ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

**по делу № 058/04/14.3-134/2019
об административном правонарушении**

**17 июня 2019 года
Урицкого, 127**

г. Пенза, ул.

Я, руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Пензенской области, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 058/04/14.3-134/2019, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью, без участия представителя ООО.

УСТАНОВИЛ:

На рассмотрение поступил протокол от 07.05.2019 № 058/04/14.3-134/2019 об административном правонарушении, составленный главным специалистом-экспертом отдела контроля органов власти и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Пензенской области (далее – Пензенское УФАС России) в отношении ООО в связи с совершением деяния, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ). Протокол № 058/04/14.3-134/2019 об административном правонарушении составлен 07.05.2019 в отсутствие законного представителя ООО на основании части 4.1 статьи 28.2 КоАП РФ в связи с наличием доказательств надлежащего извещения ООО о дате, времени и месте составления протокола, о чем свидетельствует распечатка с сайта Почта России.

Из протокола об административном правонарушении от 07.05.2019 № 058/04/14.3-134/2019 и материалов дела следует.

Пензенским УФАС России было рассмотрено дело № 3-01/10-2019 о нарушении законодательства о рекламе в отношении ООО по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее ФЗ «О

рекламе»).

Распространяемая ООО реклама решением Комиссии Пензенского УФАС России от 06.03.2019 года в соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» признана ненадлежащей.

В соответствии с частью 1 статьи 28.1 КоАП РФ непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, является поводом к возбуждению дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 настоящего Кодекса.

Рассмотрев материалы настоящего административного дела, прихожу к следующим выводам.

Факт совершения ООО действий по распространению ненадлежащей рекламы доказан в ходе рассмотрения дела о нарушении законодательства о рекламе и подтверждается представленными доказательствами.

Из материалов настоящего административного дела и дела о нарушении законодательства о рекламе № 3-01/10-2019 следует, что в Пензенское УФАС России поступило обращение абонента ПАО «МТС» по вопросу распространения рекламы, приходящей на номер телефона +7 посредством смс-сообщения. Заявитель согласия на получение смс-сообщений рекламного характера на свой абонентский номер оператору связи или иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению смс-рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

Решением Комиссии установлено, что на абонентский номер заявителя +7 в сети оператора услуг связи ПАО «МТС» поступило смс-сообщение следующего содержания:

- «1-ая поездка на такси БЕСПЛАТНО! Установи приложение app.mnogotaxi.com». Дата и время поступления сообщения: 07.01.2019 в 21:19; 08.01.2019 в 11:28.

В соответствии со статьёй 3 ФЗ «О рекламе» рекламой является информация, распространённая любым способом, в

любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. При этом под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» в целях настоящего Федерального закона используются следующие основные понятия: товар – 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 правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

За счет одновременного информирования большого количества людей реклама позволяет ознакомить потребителей с товарами, услугами, реализуемыми на рынке, сформировать к ним положительное отношение потребителей, позитивно выделить определенные организации, товары и услуги из всего существующего ряда.

Информация с содержанием: «1-ая поездка на такси БЕСПЛАТНО! Установи приложение app.mnogotaxi.com», размещенная посредством использования телефонной связи, подпадает под понятие рекламы, а именно: адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания потребителей рекламы к товару (услуге), способствует его продвижению на рынке.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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.

При этом 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.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Законом № 272-ФЗ от 21.07.2014 в статью 2 Федерального закона «О связи» введено понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Федеральный закон «О связи» не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена

договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (с использованием «коротких» или «буквенных» номеров) и сообщения, направляемые автоматически.

Статья 44.1 Федерального закона «О связи» устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с «коротких» и «буквенных» номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона «О связи».

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального 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 признается осуществленной 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 частью 2 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

В ходе рассмотрения дела установлено, что телефонный номер <...> выделен абоненту на основании договора о предоставлении услуг связи с ПАО «МТС».

Рекламные сообщения поступило от отправителя, имеющего буквенное обозначение «OMEGA-M» и отправлено через смс-центр ПАО «МТС».

Пензенским УФАС России в адрес ПАО «МТС» направлен запрос (исх. от) о предоставлении сведений относительно абонента телефонного номера, с которого отправлено вышеупомянутое рекламное сообщение.

Согласно информации, представленной ПАО «МТС», смс-сообщение с буквенным идентификатором «OMEGA-M» поступило на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через смс-центр ПАО «МТС» на абонентский номер <...> от компании ООО в рамках Соглашения об оказании массовых услуг отправки SMS-сообщений №б/н от 12.12.2017.

В рамках заключенного Соглашения (договор № от 12.12.2017) ПАО «МТС» предоставляет ООО техническую возможность отправки смс-сообщений.

На основании п.3.3.3. Договора № от 12.12.2017 Заказчик рассылки (ООО) до начала оказания своей Услуги обязан получить от Пользователей (абонент, заключивший договор на услуги связи с ПАО «МТС» и получивший короткое текстовое сообщение от Заказчика рассылки) предварительное согласие на получение Пользователями смс-сообщений путем регистрации Пользователя в информационных системах Заказчика рассылки.

Таким образом, в соответствии с данным договором ПАО «МТС» самостоятельно не организывает смс-рассылки, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе. Основной функцией ПАО «МТС» в этом случае является маршрутизация сообщений.

Изложенное выше позволяет Комиссии сделать вывод о том, что заключенный между ПАО «МТС» и ООО договор свидетельствует о том, что его предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений. ПАО «МТС» обеспечило техническими и программными средствами ООО для передачи смс-сообщения. Техническое и фактическое формирование смс-сообщений, формирование базы получателей и рассылка по адресам смс-сообщений, осуществлялись ООО .

