

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу № 04-5/2-8-2016

об административном правонарушении

«27» июля 2016 года

г. Тверь

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) Посохова Л.В., рассмотрев протокол об административном правонарушении от 12.07.2016 № 04-5/2-8-2016, составленный в отношении Индивидуального предпринимателя ХХХ, по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), и материалы дела № 04-6/2-60-2015 о нарушении законодательства о рекламе,

в отсутствие ХХХ, надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении,

УСТАНОВИЛ:

Управление Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее - Тверское УФАС России) рассмотрело дело № 04-6/2-60-2015 о нарушении ХХХ части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон). Решением по делу № 04-6/2-60-2015 установлено следующее.

В соответствии со статьей 1 Закона 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.

03.08.2015 на выделенный ХХХ (г.Тверь) телефонный номер ХХХ посредством смс - сообщения без предварительного его согласия поступило смс-сообщение следующего содержания: «Проще позвонить, чем заниматься 88005557240 Домашние Деньги psYTvPMm9BKD».

Содержащаяся в смс-сообщении информация является рекламой, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования – финансовой услуге, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложено на рекламодателя.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель, которым, согласно статье 3 Закона о рекламе, признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Телефонный номер ХХХ, выделенный ХХХ, относится к ресурсу нумерации оператора связи ПАО «МТС». Согласно представленной ХХХ детализации оказания услуг связи на телефонный номер ХХХ за период с 27.07.2015 по 07.08.2015 вышеуказанное смс-сообщение поступило 03.08.2015 в 18:46 с телефонного номера +79023596326.

В соответствии с выпиской из реестра Российской системы плана и нумерации по состоянию на 14.09.2015 телефонный номер отправителя +79023596326 является частью ресурса нумерации с кодом 902 в пределах диапазона 3590000 - 3599999, оператор ЗАО «СМАРТС-Чебоксары».

Согласно информации ЗАО «СМАРТС-Чебоксары» (письмо от 06.10.2015 № 01-423) к отправке вышеуказанного смс-сообщения на телефонный номер <...> выделенный ХХХ причастно ООО «Мобильный актив», которому в соответствии с договором на предоставление услуг подвижной радиотелефонной связи от 03.07.2015 № 451303 выделен телефонный номер <...> .

Согласно информации, полученной от ООО «Мобильный актив» (письмо от 11.11.2015 б/н), отправителем смс-сообщения 03.08.2015 в 18:46 на телефонный номер выделенный ХХХ, является ХХХ, которому в соответствии с договором предоставления услуг от 20.03.2015 № 1186 (далее – Договор), предоставлен комплекс услуг информационно-технического характера с целью распространения смс-сообщений. В соответствии с Правилами предоставления услуг (Приложение № 1 к Договору) Заказчику (ХХХ) предоставлен доступ к интерфейсу с возможностью удаленного доступа к оборудованию Исполнителя (ООО «Мобильный актив»). При этом поручение на отправку смс-сообщений дает именно Заказчик, а Исполнитель лишь обеспечивает работоспособность интерфейса.

Условиями Договора предусмотрено, что при формировании поручений на отправку сообщений к исполнению Оператором сотовой связи Заказчик самостоятельно определяет текст сообщений, получателей сообщений и выступает инициатором смс-рассылки (пункт 1.5); Заказчик обязуется заблаговременно получить от Абонента, на мобильный телефон которого планируется отправка смс-сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких смс-сообщений в форме, которая однозначно идентифицирует Абонента как лицо, давшее такое согласие, позволяет предъявить указанное согласие Исполнителю и/или оператору в случае необходимости и по их запросу. Согласно вышеуказанному пункту Договора Заказчик гарантирует Исполнителю наличие у него такого согласия (пункт 3.3.1); Заказчик не имеет права использовать оказываемые Исполнителем услуги для передачи смс-сообщений, соответствующих признакам СПАМа (пункт 3.5.3). Согласно пункту 5.8 Договора ответственность за содержание исходящих от Заказчика смс-сообщений несет сам Заказчик; Исполнитель обеспечивает прохождение смс-сообщений в их

неизменном содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования или цензурирования.

В подтверждение причастности ХХХ к распространению вышеуказанного смс-сообщения ООО «Мобильный актив» письмом от 22.01.2016 № б/н представило акт об оказании услуг информационного характера (доступ к электронному интерфейсу) от 31.08.2015 № 481, подписанный ХХХ и ООО «Мобильный актив», и платежное поручение от 28.07.2015 № 98, которое подтверждает, что ХХХ оплатил услуги ООО «Мобильный актив».

Материалами дела № 04-6/2-60-2015 подтверждено, что именно ХХХ использовал предоставленный доступ к электронному интерфейсу ООО «Мобильный актив» с использованием индивидуального логина и пароля для отправки смс-сообщений абонентам и осуществлял отправку смс-сообщений, что свидетельствует о прямой и непосредственной причастности ХХХ к распространению смс-сообщения 03.08.2015 в 18:46 на телефонный номер ХХХ, а его действия подлежат квалификации как действия рекламораспространителя.

Действия ХХХ по распространению 03.08.2015 в 18:46 на телефонный номер <...> выделенный ХХХ, без его предварительного согласия посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Проще позвонить, чем заниматься 88005557240 Домашние Деньги psYTvPMm9BKD», 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 - 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 ХХХ имеется событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Дата совершения административного правонарушения – 03.08.2015.

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 24.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

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.

Административное правонарушение совершено ХХХ виновно, так он обязан был обеспечить соблюдение требований, предусмотренных статьей 18 Закона, но не обеспечил соблюдение вышеуказанных требований, в результате чего смс-реклама распространялась в отсутствие согласия получателя, что последний рассматривает как нарушение своих прав. Требования статьи 18 Закона, допускающей распространение рекламы по сетям электросвязи только при условии предварительного согласия абонента или адресата на ее получение абсолютны и выполнимы. Кроме того, в рассматриваемой ситуации действия ХХХ не являются случайными или обусловленными какими-либо техническими сложностями предотвратить распространение рекламы. Форма вины – умысел.

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 ХХХ обстоятельств, которые препятствовали последнему исполнить требования Закона, не установлено.

В соответствии со статьей 4.1.1 КоАП РФ являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, 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 (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).

Руководствуясь статьями 4.1.1, 4.5, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать **XXX** виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Назначить **XXX** административное наказание в виде предупреждения.

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1 - 30.3 КоАП РФ 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

Копия постановления направлена по месту регистрации **XXX**