

ООО «Инновационные технологии»

адрес: "...."

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу об административном правонарушении № А55-14.3/18

г. Кызыл

.09.2018 г. ул. Комсомольская, 122А, 2 этаж, каб. 7

Резолютивная часть постановления объявлена 30 августа 2018 года

Постановление изготовлено в полном объеме 03 сентября 2018 года

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва (далее - Тывинское УФАС России) "....", руководствуясь статьей 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), рассмотрев протокол от 09.08.2018 года и иные материалы дела № А55-14.3/18 об административном правонарушении в отношении юридического лица - Общества с ограниченной ответственностью «Инновационные технологии» (далее – ООО «Инновационные технологии») (ИНН "....", ОГРН "....", юридический адрес "....", дата регистрации – "...."), по факту совершения административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3, КоАП РФ,

УСТАНОВИЛ:

Дело об административном правонарушении № А55-14.3/18 рассмотрено в отсутствие надлежащим образом извещенного законного представителя юридического лица – ООО «Инновационные технологии» (почтовое уведомление с идентификатором 80084126027925).

В адрес Тывинского УФАС России поступили письменные возражения ООО «Инновационные технологии» от 27.08.2018 года (вх. № 3194) на протокол по делу А55-14.3/18 об административном правонарушении, согласно которому Общество считает, что рассматриваемое дело подлежит прекращению в связи с отсутствием состава административного правонарушения в силу того, что Общество не является изготовителем и распространителем рекламного сообщения, а предоставляет технический сервис, с помощью которого контрагенты Общества могут самостоятельно осуществлять рассылки смс-сообщений тем абонентам подвижной связи, телефоны которых они самостоятельно указывают при осуществлении рассылки.

По мнению Общества, ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» несет ООО «Винлаб-Запад», которое непосредственно получило доступ для формирования и отправки смс-сообщения абоненту, на чей номер поступило смс-сообщение, в рамках договора с Обществом.

Так же ООО «Инновационные технологии» считает, что выполнило все от него зависящие меры по проверке факта наличия согласия абонента, на номер которого поступило смс-сообщение, предоставив в материалы дела № 04-04-02/08-

18 анкету с согласием гр. Гуревича Р.Х. на получение рекламы, которая по мнению Общества содержит достаточно сведений об абоненте (ФИО, номер телефона) и является подтверждением принадлежности номера абонента, которым выражено согласие на получение рекламы посредством смс-сообщения.

Изучив материалы дела № А55-14.3/18, представленные пояснения лица, участвующего в рассмотрении дела, прихожу к следующему.

Событие административного правонарушения: нарушение рекламораспространителем законодательства о рекламе, а именно нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Данное нарушение законодательства о рекламе установлено решением Тывинского УФАС России от 12.07.2018 года по делу № 04-04-02/08-18.

В адрес Тывинского УФАС России 16.02.2018 года (вх. № 611) поступило обращение гражданина Г. о распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента, направленное с ФАС России.

15.02.2018 года в 18 часов 02 минут гр. Г. на свой абонентский номер <...> - "... " получил смс-сообщение с рекламой, отправленное с абонентского номера с индивидуальной подписью Winelab следующего содержания:

«АТАКА НА ЦЕНЫ в ВИНЛАБ! Старт уже завтра! 16-18.02 скидки до 50% более чем на 300 напитков! Готовьтесь к праздникам с ВИНЛАБ! 18+».

Вышеуказанная реклама была распространена по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

По данному факту определением Тывинского УФАС России от 29.03.2018 года в отношении ООО «Инновационные технологии» возбуждено дело № 04-04-02/08-18 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исследовав материалы дела № 04-04-02/08-18, Комиссией Тывинского УФАС России установлены следующие обстоятельства.

Согласно статьи 3 Закона о рекламе рекламой является 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, 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. Пунктом 3 указанной статьи товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Текст указанного смс-сообщения, в силу пунктов 1-3 статьи 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку адресован неопределенному кругу лиц и направлен

на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В рассматриваемом деле № 04-04-02/08-18 объектом рекламирования являются скидки на напитки в торговом объекте «Винлаб».

