.48, 29.9, КоАП РФ,

### **ПОСТАНОВИЛ:**

1. Назначить ЗАО «Первая Помощь» (ОГРН 1037821003120, ИНН/КПП 7810124293/781401001, юридический адрес: 197374, г. Санкт-Петербург, ул. Оптиков, д.4, пом. 68-Н) административное наказание в виде административного штрафа в размере 50 000 (пятидесяти тысяч) рублей 00 копеек за совершение административного правонарушения (нарушение ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», выразившееся в распространении 05.03.2014 в 14.34 посредством использования подвижной радиотелефонной связи в форме смс-сообщения на абонентский номер <...> рекламы следующего содержания: «До 9 марта в аптеках «Первая Помощь» скидка 20% ВСЕМ на косметику! Подробности акции по телефону 324-44-00»), ответственность за которое предусмотрена ч.1 ст.14.3 КоАП РФ.

2. ЗАО «Первая Помощь» представить в Санкт-Петербургское УФАС России копию документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа.

Штраф должен быть перечислен на следующие реквизиты:

ИНН 7825413361, КПП 780101001

Получатель: УФК по г. Санкт-Петербургу (Санкт-Петербургское УФАС России)

Счёт №40101810200000010001

Головной расчетно-кассовый центр Главного управления (ГРКЦ ГУ) Банка России по г. Санкт-Петербургу

БИК 044030001

Код дохода (КБК): 161 1 16 26000 01 6000 140 (денежные взыскания (штрафы) за нарушение законодательства о рекламе, налагаемые федеральными органами государственной власти)

ОКТМО 40307000

Платёжные поручения оформляются плательщиками в соответствии с Правилами указания информации в полях расчётных документов на перечисление налогов, сборов и иных платежей в бюджетную систему Российской Федерации, утверждённых Приказом Минфина РФ от 24.11.2004 № 106н.

Постановление по делу об административном правонарушении в соответствии со ст. 30.3 КоАП РФ может быть обжаловано вышестоящему должностному лицу либо в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно ч. 1 ст. 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 в надлежащем порядке.

В соответствии с ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу.

На основании ст. 21 Федерального закона от 02.10.2007 № 229 «Об исполнительном производстве», постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение одного года со дня вступления в законную силу.

Согласно ч. 1 ст. 20.25 КоАП РФ, неуплата административного штрафа в срок, предусмотренный КоАП РФ, влечёт наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.