

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу №072/04/14.3-251/2020

об административном правонарушении

07.09.2020г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России), <...>, рассмотрев материалы дела №072/04/14.3-251/2020, возбужденного в отношении индивидуального предпринимателя <...> (адрес места жительства: <...>, ОГРНИП 318507400003987, ИНН 503615674564.),

в отсутствие ИП <...>, надлежащим образом извещенной о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении (о чем свидетельствует почтовое уведомление №80080651632771), которой 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 об административном правонарушении №072/04/14.3-251/2020 от 22.06.2020г.,

УСТАНОВИЛ:

Как следует из материалов дела, Определение №072/04/14.3-251/2020 от 05.08.2020г. об отложении и назначении даты и времени рассмотрения дела №072/04/14.3-251/2020, возбужденного в отношении ИП <...>., было заблаговременно (05.08.2020г.) направлено по месту нахождения ИП <...>, содержащемуся в выписке ЕГРЮЛ (адрес местонахождения: <...>) и вернулось отправителю с пометкой «истек срок хранения».

В соответствии со статьей 5 Федерального закона от 08.08.2001 №129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», адрес (местонахождение) постоянно действующего исполнительного органа юридического лица, зарегистрированный в едином государственном реестре юридических лиц, является адресом, по которому осуществляется связь с юридическим лицом (юридический адрес).

Юридическое лицо обязано обеспечить получение корреспонденции по адресу регистрации своего постоянно действующего исполнительного органа.

Согласно сведениям об индивидуальном предпринимателе, предоставленным

ФНС России, адрес места регистрации ИП <...>.: 142100, Московская обл., <...>.

В соответствии с Постановлением Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 №10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившихся за их получением несмотря на почтовое извещение (при наличии соответствующих доказательств).

Таким образом, дело может быть рассмотрено в отсутствие представителя лица, в действиях которого содержится нарушение законодательства о рекламе.

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № 072/05/18-7/2020 от 13.04.2020г. признана ненадлежащей реклама игр, предоставляемых в игровой системе «Вулкан Мега», размещенных на сайте sl0t777.us/HZKXb следующего содержания: «БАНК дарит Вам БОНУС 100000р. Игра 50руб. Получить – sl0t777.us/HZKXb», распространенная путем направления смс-сообщения абоненту +<...>, 26.11.2019 г. в 07:15 от абонента +79581491626, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

22.06.2020г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ИП <...>. был составлен протокол об административном правонарушении №072/04/14.3-251/2020.

Исследовав материалы административного дела, установлено следующее.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) - 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.

Из материалов дела следует, что ИП <...>., без согласия абонента <...>., на принадлежащий ему абонентский номер +<...> 26.11.2019 г. в 07:15 направила сообщение следующего содержания: «БАНК дарит Вам БОНУС 100000р. Игра 50руб. Получить – sl0t777.us/HZKXb».

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.

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 зависимости 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 ИП <...> (адрес места жительства: 142100, Московская обл., <...>, кв.34, ОГРНИП 318507400003987, ИНН 503615674564) в соответствии с договором об оказании услуг подвижной связи №<...> от <...>г., заключенным между ПАО «Ростелеком» (далее – Оператор) и ИП <...>. (Абонент), по которому Оператор оказывает Абоненту услуги подвижной связи.

Согласно п. 11.2.13 Правил оказания услуг подвижной связи ПАО «Ростелеком», являющихся приложением к Договору и его неотъемлемой частью, Абонент обязан не использовать Услуги, оказываемые Оператором для проведения каких-либо рекламных компаний, конкурсов, концертов, викторин, опросов, массовых рассылок, а также для осуществления иных действий, направленных на извлечение прибыли.

Согласно п. 11.2.13 Правил оказания услуг подвижной связи ПАО «Ростелеком», Абонент обязан не использовать Услуги для массовой или одиночной рассылки, не согласованных предварительно с адресатом электронных писем, рекламного, коммерческого или агитационного характера.

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 об оказании услуг подвижной связи №<...> от <...> г., и законодательства Российской Федерации следует, что ИП <...> участвовала в передаче рассматриваемого SMS-сообщения рекламного характера, а следовательно, является рекламораспространителем и обязана при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки, оформленное документально, т.е. письменное согласие как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из обязательств, принятых перед ПАО «Ростелеком» при заключении Договора об оказании услуг подвижной связи №7136988 от 14.10.2019г.

На основании изложенного, у ИП <...> имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия Абонентов на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию.

Вместе с тем, у ИП <...> отсутствуют письменное согласие абонента <...> 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.

Субъектом административного правонарушения по делу № 072/04/14.3-251/2020 выступает – ИП <...> (адрес места жительства: 142100, Московская обл., г. <...>, ОГРНИП 318507400003987, ИНН 503615674564).

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

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.

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дела, – 26.11.2019 г.

Дело об административном правонарушении №072/04/14.3-251/2020 в соответствии с ч. 2 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ИП <...> правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Совершенное ИП <...> 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.

Состав административного правонарушения, предусмотренный ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, является формальным, и для квалификации действий по названной норме не требуется обязательного наступления неблагоприятных последствий.

Наступление общественно опасных последствий в виде причинения ущерба при совершении правонарушений с формальным составом не доказывается, возникновение этих последствий презюмируется самим фактом совершения действий или бездействий.