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 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 пунктам 1 и 35 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 года № 126-ФЗ «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; 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 выписке из реестра Российской системы и плана нумерации абонентские номера 8- "...", 8- "... принадлежат номерной емкости оператора сотовой связи – ПАО «Вымпел-Коммуникации».

Согласно информации ПАО «Вымпел-Коммуникации» от 19.03.2018 года (вх. № 972) абонентский номер <...> - "... выделен в пользование гр. Г., что подтверждается договором о предоставлении услуг связи «Билайн».

Факт получения вышеуказанного смс-сообщения гр. Г. установлен, в соответствии с детализацией оказанных услуг по абонентскому номеру 8- "..." за 15.02.2018 года.

Согласно информации ПАО «ВымпелКом» от от 19.03.2018 года (вх. № 972) абонентский номер с индивидуальной подписью Winelab выделен в пользование ООО «Инновационные технологии» по договору об оказании услуг связи «Билайн» № "..." от "..." года и дополнительного соглашения № 1 к указанному договору от 18.01.2018 года.

Согласно информации ООО «Инновационные технологии» (от 18.05.2018 года вх. № 1775) следует, что смс-сообщение с рекламой, отправленное с абонентского номера с индивидуальной подписью Winelab следующего содержания: «АТАКА НА ЦЕНЫ в ВИНЛАБ! Старт уже завтра! 16-18.02 скидки до 50% более чем на 300 напитков! Готовьтесь к праздникам с ВИНЛАБ! 18+» распространено ООО «Винлаб-Запад» на основании договора от 14.07.2017 года № ИН-115/17. По данному факту ООО «Инновационные технологии» был направлен запрос ООО «Винлаб-Запад» о предоставлении согласия абонента с номером +7 "..." на получение смс-сообщения, на что ООО «Винлаб-Запад» направило анкету № 2800000480042, которая содержит согласие данное гр. Г на получение дисконтной карты, в том числе на получение информации посредством смс-сообщений от супермаркета

напитков «Винлаб».

В подтверждение своих доводов ООО «Инновационные технологии» к письменному пояснению приложило копию согласия № 2800000480042 данному супермаркету напитков «Винлаб».

Вместе с тем, ООО «Инновационные технологии» в обоснование своих доводов, изложенных в письменном пояснении, не был предоставлен договор, заключенный с ООО «Винлаб-Запад», в связи с чем, Комиссия Тывинского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения настоящего дела и определением от 24.05.2018 года (исх. № 4-589) запросило указанный выше договор с ООО «Винлаб-Запад».

В адрес Тывинского УФАС России 28.05.2018 года (вх. № 1883) ООО «Инновационные технологии» предоставило копию договора с ООО «Винлаб-Запад» № "...." от "...." года, согласно которому стороны договорились о следующем:

- Исполнитель предоставляет доступ к Сервису для самостоятельного осуществления Заказчиком отправок созданных, сформированных и изготовленных Заказчиком SMS, MMS-сообщений на мобильные терминалы Абонентов через Операторов в течение определенного периода в определенном объеме в соответствии с действующими Тарифами Исполнителя и условиями предоставления услуг, а Заказчик оплачивает такие услуги (подпункт 2.1.1 Договора),

- Заказчик обязался обеспечить получение от Абонента, которому планируется отправка MMS, SMS-сообщений, согласие на получение таких MMS, SMS-сообщений в такой форме, в том числе электронной, которая будет являться надлежащей и достаточной, для Оператора связи и государственных органов, в целях подтверждения наличия согласия Абонента на получение MMS, SMS-сообщений (подпункт 3.2.3 Договора).

Комиссия Тывинского УФАС России, изучив представленный договор и письменные пояснения лица, участвующего в деле № 04-04-02/08-18 определением от 13.06.2018 года (исх. № 4-705) привлекла ООО «Винлаб-Запад» в качестве соответчика и запросила сведения и надлежащим образом заверенные копии документов.

