

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу

об административном правонарушении № 048/04/14.3-249/2019

30 мая 2019 года

г. Липецк

Резолютивная часть постановления объявлена 28 мая 2019 года

Постановление в полном объеме изготовлено 30 мая 2019 года

Я, заместитель руководителя управления-начальник отдела защиты конкуренции Липецкого УФАС России <...>, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 048/04/14.3-249/2019, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью «Девино Телеком» (<...>) (далее – ООО «Девино Телеком»), по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в отсутствие ООО «Девино Телеком»,

УСТАНОВИЛ:

В Липецкое УФАС России поступило обращение гражданина <...> о том, что 10.08.2018 г. в 12 часов 00 минут на его абонентский номер <...> поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «STROYLANDIA» следующего содержания: «С 10 по 31 августа скидка на всё 12%. Подробности в магазине».

Данный способ распространения рекламной информации содержит признаки нарушения Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе).

Статья 1 Закона 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 или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с п. 2 ст. 3 Закона о рекламе 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.

П. 3 ст. 3 Закона о рекламе гласит, что товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В соответствии с п. 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламораспространитель - лицо,

осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 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 - 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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Между тем такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи, с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к товарам, реализуемым магазином «Стройландия», а также скидкам и акциям, проводимых организацией, и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

Также, не было представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная 10.08.2018 г. в 12 часов 00 минут на абонентский номер <...> от отправителя «STROYLANDIA», является рекламой.

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.

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.

При этом, в ходе рассмотрения заявления установлено, что между ООО «Т2 Мобайл» и ООО «Дэни Колл» заключен договор от <...> № <...>.

В свою очередь ООО «Дэни Колл» осуществляло рассылку указанного рекламного сообщения на основании партнерского договора № <...> от <...> г., заключенного с ООО «Девико Телеком».

При этом согласно пункту 3.1.15 заказчик (ООО «Девино Телеком») обязуется не использовать услуги для распространения СПАМа, т.е. рассылать SMS-сообщения только абонентам, от которых заказчиком самостоятельно и за его счет в обязательном порядке предварительно (до рассылки SMS-сообщений) получены надлежащим образом оформленные согласия на получение таких SMS-сообщений.

Согласие <...> на получение рекламы посредством sms-сообщения в антимонопольный орган представлено не было.

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

При этом у каждого из названных хозяйствующих субъектов имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемым лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ООО «Девино Телеком» обладало возможностью осуществления контроля за действиями контрагентов.

Исходя из документов, представленных в Липецкое УФАС России, что ООО «Девино Телеком» имело возможность не передавать рассматриваемую рекламу. В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

На основании изложенного, ООО «Девино Телеком» является одним из рекламораспространителей рекламы «С 10 по 31 августа скидка на всё 12 %. Подробности в магазине», распространенной 10.08.2018 в 12:00 на номер телефона <...> от отправителя «STROYLANDIA».

Решением Управления Федеральной антимонопольной службы по Липецкой области от 06 декабря 2018 г. по делу № 17 признано наличие нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе в рекламе, распространенной 10.08.2018 г. в 12 часов 00 минут на его абонентский номер <...> поступило sms-сообщение рекламного характера от имени «STROYLANDIA» следующего содержания: «С 10 по 31 августа скидка на всё 12%. Подробности в магазине».

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 ООО «Девино Телеком» нарушена ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Субъект – ООО «Девино Телеком» (<...>).

Субъективная сторона выражается в форме вины, так как ООО «Девино Телеком» 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 – 10.08.2018.

Определением о возбуждении дела об административном правонарушении № 048/04/14.3-249/2019 и проведении административного расследования от 23.04.2019 г. в отношении ООО «Девино Телеком» возбуждено административное расследование. Составление протокола об административном правонарушении по делу № 048/04/14.3-249/2019 назначено на 21.05.2019 г.

21.05.2019 г. на процедуру составления протокола № 048/04/14.3-249/2019 об административном правонарушении представитель ООО «Девино Телеком» не явился. О месте и времени составления протокола № 048/04/14.3-249/2019 об административном правонарушении уведомлен надлежащим образом.

На основании ч. 4.1 ст. 28.2 КоАП РФ протокол был составлен в отсутствие представителя ООО «Девино Телеком».

28.05.2019 г. представитель ООО «Девино Телеком» на рассмотрение не явился. О месте и времени рассмотрения дела об административном правонарушении № 048/04.14.3-249/2019 ООО «Девино Телеком» 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. 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 ООО «Девино Телеком», 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 ООО «Девино Телеком» 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 ООО «Девино Телеком» как о субъекте малого и среднего бизнеса.

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

Также установлено, что территориальными органами ФАС России ООО «Девино Телеком» неоднократно привлекалось к административной ответственности по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Так, Кировским УФАС России в отношении ООО «Девино Телеком» вынесено постановление № 47р-18/81-04-2017р от 04.09.2018 г. о назначении административного наказания в виде предупреждения. Постановление вступило в силу 05.10.2018, не обжаловано.

Марийским УФАС России в отношении ООО «Девино Телеком» вынесены постановления: № 03-07/71-2018 от 03.08.2018 г. о назначении административного наказания в виде в виде наложения штрафа в размере 101 000 рублей; № 03-0/67-2018 от 31.07.2018 г. о назначении административного наказания в виде наложения штрафа в размере 101 000 рублей.

Учитывая характер совершенного ООО «Девино Телеком» 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,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать общества с ограниченной ответственностью «Девино Телеком» (<...>) 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: 16100500000000096182)

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.