

## ПОСТАНОВЛЕНИЕ

### о наложении штрафа по делу № 04-5/2-18-2015 об административном правонарушении

«20» июля 2015 года

г. Тверь

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) Посохова Л.В., рассмотрев протокол от 13.07.2014 и материалы дела об административном правонарушении № 04-5/2-18-2015 в отношении Индивидуального предпринимателя <\*\*\*> (далее – ИП <\*\*\*>, дата и место рождения: <\*\*\*>, г. <\*\*\*>; зарегистрированного по адресу: <\*\*\*>, ИНН <\*\*\*>, ОГРНИП – <\*\*\*>, дата государственной регистрации <\*\*\*>),

в отсутствие ИП <\*\*\*>, надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела,

#### УСТАНОВИЛ:

В Тверское УФАС России обратился <\*\*\*> о распространении 21.07.2014 в 14:44 на выделенный ему телефонный номер <\*\*\*> без его предварительного согласия посредством смс - сообщения рекламы следующего содержания: «Гнездо глухаря» 22.07 ТРЕТЬЯКОВ, КОЧЕТКОВ, 23.07 ДОЛЬСКИЙ 699-3399», отправитель – <\*\*\*>.

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

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.

Поступившая <\*\*\*> 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 в данном случае является заведение бард-клуб «Гнездо глухаря».

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.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель, которым признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Телефонный номер <\*\*\*>, выделенный <\*\*\*>, относится к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «ВымпелКом», согласно информации которого (письмо от 22.09.2014 № 01037/14-ИЦР-ТВР) смс – сообщение 21.07.2014 в 14:40 было направлено через СМС - центр <\*\*\*> с абонентского номера <\*\*\*>, выделенного ООО

«Мобилфон» на основании договора об оказании услуг связи от 30.12.2010 № 1546/49.

Согласно информации ООО «Мобилфон» отправителем вышеуказанного смс – сообщения является ООО «СМС-Оценка», которому в соответствии с договором об оказании услуг от 17.02.2011 № 106/11 (далее – договор № 106/11) была предоставлена возможность отправлять смс – сообщения. Факт исполнения договора № 106/11 подтвержден представленным ООО «Мобилфон» актом от 31.07.2014 № 542/14, подписанным ООО «Мобилфон» и ООО «СМС-Оценка», свидетельствующим о выполнении ООО «СМС-Оценка» комплекса услуг по организации отправки смс – сообщений за период с 01.07.2014 по 31.07.2014 по договору № 106/11.

Согласно пояснениям ООО «СМС-Оценка» от 26.05.2015 № 001, ООО «СМС-оценка» предоставляет другим организациям и индивидуальным предпринимателям сервис по отправке различного рода смс-сообщений, для чего создан сайт, на котором регистрируются клиенты, получают доступ в «Личный кабинет», в котором имеют возможность формировать тексты смс-сообщений и осуществлять рассылку по своей клиентской базе. Вход в «Личный кабинет» возможен только по индивидуальным паролю и логину, которые известны только самому клиенту. Одним из дилеров ООО «СМС-Оценка» является ИП <\*\*\*>, с которым заключен договор № 80009771592/1 предоставления услуг от 01.02.2014 (далее - договор № 80009771592/1).

Подпунктом 3.1.1 договора № 80009771592/1 и пунктом 4 Дополнительного соглашения № 1 от 01.02.2014 к договору № 80009771592/1 предусмотрено, что Исполнитель (ООО «СМС-Оценка») предоставил Заказчику (ИП <\*\*\*>) возможность отправлять SMS-сообщения через «Личный кабинет» путем выхода на сайт Исполнителя (ООО «СМС-Оценка») [www.sms-uslugi.ru](http://www.sms-uslugi.ru), где Заказчик самостоятельно указывает следующие данные: текст SMS-сообщения, которое необходимо отправить; группу Адресатов, которой необходимо отправить SMS-сообщения (если Адресаты разбиты на группы).

В соответствии с пунктом 4.2.2 Дополнительного соглашения № 1 от 01.02.2014 к договору № 80009771592/1 Исполнитель (ООО «СМС-Оценка») присваивает Заказчику индивидуальный Login и пароль для предоставления доступа к серверу Исполнителя (ООО «СМС-Оценка»), далее Заказчик (ИП <\*\*\*>) самостоятельно производит отправку SMS-сообщений. При этом согласно пункту 1.3 договора № 80009771592/1 ИП <\*\*\*> присвоены индивидуальные номер электронного лицевого счета (80009771592) и логин (screenzet).

Согласно пункту 1 Дополнительного соглашения № 4 от 01.02.2014 к договору № 80009771592/1 Заказчик (ИП <\*\*\*>) вправе передавать свои права и обязанности по договору № 80009771592/1 третьему лицу, оставаясь ответственным за его действия как за собственные.