Административные правонарушения, совершаемые в сфере рекламы, посягают на нарушение установленных законодательством о рекламе требований и предписаний, в связи с чем вред, причиненный этими правонарушениями, наносится общественным интересам, а не конкретным физическим и юридическим лицам.

Общественный вред выражается в пренебрежении установленными законодательством нормами, обязательными для исполнения всеми без исключения лицами.

Антимонопольным органом установлено, что ИП <...> при должной внимательности и осмотрительности при распространении рекламы могла предвидеть последствия – возможность нарушения законодательства о рекламе, имела возможность выполнить возложенную на нее обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предприняла всех зависящих от нее мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Учитывая характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, можно сделать вывод о том, что совершенное ИП <...> правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем, отсутствуют основания для признания его малозначительным.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законом требований, при рассмотрении дела не установлены.

Обстоятельством, смягчающим административную ответственность, признается совершение правонарушения впервые.

Согласно выписке из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей ИП <...> прекратила деятельность в связи с принятием ею соответствующего решения 30.10.2019г.

Статьей 24.5 установлен перечень обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении, а именно:

- 1) отсутствие события административного правонарушения;
- 2) отсутствие состава административного правонарушения, в том числе недостижение физическим лицом на момент совершения противоправных действий (бездействия) возраста, предусмотренного настоящим Кодексом для привлечения к административной ответственности (за исключением случая, предусмотренного частью 3 настоящей статьи), или неменяемость физического лица, совершившего противоправные действия (бездействие);
- 3) действия лица в состоянии крайней необходимости;
- 4) издание акта амнистии, если такой акт устраняет применение административного наказания;
- 5) признание утратившими силу закона или его положения, устанавливающих административную ответственность за содеянное, за исключением случая одновременного вступления в силу положений закона, отменяющих административную ответственность за содеянное и устанавливающих за то же деяние уголовную ответственность;
- 6) истечение сроков давности привлечения к административной ответственности;
- 7) наличие по одному и тому же факту совершения противоправных действий (бездействия) лицом, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, постановления о назначении административного наказания, либо постановления о прекращении производства по делу об административном правонарушении, предусмотренном той же статьей или той же частью статьи настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации, либо постановления о возбуждении уголовного дела;
- 8) смерть физического лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении;
- 8.1) внесение в единый государственный реестр юридических лиц записи о ликвидации юридического лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, на основании определения арбитражного суда о завершении конкурсного производства в соответствии с законодательством о несостоятельности (банкротстве);
- 9) иные предусмотренные настоящим Кодексом обстоятельства, при наличии которых лицо, совершившее действия (бездействие), содержащие признаки состава административного правонарушения, освобождается от административной ответственности.

Таким образом, такое основание как «ликвидация индивидуального предпринимателя, совершившего правонарушение» КоАП РФ не предусмотрено.

Кроме того, часть 1 статьи 23 Гражданского Кодекса Российской Федерации определяет, что гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, за исключением случаев, предусмотренных абзацем вторым настоящего пункта.

Согласно статье 24 Гражданского Кодекса Российской Федерации гражданин отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом, за исключением имущества, на которое в соответствии с законом не может быть обращено взыскание.

При прекращении гражданином деятельности в качестве индивидуального предпринимателя его права и обязанности, возникшие при осуществлении им предпринимательской деятельности, не прекращаются, к иному лицу не переходят. Соответственно, после прекращения деятельности в качестве индивидуального предпринимателя физическое лицо, в отличие от юридического лица, сохраняет свою правосубъектность и продолжает нести ответственность.

Тот факт, что с 30.10.2019г. ИП <...> прекратила деятельность в качестве индивидуального предпринимателя не является основанием для прекращения обязательств по договору об оказании услуги подвижной связи №<...> от <...>г., в соответствии с которым ИП <...> выделен абонентский номер <...>, с которого 26.11.2019г. было направлено рассматриваемое смс-сообщение. Вместе с тем, поскольку на момент совершения правонарушения (26.11.2019 в 7 часов 15 минут) ИП <...> прекратила деятельность в качестве индивидуального предпринимателя, она подлежит привлечению к ответственности как физическое лицо.

Часть 1 статьи 4.1 КоАП РФ определяет, что административное наказание за совершение административного правонарушения назначается в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение, в соответствии с настоящим Кодексом.

Следовательно, действия <...>, выразившиеся в нарушении требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, при распространении рекламы посредством направления смс-сообщения рекламного характера без согласия абонента, подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ и влекут наложение штрафа на физических лиц от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей.

Срок давности привлечения ИП <...> к административной ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ за нарушение законодательства о рекламе, на момент вынесения настоящего постановления не истек.

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,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Применить к <...> (адрес места жительства: 142100, Московская обл., г. <...>, ОГРНИП 318507400003987, ИНН 503615674564), меру ответственности в виде административного штрафа в размере **2000 (две тысячи) 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 40101810965770510005

банк получателя: отделение Тюмени г. Тюмень

БИК 047102001, ОКТМО 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 01141 01 0003 140

УИН: 16100500000000661033

Назначение платежа: «нарушение ч.1 ст.14.3 КоАП РФ».

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 статьи 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.

Заместитель

руководителя управления С.В. Марчук