Вместе с тем, запрашиваемые сведения ООО «Винлаб-Запад» в адрес Тывинского УФАС России не представлены.

Кроме этого, до рассмотрения дела № 04-04-02/08-18 Тывинским УФАС России запросом от 25.05.2018 года (исх. № 4-588) у ООО «Винлаб-Запад» были запрошены сведения о наличии согласия заявителя на распространение рассматриваемой рекламы, однако запрашиваемые сведения ООО «Винлаб-Запад» в адрес Тывинского УФАС России не представлены.

Доводы ООО «Инновационные технологии» о наличии согласия гр. Г. на получение рекламы на абонентский номер <...> - "...." Комиссией Тывинского УФАС России отклонены на основании следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 года № 126-ФЗ «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.

Согласно пункту 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 на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

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 рекламодателя.

Таким образом, по смыслу приведенного положения, в целях соблюдения требований действующего законодательства на рекламодателя возложена безусловная ответственность за объективность данных о согласии на получение рекламы, данным непосредственно теми лицами, на чей номер телефона направляется реклама посредством электронной связи.

Согласно письменных пояснений ООО «Инновационные технологии» следует, что ООО «Винлаб-Запад» предоставило по запросу ООО «Инновационные технологии» анкету с указанием фамилии имени отчества абонента и номер телефона.

Из содержания данной анкеты следует, что гр. Г с абонентским номером "....", выражает согласие в том числе на получение информации об акциях, распродажах, бонусных накоплениях и специальных предложениях посредством смс-сообщений.

Вместе с тем, представленная ООО «Инновационные технологии» анкета недостаточна для идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя либо рекламодателя.

Следует отметить, что данная анкета содержит поля (дата рождения, почтовый

адрес, адрес электронной почты), которые не заполнены и которые, по мнению Комиссии Тывинского УФАС России, могли бы быть достаточными для идентификации абонента.

В этой связи, Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/08-18 пришла к выводу, что представленная анкета недостаточна для идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя либо рекламораспространителя, следовательно, свидетельствует об отсутствии у ООО «Инновационные технологии» и ООО «Винлаб-Запад» предварительного согласия заявителя на получение смс-сообщения с рекламой на его абонентский номер.

Таким образом, в нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе ООО «Инновационные технологии» и ООО «Винлаб-Запад» 15.02.2018 года в 18 часов 02 минут с абонентского номера с индивидуальной подписью Winelab осуществило рассылку смс-сообщения с рекламой следующего содержания: «АТАКА НА ЦЕНЫ в ВИНЛАБ! Старт уже завтра! 16-18.02 скидки до 50% более чем на 300 напитков! Готовьтесь к праздникам с ВИНЛАБ! 18+» на абонентский номер гр. Г. без предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Законом о рекламе определены понятия «реklamодатель», «реklamораспространитель» и «реklamопроизводитель». В соответствии с пунктами 5 - 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из материалов дела № 04-04-02/08-18, рассматриваемая реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров между ООО «Инновационные технологии» и ООО «Винлаб-Запад».

Следовательно, ООО «Инновационные технологии» и ООО «Винлаб-Запад» являются непосредственными рекламораспространителями смс-рекламы, которые обязаны были получить согласие абонента на смс-рассылку рекламы, и отсутствие в цепочке договорных отношений одного из рекламораспространителей привело бы к невозможности доставки рассматриваемого смс-сообщения абоненту.

На основании изложенного, Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/08-18 всесторонне, полно и объективно исследовав, и оценив имеющиеся в деле доказательства, пришла к выводу, что рекламораспространителями рассматриваемой рекламы являются ООО «Инновационные технологии» и ООО «Винлаб-Запад».

В силу части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 указанного закона, несет рекламораспространитель.

Решением Тывинского УФАС России от 12.07.2018 года по делу № 04-04-02/08-18 ООО «Инновационные технологии» и ООО «Винлаб-Запад» признано нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

За нарушение Закона о рекламе рекламодатель несет административную ответственность, предусмотренную частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе 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.

