

Постановление

о наложении штрафа по делу №012/04/14.3-481/2021

об административном правонарушении

«08» июня 2021 года
Йошкар-Ола

Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в лице заместителя руководителя-начальника отдела <...>, рассмотрев протокол от «27» мая 2021 года об административном правонарушении и материалы дела №012/04/14.3-481/2021, возбужденного в отношении <...> (<...>) по факту нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении смс-сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента (решение Комиссии Марийского УФАС России о признании рекламы ненадлежащей от 20.01.2021 по делу № 012/05/18-938/2020), ответственность за которое предусмотрена ч.1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в отсутствие <...>,

Установила:

Марийским УФАС России возбуждено дело №012/04/14.3-481/2021 об административном правонарушении в отношении <...> по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении смс-сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента (решение Комиссии Марийского УФАС России о признании рекламы ненадлежащей от 20.01.2021 по делу № 012/05/18-938/2020).

27.05.2021 ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> составлен протокол об административном правонарушении №012/04/14.3-481/2021 в отношении <...> по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

<...> надлежащим образом извещен о дате, времени составления протокола <...> направлено уведомление о составлении протокола (исх. № 03-07/364 от 14.05.2021) по адресу места регистрации, а также телеграмма № 468 от 14.05.2021.

Копия протокола (исх. № 03-07/425 от 27.05.2021), а также телеграмма №1525 с 04.06.2021 были направлены по месту регистрации <...> Таким образом, на момент рассмотрения дела №012/04/14.3-481/2021 <...> был надлежащим образом уведомлен о дате, месте и времени рассмотрения дела.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В Марийское УФАС России поступило заявление <...> (вх. № 185-К от 28.09.2020) в виде смс-сообщения с телефонного номера <...>, распространенном с использованием телематических средств связи без согласия абонента следующего содержания:

«Производственно-строительная компания Лайф www.oolalif.ru vk.com/oolalif www.instagram.com/stroitelstvo_domov_laif».

В соответствии со пунктом 1 статьи 3 Закона 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.

Под объектом рекламирования понимают 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 (пункт 3 статьи 3 Закона о рекламе).

В рассматриваемой рекламе объектом рекламирования являются услуги, оказываемые производственно-строительной компанией «Лайф».

Информация, направленная Ковинскому С.Б., в виде смс-сообщения, не адресована конкретному потребителю, не адресована каким-либо определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователь телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатель информации не могут быть определены.

Таким образом, информация, поступившая <...> является рекламой, так как рассматриваемое смс-сообщение направлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практик

применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе информация, распространенная любым способом, в любой форме и использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц 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.

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.

Из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи. При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Кроме того, в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 5 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» Закон о рекламе не определяет порядок 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, распространение рекламы по сетям электросвязи должно

осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Пункт 21.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) закрепляет понятие рассылки по сети подвижно радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сет подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротки текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующе российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передач которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии иностранными операторами связи.

Закон о связи не содержит исключений из информации, которая може распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Статья 44.1 Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки. Согласно части 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижно радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получении предварительного согласия абонента, выраженного совершени им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющи достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылк признается осуществленной без предварительного согласия абонента, есл заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе ил оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылк по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, чт такое согласие было получено.

Толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласи адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, обязанность доказывать наличие такого согласия возложена н рекламораспространителя. Требование законодателя относительн обязанности рекламораспространителя предварительно получить согласи абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательно рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направлени абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явн выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующу рассылку.

Вместе с тем, <...> не выражал согласие на получение рассматриваемо рекламной информации.

Так, указанная информация доводилась до абонента без его предварительного согласия на ее получение, что нарушает часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующи

механизм распространения указанного смс-сообщения.

Марийским УФАС установлено, что смс-сообщение поступило с номер телефона +79648612424, принадлежащего <...>, следовательно, <...> является рекламодателем и рекламораспространителем.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламораспространитель.

Ответственность за данное нарушение предусмотрена частью 1 статьей 14. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей.

Статьей 26.1 КоАП РФ предусмотрено, что одним из обстоятельств, подлежащих выяснению по делу об административном правонарушении, является виновность лица в совершении административного правонарушения.

Согласно части 1 статьи 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Согласно пункту 1 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 силу 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. Административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было могло их предвидеть.

