

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 04-5/2-29-2015

об административном правонарушении

«14» января 2016 года

г. Тверь

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) Посохова Л.В., рассмотрев протокол от 30.12.2015 и материалы дела об административном правонарушении № 04-5/2-29-2015 в отношении Индивидуального предпринимателя Мельниковой Наталии Александровны (<<...>> года рождения, уроженки <<...>>, зарегистрированной по адресу: <<...>>, ИНН - <<...>>, ОГРНИП – <<...>>, дата государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя - <<...>>, далее – ИП Мельникова Н.А.),

в отсутствие ИП Мельниковой Н.А., надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛ:

ИП Мельникова Н.А. уведомлена о составлении протокола телеграммой, составление протокола назначено на 30.12.2015 в 11-00. Согласно информации группы доставки телеграмм от 24.12.2015 телеграмма не доставлена, поскольку квартира закрыта, а адресат по извещению за телеграммой не является.

В соответствии с правовой позицией, изложенной в [Постановлении](#) Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 N 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях», несущественным нарушением является составление протокола в отсутствие лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, если этому лицу было надлежащим образом сообщено о времени и месте его составления, но оно не явилось в назначенный срок и не уведомило о причинах неявки или причины неявки были признаны неубажительными. Поскольку Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - [КоАП](#) РФ) не содержит каких-либо ограничений, связанных с таким извещением, оно в зависимости от конкретных обстоятельств дела может быть произведено с использованием любых доступных средств связи, позволяющих контролировать получение информации лицом, которому оно направлено (судебной повесткой, телеграммой, телефонограммой, факсимильной связью и т.п., посредством СМС-сообщения, в случае согласия лица на уведомление таким способом и при фиксации факта отправки и доставки СМС-извещения адресату).

Лицо, в отношении которого ведется производство по делу, считается извещенным о времени и месте рассмотрения и в случае, когда из указанного им места жительства (регистрации) поступило сообщение об отсутствии адресата по указанному адресу, о том, что лицо фактически не проживает по этому адресу

либо отказалось от получения почтового отправления, а также в случае возвращения почтового отправления с отметкой об истечении срока хранения.

Тверским УФАС России предприняты надлежащие меры для извещения ИП Мельникова Н.А., извещение последней является надлежащим, что согласно части 2 статьи 25.1 КоАП РФ свидетельствует о возможности рассмотрения дела об административном правонарушении № 04-5/2-29-2015.

23.11.2015 Тверское УФАС России по заявлению Емельянова А.В. рассмотрело дело № 04-6/2-42-2015 о нарушении законодательства о рекламе и признало рекламу следующего содержания: «*Фитнес Экспресс! 2-ой год без лимитного фитнеса за 3000 р. тел. 752-452*», распространенную 17.01.2015 на выделенный Емельянову А.В. (г. Тверь) телефонный номер <<...>>, посредством смс - сообщения без предварительного его согласия, ненадлежащей; действия ИП Мельникова Н.А. - нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

В соответствии со статьей 1 Закона 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 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 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.

Федеральная антимонопольная служба России письмом от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснила, что под неопределенным кругом лиц понимаются 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 пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики

применения арбитражными судами Федерального закона «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 Законом о рекламе.

Распространенная на номер заявителя информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются услуги фитнес-клуба «Фитнес Экспресс».

Согласно части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 1 статьи 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель. Согласно статье 3 Закона о рекламе рекламораспространителем признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Телефонный номер <...>, выделенный Емельянову А.В., относится к ресурсу нумерации оператора связи ЗАО «Смоленская сотовая связь» (письмо от 10.02.2015 № 1644/2), согласно информации которого смс - сообщение 17.01.2015 в 17:00 на телефонный номер <<...>> поступило с номера +79022284325 СМС - центра +79023708299, входящего в ресурс нумерации оператора связи ОАО «СМАРТС».

Согласно информации ОАО «СМАРТС» (письмо от 21.08.2014 № 1-5250) номер СМС – центра +79023708299, с которого отправлено вышеназванное смс – сообщение, закреплен за СМС - центром ЗАО «Ярославль-GSM».

Согласно информации ЗАО «Ярославль-GSM» (письмо от 31.03.2015 № 02/353)

телефонный номер <...> закреплен за ИП Мельникова Н.А. на основании договора от 17.12.2012 б/н (далее – Договор), отправка смс – сообщений осуществлялась ИП Мельникова Н.А. посредством технических и программных средств ЗАО «Ярославль-GSM», доступ к которым был ей предоставлен. При этом условиями предоставления доступа к программным средствам ЗАО «Ярославль-GSM» являлось соблюдение пункта 3.1 Договора, согласно которому Заказчик (ИП Мельникова Н.А.) обязан не использовать подключение к оборудованию Исполнителя для организации СПАМа (подпункт 3.1.2).

Согласно приложению № 3 к Договору, поименованному как «Протокол о начале оказания услуг по передаче SMS – сообщений», дата начала оказания услуг ИП Мельникова Н.А. по передаче смс-сообщений, отправленных через центр коммутации подвижной связи (MSC) ЗАО «Ярославль-GSM» указана 17.12.2012.

При этом ЗАО «Ярославль-GSM» в подтверждение факта оказания ИП Мельникова Н.А. услуг по договору от 17.12.2012 № б/н представило дополнительное соглашение № 3 от 15.12.2014 к договору от 17.12.2012 № б/н, согласно которому доступ к услуге «Пакет SMS» предоставлен ИП Мельникова с 16.12.2014, копию платежного поручения от 14.01.2015 № 249, плательщиком по которому является ИП Мельникова Н.А.

