П О С Т А Н О В Л Е Н И Е

о наложении штрафа по делу

об административном правонарушении № 048/04/14.3-242/2019

28 июня 2019 года г. Липецк

Резолютивная часть постановления объявлена 28 июня 2019 года

Постановление в полном объеме изготовлено 28 июня 2019 года

Я, заместитель руководителя управления-начальник отдела защиты конкуренции Липецкого УФАС России <…>, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 048/04/14.3-242/2019, возбужденного в отношении акционерного общества «Загрузка» (<…>) (далее – АО «Загрузка»), по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в отсутствии представителя АО «Загрузка»,

УСТАНОВИЛ:

В Липецкое УФАС поступило обращение <…>о том, что 14.09.2018 в 14 часов 40 минут на его абонентский номер <…>без предварительного согласия поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «Come on gym» следующего содержания: «Возвращайтесь! Год фитнеса 19700 только 3 дня! Бронь <…>».

Статья 1 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в числе целей данного Федерального закона устанавливает, в том числе, реализацию права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Согласно п. 1 ст. 3 Закона 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 и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникшего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность для неопределенного круга лиц, означает

отсутствие в рекламе указания о неком лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Указанная выше информация распространялась для неопределенного круга лиц – потребителей рекламы. Каких – либо ограничений по территории распространения и кругу лиц – потребителей рекламы, не установлено.

П. 2 ст. 3 Закона о рекламе говорит, что объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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.

В соответствии с п. 3 ст. 3 Закона о рекламе товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе являются услуги фитнес центра.

Таким образом, информация, распространенная посредством sms-сообщения на номер <…> в силу ст. 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц, распространяется среди неопределенного круга лиц и направлена на привлечение внимания, формирование интереса потребителей такой информации к услугам фитнес центра, а также продвижение этих услуг на рынке.

В соответствии с 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 признаётся распространённой 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.

Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» в пункте 15 разъясняет, что согласно части 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако 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 рекламораспространителя.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126 -ФЗ «О связи» электросвязь - это любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам (пункт 35); абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского 6 номера или уникального кода идентификации (пункт 1).

Распространение рекламы посредством sms-сообщения возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный

номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). Согласие от абонента может быть получено в любой форме и в порядке, которые, однако, должны предусматривать какой-либо способ фиксации факта получения такого согласия. При этом бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

С целью осуществления Управлением Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области своих полномочий по государственному надзору за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе: предупреждению, выявлению и пресечению нарушений физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе Управлением Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области были запрошены необходимые документы и информация.

Из анализа поступивших документов и информации установлено, что между ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс» заключен договор от <…> № <…>, на основании которого ПАО «МегаФон» обязуется предоставить АО «МегаЛабс» доступ к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов.

В свою очередь, между АО «МегаЛабс» и АО «Загрузка» заключен договор от <…> № <…>, в соответствии с которым АО «МегаЛабс» обязалось предоставить АО «Загрузка» доступ к интерфейсу (программным средствам) для размещения рекламно-информационных материалов среди абонентов.

Пунктом 3.9 установлено, что заказчик (АО «Связной Загрузка») в случае размещения РИМ среди абонентов из базы абонентов заказчика, обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов, в том числе, на получение рекламы.

Установлено, что между АО «Загрузка» (ранее АО «Связной Загрузка») и ООО «СмартТелеком» заключен Договор № <…> от <…>.

В нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе рекламное сообщение об услугах фитнес центра распространено на номер <…> без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно подпункту 3.4.4. исполнитель (АО «Связной Загрузка») вправе не принимать сообщения к отправке, а также немедленно приостановить или прекратить оказание услуг в случае признаков нарушения заказчиком требований п. 3.1 договора и/или действующего законодательства РФ.

На основании п. 7 ст. 38 ответственность за нарушение требований, установленных, в частности, статьёй 18, частью 1 статьи 28 несёт рекламораспространитель, которым в силу пункта 7 статьи 3 Закона является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, то есть, в том числе, АО «Загрузка».

Таким образом, из анализа имеющихся документов следует, что АО «Загрузка» предполагало возможность направления их абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «реклама».

При этом АО «Загрузка» имелась возможность предварительно удостовериться в наличии

согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, АО «Загрузка» обладало возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

Исходя из документов, представленных в Липецкое УФАС России, АО «Загрузка» имело возможность не передавать рассматриваемую рекламу.

Решением Управления Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области от 01 февраля 2019 г. по делу № 23 признано наличие нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе в рекламе, распространенной 14.09.2018 в 14 часов 40 минут на абонентский номер <…> без предварительного согласия поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «Come on gym» следующего содержания: «Возвращайтесь! Год фитнеса 19700 только 3 дня! Бронь <…>».

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

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

Объектом рассматриваемого правонарушения является установленный порядок управления, в частности, в сфере государственного контроля и надзора.

Объективная сторона состоит в нарушении установленных рекламным законодательством норм и заключается в том, что АО «Загрузка» нарушена ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Субъект – АО «Загрузка» (<…>).

Субъективная сторона выражается в форме вины, так как АО «Загрузка» должно было знать и соблюдать рекламное законодательство, однако допустило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрено частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения – г. Липецк.

Время совершения административного правонарушения – 14.09.2018.