Антимонопольным органом установлено, что <...> при должной внимательности и осмотрительности при размещении рекламы мог предвидеть последствия возможности нарушения законодательства о рекламе, имел возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение

административного правонарушения, но не предпринял всех зависящих от него мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Антимонопольный орган, на основе собранных по делу доказательств, приходит к выводу, что вина <...> в нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе установлена.

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

Место совершения административного правонарушения: город Йошкар-Ола.

Время совершения административного правонарушения: 28 сентября 2020 года 12 часов 02 минуты - дата и время поступления смс-сообщения посредством телематических средств связи без согласия абонента.

Состав административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ совершенного <...>, образуют:

- объект административного правонарушения - установленный порядок производства, размещения и распространения рекламы;
- объективная сторона – размещение рекламы с нарушением части 1 статьи 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»;
- субъект правонарушения – <...>;
- субъективная сторона – виновное совершение административного правонарушения, так как у <...> имелась возможность соблюдения законодательства о рекламе, но им не были приняты все зависящие от него меры по его соблюдению.

Следовательно, установлено, что имело место событие административного правонарушения и факт его совершения <...> Кроме того, имелись основания для составления протокола об административном правонарушении юридические признаки (противоправность, виновность, наказуемость) и все элементы состава административного правонарушения, предусмотренны нормой права (объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона).

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ) не установлено.

Дополнительно должностным лицом Марийского УФАС России исследован вопрос о малозначительности.

Согласно статье 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.

Как разъяснил Верховный Суд Российской Федерации в пункте 21 постановления Пленума 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. При этом такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, характеризующими малозначительность правонарушения.

По смыслу статьи 2.9 КоАП РФ оценка малозначительности деяния должна соотноситься с характером и степенью общественной опасности, причинением вреда либо угрозой причинения вреда личности, обществу или государству. Таким образом, административные органы обязаны установить не только формальное сходство деяния с признаками того или иного административного правонарушения, но и решить вопрос о социальной опасности деяния.

Действия <...> содержат нарушение законодательства о рекламе свидетельствуют о пренебрежительном отношении предпринимателя исполнению своих обязанностей по соблюдению норм в сфере законодательства о рекламе.

Совершенное <...> 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 обладающей специальными познаниями.

Таким образом, оценив характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, должностное лицо Марийского УФАС России пришло к выводу о том, что совершенное <...> правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем отсутствуют основания для признания его малозначительным.

В силу примечания к статье 2.4 КоАП РФ совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители и другие работники, а также лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, несут административную ответственность как должностные лица.

Обстоятельства, смягчающие административную ответственность, не установлены.

Основания для применения статьи 4.1.1 КоАП РФ не установлены.

Таким образом, должностное лицо, считает возможным назначить Рыбаков Александру Юрьевичу административное наказание в виде штрафа в размер санкции ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ в сумме 2 000 (две тысячи) рублей.

Руководствуясь ст. 2.1, 2.2, 2.9, 2.10, 4.1, 4.2, 4.3, ч. 1 ст. 14.3, 23.48, ч. 1 ст. 29.9, 29.1 КоАП РФ, статьями 25, 33, 38 Закона о рекламе,

Постановила:

Привлечь <...> (<...>) к административной ответственности по части 1 статьи 14. КоАП РФ и назначить наказание в виде штрафа в размере 2 000 (двух тысяч) рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки предусмотренных статьей 31.5 КоАП.

В соответствии с частью 5 статьи 3.5 КоАП сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Реквизиты счетов для перечисления штрафа:

<...>

Согласно части 5 статьи 32.2 КоАП РФ при отсутствии документов свидетельствующего об уплате административного штрафа, по истечении шестидесяти дней со срока, указанного в части 1 данной статьи должностное лицо, вынесшее постановление, направляют соответствующие материалы судебному приставу-исполнителю для взыскания суммы административного штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством. Кроме того, должностное лицо федерального органа исполнительной власти, его учреждения, структурного подразделения или территориального органа, а также иного государственного органа, уполномоченного осуществлять производство по делам об административных правонарушениях, составляя протокол об административном правонарушении, предусмотренный частью статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный штраф.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере сумм

неуплаченного штрафа.

В соответствии с частью 1, 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо суд по месту рассмотрения дела в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 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 –

начальник отдела