

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

об административном правонарушении

по делу № 021/04/14.3-1028/2020

17 сентября 2020 г.

г.

Чебоксары

«...», рассмотрев протокол об административном правонарушении от 17.09.2020, составленный рассмотрев протокол об административном правонарушении от 17.09.2020, составленный «...» и другие материалы дела об административном правонарушении, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью **«Фитнесон» (ОГРН 1175024017486, ИНН 5015014527, Московская область, г. Звенигород, ул. Московская, д. 12, пом. 30),**

в отсутствие представителя ООО «Фитнесон» в соответствии с представленным ходатайством о вынесении постановления без его участия,

УСТАНОВИЛ:

Чувашским УФАС России в порядке части 2 статьи 36 Федерального закона от 03.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) рассмотрено дело № 021/05/18-60/2020 от 29.07.2020 по признакам нарушения требований Закона о рекламе в отношении ООО «Фитнесон».

Основанием для возбуждения дела послужило заявление гражданина «...» (далее - Заявитель), поступившее в Чувашское УФАС России 27.12.2019 (вх. № 8438-ЭП/19) в установленном порядке ФАС России (исх.№РС-А-19-20191227) посредством электронной почты (delo@fas.gov.ru) с обращением о неправомерном смс - сообщении рекламного характера.

Решением Чувашского УФАС России от 29.07.2020 по делу № 021/05/18-60/2020 реклама, распространяемая 27.12.2019 в 17 час. 58 мин. на номер сотового телефона Заявителя «...») посредством смс - сообщения с буквенного

идентификатора «fitness on» с содержанием: «Акция! +45 дней фитнеса в подарок. Только до 31 декабря. 84959467603», признана ненадлежащей, нарушающей требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

При этом, ООО «Фитнесон» признано нарушившим требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Комиссия Чувашского УФАС России пришла к указанному решению в силу следующего.

Материалами дела было установлено, что на номер мобильного телефона Заявителя «...») 27.12.2019 в 17 час. 58 мин. поступило смс - сообщение с буквенного идентификатора «fitness on», следующего содержания. «Акция! +45 дней фитнеса в подарок. Только до 31 декабря. 84959467603».

Под рекламой, определенной частью 1 статьи 3 Закона о рекламе, понимается 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.

Объектом рекламирования, по смыслу Закона о рекламе (пункт 2 статьи 3), может выступать 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.

Информация, поступившая на номер сотового телефона Заявителя, определяется как реклама, поскольку обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы, применительно к пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, и, таким образом, на нее распространяются все ограничения Закона о рекламе.

Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе определено, что распространение рекламы посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи допускаются 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.

Таким образом, рекламодатель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. Из жалобы следует, что согласия на получение смс – сообщения Заявитель не давал.

Требования о соблюдении положений части 1 статьи 18 Закона о рекламе в равной степени распространяются на всех лиц, отвечающих понятию рекламодатель.

При этом, признание конкретного лица рекламодателем осуществляется в каждом конкретном случае, исходя из всех обстоятельств размещения рекламы, с учетом непосредственных действий, осуществляющих таким лицом при распространении рекламы.

Материалами дела установлено, что распространение рекламы, в рассматриваемом случае, осуществлено посредством последовательных действий ПАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «ИнфоБип», ООО «Дени Технолоджи», ООО «ФИНТЕСОН», на основании заключенных между ними гражданско-правовых договоров, и их действия явились неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщения рекламного характера, без получения на то предварительного согласия Заявителя.

Абонентский номер сотовой связи («...») предоставлен в пользование Заявителю ПАО «Вымпел - Коммуникации» на основании договора об оказании услуг связи от 05.03.2012 № S43704.

Таким образом, в указанных правоотношениях ПАО «Вымпел - Коммуникации» выступает в роли оператора связи, предоставляющего физическому лицу телефонный номер для дальнейшего использования.

В данном случае, оператор связи, участвуя в правоотношениях по направлению смс – сообщения, не инициировал направление такого сообщения, а в силу закона, как указано выше, был обязан принять поступившее на его сеть связи смс – сообщение и передать, доставить его конечному абоненту/пользователю.

