

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о вынесении предупреждения по делу № 167 р-17/08-04-2017р

об административном правонарушении

«24» ноября 2017 г.

г. Киров

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области <...>, рассмотрев протокол № 167р-17/08-04-2017р от 02.11.2017, в отношении должностного лица – <...> в связи с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту – Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Кировского УФАС России по делу № 08/04-2017р (резольтивная часть решения оглашена 02 октября 2017 года; в полном объеме решение изготовлено 09 октября 2017 года) признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «Квартира от 1,5 млнр.р.Быстро строим!Рассрочка <...>», направленная 25.11.2016г. в 17:36 с номера +<...> на номер мобильного телефона <...> без ее предварительного согласия, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Нарушение заключается в следующем.

В Кировское УФАС России поступило обращение физического лица по вопросу получения 25.11.2016г. в 17:36 на номер мобильного телефона +<...>смс-сообщения следующего содержания: «Квартира от 1,5 млнр.р.Быстро строим!Рассрочка <...>» с номера +<...>, в отсутствие согласия абонента на его получение, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно ст. 3 Федерального закона «О рекламе», рекламой является информация, распространяемая 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 понимается 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 – это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношений, возникающих в связи с реализацией 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.

Информация: «Квартира от 1,5 млнр.р.Быстро строим!Рассрочка <...>», содержащаяся в

спорном смс-сообщении, полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Федерального 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.

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие 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.

В соответствии с частью 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 года № 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.

При обращении в ФАС России гражданин сообщил об отсутствии его разрешения на получение рассматриваемой рекламы.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «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; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

Понятие адресата содержится в статье 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которому адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

Таким образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по передаче информации, они выступают получателями сообщений.

При этом в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

В соответствии с п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» данный закон 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.

В соответствии с информацией, представленной ПАО «МТС» (вх. 124 от 11.01.2017) <...> является абонентом ПАО «МТС» по договору оказания услуг подвижной связи с выделением абонентского номера <...>. Спорное смс-сообщение поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-центр ПАО «МТС» <...> на абонентский номер <...> с абонентского номера +<...>, выделенного оператору связи Публичному акционерному Обществу «Вымпел-Коммуникации» (далее ПАО «Вымпел-Коммуникации»). Указанный в смс-сообщении в строке SMS-центр абонентский номер +<...> выделен из реестра Российской системы и плана нумерации ПАО «МТС», и используется в качестве SMS-центра, являющегося шлюзом для приема смс-сообщений от других операторов связи и доставки указанных смс-сообщений абонентам ПАО «МТС». При этом SMS-центр не может быть отправителем сообщений, либо самостоятельно инициировать отправления сообщений.

Согласно информации, представленной ПАО «Вымпел-Коммуникации» (исх. № 8 от 26.01.2017г.), вышеуказанное смс-сообщение направлено ООО «Интерлайн», с которым заключен договор об оказании услуг связи от 26.09.2016. Вышеуказанная информация по детализации по абонентскому номеру +<...>, принадлежащему ООО «Интерлайн», получена из операционной системы ПАО «Вымпел-Коммуникации».

ПАО «Вымпел-Коммуникации» не известно содержание смс –сообщения, поступающего на абонентский номер <...> поскольку оно отправляется третьим лицом. В рамках заключенного договора об оказании услуг связи предоставляет абоненту услуги связи, позволяющие последнему передавать и (или) принимать голосовую и (или) неголосовую информацию. Применительно к услуге приема/передачи коротких текстовых сообщений (SMS) это означает, что абонент самостоятельно пользуется данной услугой посредством технической возможности, которую обеспечивает ему оператор связи, всю последовательность действий, необходимых для отправки коротких текстовых сообщений (SMS) определенного содержания, абонент осуществляет самостоятельно (набор текста, выбор адресата получателя сообщения, нажатие клавиши «Отправить»). Техническое и фактическое формирование SMS – сообщения, формирование базы получателей и рассылка по адресатам SMS –сообщения осуществлялось ООО «Интерлайн».

В соответствии с частью 1 статьи 46 Федерального закона «О связи» оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

ПАО «Вымпел-Коммуникации», как оператор связи, соблюдая действующее законодательство, обеспечило возможность пропуска трафика по своим сетям связи.

Таким образом, в соответствии с Договором об оказании услуг связи от 29.06.2016, Условиями оказания услуг связи «Билайн» ООО «Интерлайн» обязано получить согласие абонента на получение смс-сообщения.

Из анализа материалов дела Кировское УФАС России делает вывод, что фактическое (физическое) доведение рассматриваемого смс-сообщения до абонента без его согласия осуществило ООО «Интерлайн», поэтому указанный хозяйствующий субъект является рекламодателем.

В ходе рассмотрения дела в Кировское УФАС России не были представлены доказательства

того, что спорное смс-сообщение было передано ООО «Интерлайн» абоненту <...> с её предварительного согласия.

Кировским УФАС России были проанализированы все имеющиеся документы и доказательства по данному делу, на основании чего сделан вывод о том, что действия ООО «Интерлайн» отвечают буквальному определению понятия, данному в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» в отношении рекламораспространителя – распространение рекламы с использованием любых средств, в данном случае — смс-сообщений.

Таким образом, рекламораспространитель ООО «Интерлайн», воспользовавшись техническими и программными средствами, а также программными и техническими средствами ПАО «Вымпел-Коммуникации», не исполнило в должной мере положения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», распространив на телефонный номер <...> смс-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя.

