

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 054/04/14.3-1204/2021

о назначении административного наказания

«28» июля 2021г.

г. Новосибирск

Временно исполняющая обязанности заместителя руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области <...>, рассмотрев протокол №054/04/14.3-1204/2021 от 21.06.2021г. об административном правонарушении и материалы административного дела, возбужденного в отношении <...> ООО «Меркурий» (ОГРН 1177847110022) <...> ,

в отсутствие <...> ООО «Меркурий» <...> (уведомлено надлежаще),

УСТАНОВИЛ:

В Новосибирское УФАС России поступило заявление физического лица (вх. №17240э от 24.09.2020г.) о нарушении требований ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») при поступлении SMS-сообщения на абонентский номер заявителя <...> с номера <...> дата и время: 23.09.2020г. в 15:08, SMS-центр <...> .

По результатам рассмотрения заявления Новосибирским УФАС России возбуждено дело №054/05/18-2241/2020 по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, в результате рассмотрения обстоятельств которого установлено следующее.

На абонентский номер заявителя 23.09.2020г. в 15:08:36 поступило следующее SMS-сообщение:

«ГОД фитнеса = 4000! Только 3 дня. EXTRASPORT! М.Железняк57 тел <...> ».

Согласно ст.3 ФЗ «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;

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.

Таким образом, рассматриваемое сообщение является рекламным, т.к. привлекает внимание неопределённого круга лиц к услуге – год фитнеса по фиксированной стоимости, а также к организации «EXTRASPORT», соответственно,

способствует их продвижению на соответствующем рынке.

Согласно ч.1 ст.18 ФЗ «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.

Таким образом, законодательно определено юридически значимое условие соблюдения данной нормы, а именно:

- согласие должно быть предварительным, т.е. полученным заранее;
- согласие дается на получение рекламы.

Как установлено материалами и подтверждается заявителем, им такого согласия не давалось. Более того, в Договоре, заключенном между заявителем и ООО «Санкт-Петербург Телеком», заявителем зафиксирован отказ от возможности получения от Оператора и иных лиц рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

Следовательно, действия по рассылке SMS-сообщения «ГОД фитнеса = 4000! Только 3 дня. EXTRASPORT! М.Железняк57 тел <...> » содержат нарушение ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе».

Ответственность за нарушение требований ч.1 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламодатель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).

Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На запрос Новосибирского УФАС России о предоставлении информации, связанной с рассылкой SMS-сообщения рекламного характера с номера <...> ПАО «Ростелеком» (Пермский филиал) сообщило следующее.

Абонентский номер <...> выделен Обществу с ограниченной ответственностью «Меркурий» (ИНН 7810674096, ОГРН 1177847110022, юридический адрес: 191119, г. Санкт-Петербург, наб. Обводного канала, д. 93а, помещение 1081-1085, <...> по договору от 07.03.2019 № 7000194 (далее - Договор). Номер был выделен в соответствии с приложением №1 к Договору.

Оператор связи обязан обеспечить абонента возможностью пользования услугами телефонной связи 24 часа в сутки (п. 6 Правил оказания услуг телефонной связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342).

Абоненты самостоятельно без участия ПАО «Ростелеком» определяют содержание SMS-сообщений и перечень пользователей, которым они направляются.

Действующее законодательство Российской Федерации не предусматривает обязанности для операторов связи при осуществлении лицензируемого вида деятельности по приему и передаче сообщений осуществлять какую-либо фильтрацию передаваемых сообщений, либо обязанность отказаться от доставки отдельных сообщений.

Кроме того, в соответствии со ст.63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» на территории Российской Федерации гарантируется тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи.

Операторы связи обязаны обеспечить соблюдение тайны связи и не имеют права просматривать содержание SMS-сообщений. Также Общество не наделено полномочиями по квалификации SMS-сообщений на предмет соответствия ФЗ «О рекламе» для сортировки SMS-сообщений рекламного характера от не рекламного.

ПАО «Ростелеком» не осуществляло и не поручало третьим лицам осуществить рассылку SMS-сообщений рекламного характера в адрес заявителя (на абонентский номер <...>).

В силу положений ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» обязанность по получению предварительного согласия абонента на получение рекламы возложена на рекламораспространителя, так как именно он должен доказать, что такое согласие было получено, т.е. в данном случае – на ООО «Меркурий».

Из изложенного следует, что рекламораспространителем является ООО «Меркурий» (ИНН 7810674096).

Решением Комиссии Новосибирского УФАС России по делу №054/05/18-2241/2020 от 26.02.2021г. реклама, распространенная 23.09.2020г. в 15:08:36 на абонентский номер заявителя<...> с номера <...> посредством SMS-сообщения следующего содержания:

«ГОД фитнеса = 4000! Только 3 дня. EXTRASPORT! М.Железняк57 тел <...> », признана ненадлежащей,

а Общество с ограниченной ответственностью «Меркурий» (ИНН 7810674096, ОГРН 1177847110022, юридический адрес: 191119, г. Санкт-Петербург, наб. Обводного канала, д. 93а, помещение 1081-1085) нарушившим ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «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.

Согласно ч.4 ст.38 ФЗ «О рекламе» нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства

Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Дата совершения административного правонарушения – 23 сентября 2020г.

Место совершения административного правонарушения – г. Новосибирск.

В соответствии ч.1 ст.14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, 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.