По смыслу части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в совокупности с частью 1 статьи 44.1 Закона о связи, рекламодателем, который обязан получить предварительное согласие абонента на получение рекламы в виде смс – сообщений, является лицо, по инициативе которого

осуществляется формирование и направление смс – сообщения.

Установлено, что действия по непосредственному доведению смс – сообщения до Заявителя осуществлены, в том числе, ООО «ИнфоБип» и ООО «Дени Технолодж» в рамках заключенного между ними договора оказания услуг связи от 01.09.2018 № 01092018-747.

Условия оказания услуг связи, которые указаны в данном договоре, предусматривают обязанность ООО «Дени Технолоджи» возмездно распространения смс – рекламы третьим лицам от партнеров ООО «Дени Технолоджи» от которых получено предварительное письменное согласие на получение таких сообщений.

В результате запроса ООО «ИнфоБип» от ООО «Дени Технолоджи» представлено согласие Заявителя на получение смс – сообщений от своего контрагента – ООО «ФИТНЕСОН».

Из пояснений ООО «ИнфоБип» и ООО «Дени Технолоджи» следует, что общества не являлись лицами, сформировавшими содержание рассматриваемого смс – сообщения, и его направление осуществлялось не по инициативе указанных обществ, которые также лишь обеспечили направление сообщения в сеть электросвязи, в рамках действующего законодательства, оказав услуги связи ООО « Ф И Т Н Е С О Н » .

Оказывая услуги по передачи смс – сообщения в рамках договора, ООО «Дени Технолоджи», ООО «ИнфоБип» осуществляли передачу получателю информации, сформированную отправителем – ООО «ФИТНЕСОН», имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи по передачи текстового сообщения в рамках договорных обязательств.

Материалами дела установлено, что инициатором направления рассматриваемого смс - сообщения явилось ООО «ФИТНЕСОН», которое в свою очередь определило получателей смс - сообщения (абонентов) и, следовательно, обязанность предоставить согласие абонентов на получение рассматриваемого смс - сообщения относится исключительно к сфере ответственности ООО «ФИТНЕСОН».

Согласно информации ООО "ФИТНЕСОН" следует, что в связи с тем, что направление рассматриваемого смс - сообщения послужило предметом реагирования антимонопольного органа, обществом были приняты меры по предупреждению нарушения Закона о рекламе путем прекращения направления смс - сообщений на сотовый номер телефона Заявителя.

При этом, в материалы дела ООО "ФИТНЕСОН" представлена анкета, датированная 16.04.2016,

заполненная и подписанная физическим лицом по имени Петр, указавшим согласие на получение информации об услугах компании ООО "ФИТНЕСОН" в виде смс - сообщений. Кроме того, в

представленной анкете усматривается номер сотовой связи «...», выделенный, согласно материалам дела, ПАО "Вымпел - Коммуникации" Заявителю на основании заключенного договора о связи, который, в свою очередь, представил возражения с отказом от заполнения и подписания данной анкеты.

Представленное согласие на получение информации от общества, в том числе, в виде смс – сообщений, не были приняты Комиссией во внимание по следующим основаниям.

Буквальное толкование положений Закона о рекламе позволяет сделать вывод о том, что согласие абонента на получение рекламы должно быть выражено явно, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Представленная анкета, с содержанием имени «Петр», номера сотовой связи Заявителя, не свидетельствует о заполнении ее Заявителем и о его волеизъявлении на получение рекламы.

Согласие должно быть оформлено таким образом, чтобы можно было однозначно установить и достоверно подтвердить волеизъявление абонента на получение рекламной информации.

Указанное согласуется с правовой позицией, изложенной в пункте 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 2012 г. N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", согласно которой, 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 рекламодателя.

В силу части 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признаётся осуществлённой без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по

инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой закона согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Из представленной в дело анкеты, Комиссия не установила волеизъявления Заявителя на получение рекламы от ООО «ФИТНЕСОН», поскольку информация, указанная в анкете, не идентифицируется с Заявителем, как это предписано законом. В этой связи представленное согласие, не позволяющее однозначно идентифицировать Заявителя, не может рассматриваться как надлежащее.

