ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 069/04/14.3-103/2019

об административном правонарушении

«19» августа 2019 года г. Тверь

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) Посохова Л.В., рассмотрев протокол об административном правонарушении, составленный в отношении юридического лица - Общества с ограниченной ответственностью «НИКАМЕД» (далее – ООО «НИКАМЕД», 127015, г.Москва, Бумажный проезд, д.14, стр.2, ИНН 7713046956, ОГРН 1037700031588, КПП 771401001, дата регистрации 16.01.2003) о наличии события административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), материалы дела № 069/04/14.3-103/2019 об административном правонарушении, в отсутствие законного представителя ОРОО «НИКАМЕД», надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела, в присутствии представителя по доверенности от 12.04.2019 № 61 XXX,

УСТАНОВИЛ:

30.04.2019 Тверское УФАС России по заявлению С. рассмотрело дело № 04-6/2-8-2019 о нарушении законодательства о рекламе и признало рекламу следующего содержания: «Скидка 20% при покупке 2х пар стелек или колгот/чулок! 84957755000» (отправитель - ОРТЕКА), распространенную 01.02.2019 на выделенный Старшинову Д.В. телефонный номер <...> посредством смс - сообщения без предварительного его согласия, ненадлежащей; действия ООО «НИКАМЕД» - нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

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.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснено, что 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. 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.

Указанная выше 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 персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования является проводимая ООО «НИКАМЕД» (сеть ортопедических салонов ОРТЕКА) акция на ортопедические товары.

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.

Таким образом, обязанность доказать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

Телефонный номер <...> , выделенный С., закреплен за оператором связи ПАО «ВымпелКом», согласно информации которого (письмо от 20.02.2019 № б/н) вышеуказанное смс-сообщение поступило с телефонного номера, выделенного ООО «АйДиджитал» на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2015 № 557898006 и дополнительного соглашения к нему № 4 от 16.02.2018.

ООО «АйДиджитал» письмом от 15.03.2019 № 1503/2019-043 подтвердило факт отправки 01.02.2019 в 15:38 вышеуказанного смс-сообщения» на телефонный номер <...> через оборудование ООО «АйДиджитал». При этом указано, что между ООО «АйДиджитал» (Исполнитель) и ООО «НИКАМЕД» (Заказчик) заключен договор от 21.03.2018 № SMSD2103/18-01АА (далее – Договор), согласно пункту 2.1 которого ООО «АйДиджитал» приняло на себя обязательство по оказанию ООО «НИКАМЕД» услуг по отправке сформированных Заказчиком исходящих сообщений через оборудование Исполнителя до узла связи операторов, с целью последующей передачи сообщений Заказчика абонентам, определенным Заказчиком.

Согласно пунктам 3.2, 3.4 и 3.12 Договора ООО «НИКАМЕД» самостоятельно определяет содержание сообщений Заказчика, получателей сообщений Заказчика и время отправки сообщений Заказчика, а также несет полную ответственность перед Исполнителем, абонентами и третьими лицами, в частности, компетентными государственными органами, за содержание сообщений и факт их приема-передачи в рамках оказания услуг; гарантирует, что им получены согласия абонентов, которым направляются сообщения Заказчика, на получение абонентами таких сообщений Заказчика в порядке и форме, предусмотренном законодательством; обязуется не направлять сообщения абонентам, которые выразили нежелание получать сообщения с номеров Заказчика, используемых Заказчиком, получать любые рекламные сообщения, получать сообщения любого вида.

Согласно позиции ООО «НИКАМЕД», изложенной в письмах от 17.04.2019 № 2019/293, от 17.06.2019 № 2019/426, 08.03.2017 С., заполнив анкету и предоставив свои персональные данные, включая номер телефона +79032640153, выразил желание иметь скидочную карту «ОРТЕКА», согласился на обработку персональных данных и получение информации о рекламных акциях. Также ООО «НИКАМЕД» указывает, что в соответствии с пунктом 5.2 Регламента о порядке предоставления скидки по Дисконтной карте Клиента (далее - Регламент) дисконтная карта клиента выдается только при заполнении обязательных полей анкеты постоянного покупателя, включающие ФИО, дату рождения, пол, контактные телефоны, e-mail, номер документа, подтверждающего права на льготу, а также дату заполнения анкеты и подпись.

Однако в представленной копии Регламента отсутствует описание процедуры активации дисконтной карты, описание порядка получения согласия на получения рекламы по сетям электросвязи, порядка информирования клиента о получении смс-рассылки и/или рассылки рекламы на почту. Анкету на получение карты или иной документ, содержащий согласие С. на получение смс-рассылки, ООО «НИКАМЕД» не представило. С. отрицает факт своего согласия и подписания каких-либо документов, содержащих такое согласие.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее:

«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. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

ООО «НИКАМЕД» не представило доказательств наличия согласия абонента С. на получение рекламы посредством смс–сообщения, поступившего 01.02.2019 в 15:38 на выделенный ему телефонный номер <...> , в связи с чем его действия совершены с нарушением требований 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 рекламораспространитель. Нарушение рекламораспространителем законодательства Российской 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 ООО «НИКАМЕД» имеется событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Дата совершения административного правонарушения – 01.02.2019.

Место совершения административного правонарушения: г. Москва.

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 с частью 2 статьи 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации

предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

При рассмотрении дела учитываются положения пункта 16.1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, согласно которому при рассмотрении дел об административных правонарушениях следует учитывать, что понятие вины юридических лиц раскрывается в части 2 статьи 2.1 КоАП РФ, при этом в отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП РФ формы вины не выделяет. Следовательно, и в тех случаях, когда в соответствующих статьях Особенной части КоАП РФ возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

В соответствии со статьей 24.1 АП 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 ООО «НИКАМЕД» виновно, так как общество обязано было обеспечить соблюдение требований, предусмотренных Законом о рекламе, имело такую возможность, но не обеспечило соблюдение вышеуказанных требований, в результате чего нарушены права потребителя на надлежащую рекламу. Требования статьи 18 Закона о рекламе абсолютны и легко исполнимы, их исполнение не сопряжено с какими-либо сложностями технического или иного характера.

В соответствии со статьей 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за нарушения законодательства о рекламе составляет 1 год; на момент вынесения настоящего постановления срок давности не истек.

При решении вопроса о возможности применения положений статьи 2.9 КоАП РФ учитывается следующее. 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 и пункта 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния. Каких-

либо чрезвычайных и не зависящих от ООО «НИКАМЕД» обстоятельств, которые препятствовали последнему исполнить требования Закона о рекламе, не установлено. Заявитель полагает свои права существенно нарушенными.

В соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

В соответствии с частью 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания в соответствии с частью 3.2 КоАП РФ размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей.

При рассмотрении настоящего дела учтен характер совершенного административного правонарушения, отсутствие обстоятельств, отягчающих административную ответственность ходатайство представителя ООО «НИКАМЕД» о применении положений частей 3.2 и 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ и с учетом вышеизложенного размер штрафа подлежит определению в размере половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Руководствуясь ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», частью 1 статьи 14.3, частями 3.2 и 3.3 статьи 4.1, статьями 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать юридическое лицо Общество с ограниченной ответственностью «НИКАМЕД» (ИНН 7713046956, ОГРН 1037700031588, КПП 771401001) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Наложить на Общество с ограниченной ответственностью «НИКАМЕД» (ИНН 7713046956, ОГРН 1037700031588, КПП 771401001) административный штраф в размере 50 000 (пятьдесят тысяч) рублей.

Реквизиты для перечисления штрафа: XXX

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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.*

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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.*

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1 - 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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