Таким образом, рекламораспространителем смс-сообщений является ООО .

В части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на

рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер <...> выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель, а в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Доказательства того, что в процессе смс-рассылки с рассматриваемой рекламой было получено согласие Абонента мобильного телефона +7 на получение смс-сообщений, ООО не представлены.

Следовательно, материалами дела № 3-01/10-2019 возбужденного по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, подтверждается тот факт, что рассматриваемая реклама была отправлена Заявителю на его абонентский номер <...> без предварительного согласия абонента или адресата (Заявителя) на получение рекламы.

Таким образом, реклама: «1-ая поездка на такси БЕСПЛАТНО! Установи приложение app.mnogotaxi.com» распространялась посредством использования подвижной радиотелефонной связи с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии со статьей 38 названного закона несет рекламораспространитель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение содержания объекта рекламирования до сведения потребителей.

Собранные по делу доказательства и установленные

обстоятельства свидетельствуют о том, что нарушение законодательства о рекламе в данном случае содержится в действиях лица, распространившего рассматриваемую рекламу, т.е. ее рекламораспространителя – ООО .

Рекламораспространитель обязан соблюдать требования статьи 18 ФЗ «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Действия ООО по распространению на телефонный номер Заявителя по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, без его предварительного согласия, были квалифицированы Комиссией Пензенского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, как нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», а распространяемая реклама признана ненадлежащей.

На основании части 1 статьи 14.3 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее – КоАП РФ) нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем и 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 рублей до пятисот тысяч рублей.

Объективная сторона состава административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена [частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ](#), состоит в действиях рекламораспространителя, признанных недопустимыми законодательством Российской Федерации о рекламе: распространение рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Субъектами данного правонарушения являются юридические и должностные лица, которые ненадлежащим исполнением своих обязанностей обусловили совершение административного

правонарушения.

Субъектом административного правонарушения в данном случае выступает юридическое лицо - ООО .

Из изложенного следует, что в действиях ООО содержится состав административного правонарушения, ответственность за которое наступает по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения: г. Москва,

дата совершения административного правонарушения: 07.01.2019;
1.2019.

Содержание правонарушения – распространение рекламы без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Срок давности привлечения ООО к административной ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, на момент вынесения постановления не истек.

В соответствии с единым реестром субъектов малого и среднего предпринимательства, опубликованным на официальном сайте ФНС России ООО является микропредприятием; дата включения в реестр 01.08.2016.

Частью 3 статьи 3.4 КоАП РФ предусмотрено, что в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II указанного Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа может быть заменено являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, или юридическому лицу, а также их работникам на предупреждение в соответствии со статьей 4.1.1 рассматриваемого Кодекса.

Согласно части 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

цествления государственного контроля (надзора), муниципального
роля, в случаях, если назначение административного наказания в
э предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей
дела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской
ерации об административных правонарушениях, административное
азание в виде административного штрафа подлежит замене на
дупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2
гы 3.4 этого же Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных
гью 2 рассматриваемой статьи.

буквального толкования вышеприведенных норм следует, что
инистративное наказание в виде административного штрафа
лежит замене на предупреждение только в том случае, если оно
эршено впервые, в связи с чем повторность совершенного
вонарушения исключает возможность применения вышеназванной
мы.

зновлено, что ООО ранее привлекалось Омским УФАС России,
сибирским УФАС России, Бурятским УФАС России за однородное
вонарушение, то есть за нарушение части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

ласно части 1 статьи 4.1 КоАП РФ административное наказание за
эршение административного правонарушения назначается в
делах, установленных законом, предусматривающим ответственность
анное административное правонарушение, в соответствии с КоАП РФ.

На основании части 3 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении
административного наказания юридическому лицу учитываются
характер совершённого им административного правонарушения,
имущественное и финансовое положение юридического лица,
обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и
обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Исходя из конкретных обстоятельств дела и учитывая
характер общественных отношений, на которые посягает
нарушитель, прихожу к выводу об отсутствии оснований для
признания допущенного административного правонарушения
малозначительным и освобождения ООО от
административной ответственности.

В соответствии с пунктом 18 Постановления Пленума ВАС РФ
от 02.06.2004 г. № 10 «О некоторых вопросах, возникающей в
судебной практике при рассмотрении дел об
административных правонарушениях» при квалификации

правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Такие обстоятельства, как, например, имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба не являются обстоятельствами, свидетельствующим о малозначительности правонарушения.

Совершенное ООО правонарушение не является малозначительным, поскольку посягает на установленные нормативными правовыми актами гарантии на защиту потребителей от ненадлежащей рекламы. По указанному правонарушению существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается не в наступлении каких-либо негативных материальных последствий, а в пренебрежительном отношении заявителя к исполнению своих публично-правовых обязанностей.

ООО было привлечено к административной ответственности постановлением Омского УФАС России, Новосибирского УФАС России, Бурятского УФАС России.

Данное обстоятельство свидетельствует об умышленном характере совершенного ООО административного правонарушения.

Кроме того, тот факт, что ООО после привлечения к административной ответственности продолжает противоправное поведение является обстоятельством, отягчающим административную ответственность (п.1 ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ).

В рассматриваемом случае ООО при отсутствии чрезвычайных и непредотвратимых обстоятельств со своей стороны не приняло все зависящие от него меры по соблюдению требований действующего законодательства о рекламе и недопущению совершения административного правонарушения.

Наличие в действиях ООО правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, в полной мере доказано и подтверждено материалами дела.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность, не установлено.

В соответствии с частью 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь статьями 23.48, 29.9, 29.10, 4.1 и частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать общество с ограниченной ответственностью виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначить ему наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 (сто тысяч) рублей 00 копеек.