Доказательства согласия Заявителя на получение рассматриваемого смс – сообщения в материалы дела ООО «ФИТНЕСОН» не представлены.

Таким образом, ООО «ФИТНЕСОН» сформировало и направило смс-сообщение рекламного характера в нарушение требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе возложена на распространителя рекламы.

Согласно статье 3 Закона о рекламе, рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Соответственно, исходя из норм Закона о связи (статья 44.1) лицом, обязанным получить предварительное согласие абонента на получение рекламного смс – сообщения, а по терминологии Закона о рекламе, рекламораспространителем является ООО «ФИТНЕСОН».

Нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе образует состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 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.

Согласно части 2 статьи 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

ООО «ФИНТЕСОН» выступило в качестве рекламодателя и тем самым совершило административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 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.

В соответствии с частью 2 статьи 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.

В силу части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем 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.

В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ об административных правонарушениях 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.

При этом оценка малозначительности деяния должна соотноситься с причинением либо угрозой причинения вреда личности, обществу или государству.

Понятие малозначительности административного правонарушения является категорией оценочной и определяется судьей, органом, должностным лицом, уполномоченным решить дело в каждом конкретном случае с учетом выявленных обстоятельств.

В пункте 21 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ» 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.

Совершенное ООО «ФИНТЕСОН» правонарушение посягает на установленный в Российской Федерации порядок распространения рекламы, создает существенную угрозу охраняемым общественным правоотношениям, следовательно, не может быть признано малозначительным.

В соответствии с частью 3 статьи 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

При назначении наказания ООО «ФИНТЕСОН» учтены обстоятельства и характер совершенного правонарушения, финансовое положение юридического лица.

Обстоятельства, отягчающие, либо смягчающие административную ответственность, отсутствуют.

С учетом установленных обстоятельств, ООО «ФИНТЕСОН» виновно в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, так как именно данным юридическим лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению требований законодательства о рекламе, при отсутствии к тому чрезвычайных и непредотвратимых обстоятельств. Оценивая собранные по делу доказательства, прихожу к следующему.

По сведениям из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательств, размещенного на официальном сайте Федеральной налоговой службы в информационно - телекоммуникационной сети Интернет по адресу: <https://www.nalog.ru>, ООО «ФИНТЕСОН» указано в качестве микропредприятия.

Федеральным законом от 03.07.2016 № 316-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях», вступившим в силу 04.07.2016, Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях дополнен статьей 4.1.1, предусматривающей замену административного наказания в виде административного штрафа на предупреждение 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.

Согласно части 2 статьи 4.1.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административное наказание в виде административного штрафа не подлежит замене на предупреждение в случае совершения административного правонарушения, предусмотренного статьями 14.31 - 14.33, 19.3, 19.5, 19.5.1, 19.6, 19.8 - 19.8.2, 19.23, частями 2 и 3 статьи 19.27, статьями 19.28, 19.29, 19.30, 19.33 настоящего Кодекса.

Руководствуясь частью 2 статьи 3.4, частями 1, 3 статьи 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, принимая во внимание, что ООО «ФИНТЕСОН» является субъектом малого и среднего предпринимательства, правонарушение совершено впервые, ранее к административной ответственности,

предусмотренной ч.1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не привлекалось, а также в отсутствие доказательств 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, имущественного ущерба, а также отягчающих ответственность обстоятельств, учитывая совершение вменяемого административного правонарушения впервые, прихожу к выводу о возможности применения к нему меры административной ответственности в виде предупреждения.

По правилам части 1 статьи 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предупреждение - мера административного наказания, выраженная в официальном порицании физического или юридического лица. Предупреждение выносится в письменной форме.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 23.48, 29.9, 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать ООО «ФИНТЕСОН» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Назначить ООО «ФИНТЕСОН» меру административного наказания в виде предупреждения.

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

Согласно части 1 статьи 31.1 Кодекса Российской Федерации 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.