Письмом от 24.06.2015 ИП <\*\*\*> сообщил, что он является посредником в предоставлении услуг между ООО «СМС-Оценка» и конечным клиентом. СМС-рассылка осуществляется через программу на сайте [www.rfsms.ru](http://www.rfsms.ru). По сведениям ИП <\*\*\*>, действия по распространению вышеуказанного смс – сообщения осуществлены ООО «Концерт-Сервис» (ИНН – 7703731631), с которым заключен договор от 02.11.2011 № 80006714406. При этом представлен электронный вариант

письма ООО «Концерт-Сервис» от 01.10.2014, согласно которому анкета 89151995548 отсутствует и данный номер был ошибочно внесен в базу данных.

Довод ИП <\*\*\*> о том, что к распространению вышеназванного смс – сообщения причастно ООО «Концерт-Сервис», не соответствует действительности, поскольку в соответствии с данными, размещенными на официальном сайте Федеральной налоговой службы [www.nalog.ru](http://www.nalog.ru), ООО «Концерт-Сервис» (ИНН – 7703731631) прекратило свою деятельность 15.07.2013, в связи с чем не могло осуществить 21.07.2014 отправку вышеуказанного смс – сообщения. Электронный вариант письма ООО «Концерт-Сервис» от 01.10.2014 не может рассматриваться как надлежащее доказательство по этой же причине, а также в связи с тем, что номер <...> не является номером заявителя, на который 21.07.2014 поступило смс-сообщение.

Таким образом, документально подтверждено, что действия по распространению смс – сообщения на номер <\*\*\*> осуществлялись лицом, имеющим возможность входа в «Личный кабинет» с использованием выделенного ООО «СМС-Оценка» пароля и с использованием индивидуальных номера электронного лицевого счета и логина. Таким лицом является ИП <\*\*\*>. Наличие иных лиц, имеющих возможность входа в «Личный кабинет» с использованием выделенного ООО «СМС-Оценка» пароля и с использованием индивидуальных номера электронного лицевого счета и логина не установлено, их причастность к распространению смс-рекламы на номер заявителя документально не подтверждена.

Принимая во внимание совокупность всех материалов и отсутствие согласия <\*\*\*> на получение вышеназванной рекламы, действия ИП <\*\*\*> по распространению 21.07.2014 в 14:40 на телефонный номер <\*\*\*> (<\*\*\*>) рекламы следующего содержания: «Гнездо глухаря» 22.07 ТРЕТЬЯКОВ, КОЧЕТКОВ, 23.07 ДОЛЬСКИЙ 699-3399», совершены с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

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 - 4 статьи 14.3, 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 ИП <\*\*\*> имеется событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Дата совершения административного правонарушения – 21.07.2014.

Место совершения административного правонарушения: г. Тверь.

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 со статьей 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 и могло их предвидеть.

В соответствии с примечанием к статье 2.4 КоАП РФ лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица, если КоАП РФ не установлено иное. В данном случае иное КоАП РФ не установлено.

В соответствии со статьей 24.1 КоАП 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 ИП <\*\*\*> виновно, форма вины – умысел, так как он сознавал противоправный характер своих действий, но относился к ним безразлично, что и повлекло нарушение законодательства о рекламе и распространение рекламы без согласия Абонента (получателя).

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 при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, с учетом характера, степени общественной опасности, наличия или угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Требования части 1 статьи

18 Закона о недопустимости распространения рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия получателя абсолютны и выполнимы, их соблюдение не сопряжено с какими-либо сложностями. Доказательства, свидетельствующие о том, что неисполнение требований части 1 статьи 18 Закона явилось следствием каких-либо чрезвычайных или не зависящих от ИП <\*\*\*> обстоятельств, отсутствуют. Заявитель полагает свои права существенно нарушенными фактом поступления нежелательной рекламы.

Учитывая вышеизложенное, основания для применения положений статьи 2.9 КоАП РФ отсутствуют. Однако с учетом отсутствия обстоятельств, отягчающих административную ответственность, имеются основания для применения минимального размера административного штрафа в пределах санкции, предусмотренной частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Руководствуясь ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», статьями 14.3, 23.48, 29.9, 29.10, 4.2, 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях

### **ПОСТАНОВИЛ:**

1. Признать Индивидуального предпринимателя <\*\*\*> (дата и место рождения: <\*\*\*>, г. <\*\*\*>; зарегистрированного по адресу: <\*\*\*>, ИНН - <\*\*\*>, ОГРНИП – <\*\*\*>, дата государственной регистрации <\*\*\*>) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Наложить на Индивидуального предпринимателя <\*\*\*> (дата и место рождения: <\*\*\*>, г. <\*\*\*>; зарегистрированного по адресу: <\*\*\*>, ИНН - <\*\*\*>, ОГРНИП – <\*\*\*>, дата государственной регистрации <\*\*\*>) административный штраф в размере 4 000 (четыре тысячи) рублей.

Заместитель руководителя управления: Л.В. Посохова