Объективная сторона состава административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, состоит в действиях рекламодателя, признанных недопустимыми законодательством Российской Федерации о рекламе: распространение рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Субъектами данного правонарушения являются юридические и должностные лица, которые ненадлежащим исполнением своих обязанностей обусловили совершение административного правонарушения.

Таким образом, юридическое лицо – ООО «Инновационные технологии» совершило административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Определяя степень виновности ООО «Инновационные технологии», следует отметить, что ООО «Инновационные технологии» не выполнило установленные действующими нормативными правовыми актами обязанности по соблюдению требований законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно части 3 статьи 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.

В качестве обстоятельства, смягчающего административную ответственность ООО «Инновационные технологии» учтено добровольное исполнение ООО «Инновационные технологии» предписания Тывинского УФАС России от 12.07.2018 года по делу № 04-04-02/08-18.

Обстоятельства, отягчающие административную ответственность ООО «Инновационные технологии», предусмотренные статьей 4.3 КоАП РФ, в ходе рассмотрения дела не установлены.

Обстоятельства, свидетельствующие о малозначительности совершенного административного правонарушения, не выявлены.

В ходе рассмотрения дела № 04-04-02/08-18 о нарушении требований Закона о рекламе Комиссией Тывинского УФАС России установлено, что Обществом с использованием своего технического сервиса без согласия и одобрения абонента осуществлена рассылка, в результате которой гражданин (абонент) получил смс-сообщение следующего содержания: «АТАКА НА ЦЕНЫ в ВИНЛАБ! Старт уже завтра! 16-18.02 скидки до 50% более чем на 300 напитков! Готовьтесь к праздникам с ВИНЛАБ! 18+».

Установленные обстоятельства явились основанием для возбуждения в отношении Общества дела об административном правонарушении, ответственность за которое установлена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Исходя из договорных обязательств, а также положений Закона о рекламе Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/08-18 признала, что Общество являлось рекламодателем рассматриваемого смс-сообщения.

Довод ООО «Инновационные технологии» о том, что Общество не является рекламодателем, что исключает привлечение его к административной ответственности, подлежат отклонению, как противоречащий установленным обстоятельствам.

Вместе с тем, частью 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ установлено, что 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 КоАП РФ, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

В соответствии с частью 2 статьи 4.1.1 КоАП РФ административное наказание в виде административного штрафа не подлежит замене на предупреждение в случае совершения административного правонарушения, предусмотренного статьями 14.31 - 14.33, 19.3, 19.5, 19.5.1, 19.6, 19.8 - 19.8.2, 19.23, частями 2 и 3 статьи 19.27, статьями 19.28, 19.29, 19.30, 19.33 КоАП РФ.

В соответствии с частью 2 статьи 3.4 КоАП РФ 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.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 24.07.2007 N 209-ФЗ "О

развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации" субъекты малого и среднего предпринимательства – это хозяйствующие субъекты (юридические лица и индивидуальные предприниматели), отнесенные в соответствии с условиями, установленными названным Федеральным законом, к малым предприятиям, в том числе к микропредприятиям, и средним предприятиям.

Согласно сведениям из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства, размещенных в информационно-телекоммуникационной сети Интернет www.rmsp.nalog.ru, ООО «Инновационные технологии» включено в данный реестр под категорией микропредприятие.

Таким образом, с учетом положений статьей 3.4, 4.1.1 КоАП РФ за совершенное ООО «Инновационные технологии» правонарушение административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене предупреждением.

Местом совершения административного правонарушения является город Москва.

Временем совершения административного правонарушения является день выявления нарушения Закона о рекламе - 15 февраля 2018 года.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать юридическое лицо – Общество с ограниченной ответственностью «Инновационные технологии» "...." виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Наложить на юридическое лицо – Общество с ограниченной ответственностью «Инновационные технологии» "...." административное наказание в виде предупреждения.

Постановление по делу об административном правонарушении в соответствии со статьями 30.1, 30.2, 30.3 КоАП РФ может быть обжаловано вышестоящему должностному лицу либо в арбитражный суд в течении 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.

Руководитель управления "...."