На основании изложенного, Кировское УФАС России приходит к выводу о том, что при распространении на телефонный номер +<...> рекламы следующего содержания: *«Квартира от 1,5 млнр.Быстро строим!Рассрочка <...>»* были нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель (лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств).

Решением установлено, что ООО «Интерлайн», являясь лицом, осуществившим распространение рекламы, является рекламораспространителем по смыслу Федерального закона «О рекламе» и несет ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

На основании ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем 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.

Протокол об административном правонарушении № 167р-17/08-04-2017р и определение о назначении времени и места рассмотрения административного дела № 167 р-17/08-04-2017р от 02.11.2017г., в пункте 1 которого указано, что рассмотрение данного административного дела назначено на 24.11.2017г. в 09 часов 50 минут, были направлены на юридический адрес ООО «Интерлайн» <...> заказным письмом с уведомлением почтовый идентификатор № 61001915029712. Согласно информации с официального сайта Почты России письмо находится в отделении связи, была произведена неудачная попытка вручения корреспонденции 14.11.2017г.

В силу п. 1 ст. 165.1 Гражданского Кодекса Российской Федерации заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю.

Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

Следовательно, должностное лицо ООО «Интерлайн» <...> надлежащим образом уведомлен о

дате и времени рассмотрения дела об административном правонарушении № 167 р-17/08-04-2017р от 02.11.2017г. В соответствии со статьей 29.7 КоАП РФ принято решение о рассмотрении дела в отсутствие должностного лица ООО «Интерлайн» <...> Протокол рассмотрен в отсутствие должностного лица ООО «Интерлайн» <...>.

Согласно ч. 1 ст. 4.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение рекламного законодательства составляет один год со дня совершения административного правонарушения.

Срок давности привлечения лица к административной ответственности исчисляется с 25.11.2016 (дата получения спорного смс-сообщения).

Событием административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ является установленный факт нарушения законодательства РФ о рекламе в действиях должностного лица ООО «Интерлайн» <...>, выразившийся в распространении рекламы следующего содержания: «Квартира от 1,5 млнр.Быстро строим!Рассрочка 0% +<...>» 25.11.2016г. в 17:36 с номера +<...>на номер мобильного телефона <...> без ее предварительного согласия, нарушающей требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Объектом административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, являются общественные отношения в области рекламы.

Объективной стороной административного правонарушения являются действия должностного лица – генерального директора ООО «Интерлайн» <...> по распространению смс-сообщения: «Квартира от 1,5 млнр.Быстро строим!Рассрочка <...>», в нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно ст. 2.4 Кодекса РФ об административных правонарушениях должностное лицо подлежит административной ответственности в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Согласно Уставу <...> является генеральным директором ООО «Интерлайн». Субъект административного правонарушения – должностное лицо генеральный директор ООО «Интерлайн» <...>, который распространил смс-сообщение: «Квартира от 1,5 млнр.Быстро строим!Рассрочка <...>», в нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». Именно <...> должен был предотвратить нарушение рекламного законодательства, однако его допустил. Поэтому нарушение рекламного законодательства произошло по вине <...>.

В силу части 2 ст. 2.2 КоАП РФ 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 и могло их предвидеть.

Субъективная сторона административного правонарушения характеризуется виной субъекта в форме неосторожности, поскольку <...> не предвидел возможности наступления вредных последствий, хотя должен был и мог их предвидеть. Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законодательством требований, при рассмотрении дела не установлены.

Таким образом, рассматриваемое правонарушение совершено по вине должностного лица - генерального директора ООО «Интерлайн» <...> в форме неосторожности.

Место и время совершения административного правонарушения: место совершения

административного правонарушения (г. Москва), время совершения: 25.11.2016г. 17:36 получение на телефонный номер заявителя смс-сообщения следующего содержания: «Квартира от 1,5 млрд.р.Быстро строим!Рассрочка 0% +<...>».

В ходе рассмотрения дела были исследованы все обстоятельства совершенного нарушения законодательства РФ о рекламе. Факты, изложенные в протоколе № 167р-17/08-04-2017р от 02.11.2017 об административном правонарушении, подтверждаются в полном объеме материалами дела № 08/04-2017р.

В соответствии со ст. 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Таким образом, совершенные должностным лицом – генеральным директором ООО «Интерлайн» <...> действия по распространению смс-сообщения следующего содержания: «Квартира от 1,5 млрд.р.Быстро строим!Рассрочка <...>» на номер мобильного телефона гр.<...> без ее предварительного согласия, в нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», содержат состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 1 статьи 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 части 1, 2 статьи 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.

Поскольку согласно информации на сайте <...> ООО «Интерлайн» <...> включено в Реестр субъектов малого и среднего предпринимательства и правонарушение, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст.14.3 КоАП РФ, совершено должностным лицом Общества впервые, с учетом отсутствия оснований, установленных частью 2 статьи 4.1.1 КоАП РФ, считаю возможным применить к должностному лицу Общества меру ответственности в виде предупреждения.

Руководствуясь ст. 3, ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», статьями 2.1, 2.4, 3.4, 4.1.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать должностное лицо - генерального директора <...> виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Применить к должностному лицу - генеральному директору <...> меру ответственности в виде предупреждения.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 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.

Руководитель управления

<...>