Определением о возбуждении дела об административном правонарушении № 048/04/14.3-242/2019 и проведении административного расследования от 22.04.2019 г. в отношении АО «Загрузка» возбуждено административное расследование.

17.05.2019 г. на процедуру составления протокола № 048/04/14.3-242/2019 об административном правонарушении представитель АО «Загрузка» не явился. О месте и времени составления протокола № 048/04/14.3-242/2019 об административном правонарушении общество уведомлено надлежащим образом.

На основании ч. 4.1 ст. 28.2 КоАП РФ протокол был составлен в отсутствие представителя АО «Загрузка».

30.05.2019 г. представитель АО «Загрузка» на рассмотрение дела № 048/04.14.3-242/2019 об административном правонарушении не явился. О месте и времени рассмотрения дела АО «Загрузка» надлежащим образом не уведомлено.

Определением об отложении рассмотрения дела об административном правонарушении № 048/04/14.3-242/2019 назначена дата рассмотрения 28 июня 2019 г.

28.06.2019 г. на рассмотрение дела № 048/04/14.3-242/2019 об административном правонарушении представитель АО «Загрузка» не явился. О месте и времени рассмотрения дела № 048/04/14.3-242/2019 об административном правонарушении общество уведомлено надлежащим образом.

В соответствии с ч. 1 ст. 3.1 КоАП РФ, административное наказание является установленной государственной мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений, как самим правонарушителем, так и другими лицами.

В силу ч. ч. 1, 3 ст. 4.1 КоАП РФ административное наказание за совершение административного правонарушения назначается в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение, в соответствии с настоящим Кодексом.

Статьей 24.1 КоАП РФ предусмотрено, что задачами производства по делам об административных правонарушениях являются всестороннее, полное, объективное и своевременное выяснение обстоятельств каждого дела, разрешение его в соответствии с законом, обеспечение исполнения вынесенного постановления, а также выявление причин и условий, способствовавших совершению административных правонарушений.

Согласно п. 4 ст. 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении подлежат выяснению обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

В соответствии со ст. 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Применение положений статьи 2.9 КоАП РФ, и освобождение АО «Загрузка», от административной ответственности рассмотрено и признано невозможным, ввиду следующего.

Малозначительность административного правонарушения сформулирована законодателем как оценочное понятие, содержание которого конкретизируется правоприменительными органами с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела. Применение положений статьи 2.9 КоАП РФ является правом, а не обязанностью должностного лица и осуществляется с учетом конкретных обстоятельств дела.

В рассматриваемом случае существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается в пренебрежительном отношении АО «Загрузка» к исполнению своих обязанностей в области соблюдения рекламного законодательства Российской Федерации.

Нарушение требований вышеуказанного законодательства имеет высокую социальную значимость и находится под постоянным особым контролем со стороны государства, в связи с этим данное правонарушение нельзя признать малозначительным.

Согласно п. 4 ст. 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении подлежат выяснению обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и

обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

В соответствии с ч. 1 ст. 4.1.1. КоАП РФ являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса.

В силу ч. 1, 2 ст. 3.4 КоАП РФ предупреждение - мера административного наказания, выраженная в официальном порицании физического или юридического лица. Предупреждение выносится в письменной форме. Предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

На официальном сайте Федеральной налоговой службы по Липецкой области, по адресу информационно-телекоммуникационной сети интернет: https://www.nalog.ru/rn48/, публикуется Единый реестр субъектов малого и среднего предпринимательства, в котором отсутствует информация об АО «Загрузка» как о субъекте малого и среднего бизнеса.

С учетом изложенного, замена административного штрафа на предупреждение не предусмотрена.

Также установлено, что территориальными органами ФАС России АО «Загрузка» привлекалось к административной ответственности по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Так, Тывинским УФАС России в отношении АО «Загрузка» вынесено постановление № А84-14.3/18 от 14.12.2018 г. о назначении административного наказания в виде наложения штрафа в размере 101 000 рублей.

Учитывая характер совершенного АО «Загрузка» административного правонарушения, обстоятельства, смягчающие и отягчающие административную ответственность, руководствуясь ст. 2.9, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 4.1, 4.2, 4.3, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

П О С Т А Н О В И Л:

П р и з н а т ь акционерное общество «Загрузка» (<…>) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначить наказание в виде административного штрафа в размере **100 000 (ста тысяч) рублей**, с учетом ч. 3.2, ст. 4.1 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 1 статьи 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен **не позднее 60 дней** со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьёй 31.5 КоАП

РФ.

В соответствии с ч. 5 ст. 3.5 КоАП сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме. Сумму штрафа за нарушение антимонопольного законодательства надлежит уплатить по следующим реквизитам:

УФК по Липецкой области (Липецкое УФАС России л/с № 04461056940);

БИК 044206001

р/с 40101810200000010006 в Отделении Липецк г. Липецка

ИНН 4826018513

КПП 482601001

ОКТМО 42701000

КБК 16111626000016000140

(УИН: 16100500000000132685)

Заверенную копию документа, подтверждающую уплату штрафа, лицо, привлечённое к административной ответственности, направляет должностному лицу, вынесшему постановление, по адресу: 398050, г. Липецк, пл. Плеханова, д. 1, каб. 515а.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечёт наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.

В соответствии частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении, вынесенное должностным лицом в отношении юридического лица, может быть обжаловано в арбитражный суд в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 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.