Согласно абз.1 ст.2.4. КоАП РФ, административной ответственности подлежит должностное лицо, в случае совершения им административного правонарушения, в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Лицом, имеющим право действовать без доверенности от имени юридического лица, на момент совершения правонарушения, в соответствии со сведениями, содержащимися в Едином государственном реестре юридических лиц, <...> ООО «Меркурий» является <...>

Таким образом, в действиях <...> ООО «Меркурий» (ОГРН 1177847110022) <...> содержится правонарушение, ответственность за которое предусмотрена ч.1 ст.14.3 КоАП РФ.

Следовательно, ответственным за данное правонарушение является указанное лицо.

Рассмотрев материалы дела об административном правонарушении, Новосибирское УФАС России приходит к выводу о том, что в материалах дела имеется достаточно доказательств для принятия законного, обоснованного и мотивированного решения по делу.

С учетом имеющихся в деле доказательств, Новосибирское УФАС России считает доказанным наличие в действиях <...> ООО «Меркурий» <...> состава административного правонарушения.

Факты нарушения удостоверяются: решением Комиссии Новосибирского УФАС России от 26.02.2021г. по делу №054/05/18-2241/2020 о нарушении законодательства РФ о рекламе; материалами дела №054/05/18-2241/2020 о нарушении законодательства РФ о рекламе; протоколом №054/04/14.3-1204/2021 от 21.06.2021г.

В соответствии со статьей 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Частью 1 статьи 1.6 КоАП РФ установлено, что лицо, привлекаемое к административной ответственности, не может быть подвергнуто административному наказанию иначе как на основании и в порядке, установленных законом.

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

Как следует из диспозиции части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, объектом правонарушения являются общественные отношения в сфере государственного регулирования рекламы, распространяемой по сетям электросвязи.

Объективная сторона правонарушения выражена в нарушении рекламодателем запрета распространения рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, в отсутствие предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Объективная сторона правонарушения, совершенного <...> ООО «Меркурий» <...>, выражается в направлении SMS-сообщения абоненту-владельцу номера <...> без предварительного согласия данного абонента.

Субъектом данного правонарушения является <...> ООО «Меркурий» <...>.

Субъективная сторона правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, <...> ООО «Меркурий» <...>, характеризуется умыслом. В соответствии с частью 1 статьи 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.

Доказательств принятия <...> всех зависящих от него мер по соблюдению установленных правил и норм в рамках рассмотрения настоящего дела не установлено.

Вред в административных правонарушениях, составы которых являются формальными, презюмируется самим фактом совершения деяния.

С учетом имеющихся в деле доказательств, наличие в действиях <...> ООО «Меркурий» <...> состава вменяемого административного правонарушения доказано.

В соответствии со статьей 3.1 КоАП РФ административное наказание является установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения, целью которой является предупреждение совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами.

Согласно статье 4.1 КоАП РФ административное наказание за совершение административного правонарушения назначается в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение, в соответствии с КоАП РФ.

При назначении административного наказания должностному лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное положение, обстоятельства смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность, личность привлекаемого к административной ответственности.

Оснований, исключающих производство по делу об административном правонарушении, перечень которых установлен статьей 24.5 КоАП РФ, не установлено.

Решая вопрос о применении статьи 2.9 КоАП РФ следует выделить то, что в соответствии со статьей 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.

Малозначительность административного правонарушения сформулирована законодателем как оценочное понятие, содержание которого конкретизируется правоприменительными органами с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела.

В соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 №5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений.

В пункте 18 постановления ВАС РФ №10 указано, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, свидетельствующими о малозначительности правонарушения. Данные обстоятельства в силу частей 2 и 3 статьи 4.1 КоАП РФ учитываются при назначении административного наказания.

При этом необходимо иметь в виду, что с учетом признаков объективной стороны некоторых административных правонарушений, они ни при каких обстоятельствах не могут быть признаны малозначительными, поскольку существенно нарушают охраняемые общественные отношения.

Данное правонарушение не является малозначительным и посягает на общественные отношения в области предпринимательской деятельности, связанные с реализацией ряда конституционных принципов, а именно единства экономического пространства.

Таким образом, наличие (отсутствие) существенной угрозы охраняемым общественным отношением может быть оценено только с точки зрения степени вреда (угрозы вреда), причиненного непосредственно установленному публично-правовому порядку деятельности.

Отсутствие у ООО «Меркурий» объективной невозможности для соблюдения требований законодательства и своевременного принятия мер по устранению нарушения материалами дела не установлено.

В данном случае, отсутствуют основания для применения статьи 2.9 КоАП.

Срок давности привлечения <...> ООО «Меркурий» <...> к административной ответственности, установленный статьей 4.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях, на момент вынесения настоящего постановления не истек.

Обстоятельства, смягчающие или отягчающие административную ответственность, отсутствуют.

Данное правонарушение совершено <...> ООО «Меркурий» <...> впервые, не нанесло вредных последствий, не повлекло 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 не причинило имущественного ущерба.

В соответствии со 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, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

Согласно выписке из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства от 10.04.2017г., ООО «Меркурий» (ИНН: 7810674096) является малым предприятием. В соответствующий реестр ООО «Меркурий» включено 01.08.2016г.

Рассмотрев материалы дела, учитывая характер правонарушения, финансовое

положение лица, отсутствие смягчающих и отягчающих обстоятельств, установленных ст.ст.4.2, 4.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, руководствуясь статьями 4.1.1, 14.3, 23.48, 29.6 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать<...> ООО «Меркурий» <...> виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

2. Применить к<...> ООО «Меркурий» <...> меру административной ответственности в виде предупреждения.

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1-30.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии со ст.31.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях 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.