Учитывая отсутствие согласия Емельянова А.В. на получение вышеуказанной рекламы, при распространении 17.01.2015 в 17:00 на выделенный ему телефонный номер <<...>> рекламы следующего содержания: «*Фитнес Экспресс! 2-ой год без лимитного фитнеса за 3000 р. тел. 752-452*», были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

Материалами дела № 04-6/2-42-2015 подтверждено, что в соответствии с условиями Договора и дополнительного соглашения № 3 от 15.12.2014 к Договору ИП Мельникова Н.А. получила доступ к услуге «Пакет SMS» для формирования и отправки смс – сообщений, что свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ИП Мельникова Н.А. к распространению смс - сообщения 17.01.2015 в 17:00 на телефонный номер Емельянова А.В. (<<...>>), а его действия подлежат квалификации как действия рекламодателя.

Действия ИП Мельникова Н.А. по распространению 17.01.2015 в 17:00 на телефонный номер <<...>>, выделенный Емельянову А.В., без его предварительного согласия посредством смс – сообщения рекламы следующего содержания: «*Фитнес Экспресс! 2-ой год без лимитного фитнеса за 3000 р. тел. 752-452*», совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Нарушение рекламодателем законодательства Российской Федерации

Федерации о рекламе влечет за собой административную ответственность в соответствии со статьей 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных [частями 2 - 6](#) статьи 14.3, [частью 4 статьи 14.3.1](#), [статьями 14.37](#), [14.38](#), [19.31](#) КоАП РФ, 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 действиях ИП Мельникова Н.А. имеется событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Дата совершения административного правонарушения – 17.01.2015.

Место совершения административного правонарушения: г. Тверь.

В соответствии с частями 1 и 2 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В соответствии со статьей 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично. Административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть.

В соответствии с примечанием к статье 2.4 КоАП РФ лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица, если КоАП РФ не установлено иное. В данном случае иное КоАП РФ не установлено.

В соответствии со статьей 24.1 КоАП РФ задачами производства по делу об административных правонарушениях является всестороннее, полное и объективное выяснение обстоятельств дела, разрешению его в соответствии с законом.

Согласно части 1 статьи 3.1 КоАП РФ административное наказание является установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами.

Административное правонарушение совершено ИП Мельникова Н.А. виновно, форма вины – умысел, так как она сознавала противоправный характер своего действия по распространению рекламы без согласия Абонента (получателя), но относилась к ним безразлично, что и повлекло нарушение законодательства о рекламе.

В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, с учетом характера, степени общественной опасности, наличия или угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 21 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, с учетом характера, степени общественной опасности, наличия или угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Требования части 1 статьи 18 Закона о недопустимости распространения рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия получателя абсолютны и выполнимы, их соблюдение не сопряжено с какими-либо сложностями. ИП Мельникова Н.А. знала о недопустимости распространения рекламы без согласия Абонента (получателя), поскольку такие обязательства определены договором от 17.12.2012 № б/н с оператором связи ЗАО «Ярославль-GSM», который предоставил ИП Мельникова Н.А. доступ к техническим и программным средствам. Доказательства, свидетельствующие о том, что неисполнение требований части 1 статьи 18 Закона явилось следствием каких-либо чрезвычайных или не зависящих от ИП Мельникова Н.А. обстоятельств, отсутствуют. Заявитель полагает свои права существенно нарушенными фактом поступления нежелательной рекламы.

Учитывая вышеизложенное, основания для применения положений статьи 2.9 КоАП РФ отсутствуют. Однако с учетом отсутствия обстоятельств, отягчающих административную ответственность, имеются основания для применения минимального размера административного штрафа в пределах санкции, предусмотренной частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ. Обстоятельства, смягчающие административную ответственность не установлены.

Руководствуясь ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», статьями 14.3, 23.48, 29.9, 29.10, 4.2, 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать Индивидуального предпринимателя Мельникову Наталию Александровну (<<...>> года рождения, уроженка <<...>>, зарегистрированная по адресу: <<...>>, ИНН - <<...>>, ОГРНИП – <<...>>, дата государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя - <<...>>) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Наложить на Индивидуального предпринимателя Мельникову Наталию Александровну (<<...>> года рождения, уроженка <<...>>, зарегистрированная по адресу: <<...>>, ИНН - <<...>>, ОГРНИП – <<...>>, дата государственной

регистрации в качестве индивидуального предпринимателя - <<...>>
административный штраф в размере 4 000 (четыре тысячи) рублей.

Реквизиты для уплаты штрафа в доход бюджета:

Получатель: УФК по Тверской области (Тверское УФАС России)

ИНН 6905005800 КПП 690501001

Р/сч № 40101810600000010005 в ОТДЕЛЕНИИ ТВЕРЬ гор.Тверь

БИК 042809001

код бюджетной классификации 161 1 16 26000 01 6000 140

ОКТМО 28701000

Назначение платежа – штраф за нарушение законодательства о рекламе.

Идентификатор начисления (обязательно для заполнения)

0319830552011900000363471

*Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, **не позднее 60 дней** со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 КоАП РФ.*

*При отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, **по истечении 60 дней** Управлением Федеральной антимонопольной службы по Тверской области будут направлены соответствующие материалы судебному приставу-исполнителю для взыскания сумм штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством (пункт 5 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях). Кроме того, Управление вправе принять решение о привлечении лица, не уплатившего административный штраф, к административной ответственности в соответствии со статьей 20.25 КоАП РФ.*

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1 - 30.3 КоАП РФ в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Заместитель руководителя управления _____ Л.В. Посохова

Копия постановления направлена по адресу регистрации ИП Мельникова Н.А.

Сведения о взыскателе:

Управление Федеральной антимонопольной службы по Тверской области

ИНН 6905005800 ОГРН 1036900080722 КПП 690501001

Дата регистрации 03.11.2003

Лицевой счет 04361361360