

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу об административном правонарушении

№ 310 Р-А/2018

29 октября 2018 г.

г. Краснодар

Заместитель руководителя, начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Управления Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю (далее – Краснодарское УФАС России) ..., рассмотрев материалы дела об административном правонарушении № 310 Р-А/2018, возбужденного в отношении ИП ... (дата рождения: ...; место рождения: ...; паспорт серия ... № ...; выдан ...; адрес регистрации: ...; ИНН:....; ОГРНИП: ...) протоколом № 127/2018 от 15.10.2018 г. об административном правонарушении, составленным заместителем руководителя, начальником отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Краснодарского УФАС России ... по ч.1 ст.14.3 КоАП РФ по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> ... рекламы содержания: «Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011», полученной 23.03.2018 г. в 14 часов 36 минут, с признаками нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела № 310 Р-А/2018 лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении – ИП ...,

УСТАНОВИЛ:

При осуществлении государственного надзора за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе и в связи с рассмотрением заявления гр. ... (вх. № эл.п. 2764 от 29.03.2018г.) о признаках нарушения ч.1 ст.18 Федерального закона «О рекламе» Краснодарским УФАС России был выявлен факт распространения по

сетям электросвязи посредством смс-сообщения рекламы содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»*, полученной 23.03.2018 г. в 14 часов 36 минут на телефонный номер <...> ... без предварительного согласия абонента, что подтверждено фотоматериалами.

По вышеуказанному факту Краснодарским УФАС России было рассмотрено дело № 129 Р/2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении рекламораспространителя – ИП ... Решением Комиссии Краснодарского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 24.07.2018 г. (в полном объеме от 06.08.2018 г.), реклама вышеуказанного содержания признана ненадлежащей. ИП ... предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавалось в связи с устранением нарушения.

При рассмотрении материалов Краснодарским УФАС России установлено следующее.

В соответствии с п.1 ст.3 Федерального закона «О рекламе» реклама - 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.

Информация содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»* в соответствии с п.1 ст.3 Федерального закона «О рекламе» является рекламой.

В соответствии с 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. 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.

Гр. ..., являясь абонентом номера +79..., не давал своего согласия на получение смс-сообщения с вышеуказанной рекламой.

Из документов и материалов, представленных Краснодарским филиалом оператора связи ПАО «МТС» по запросу Краснодарского УФАС России, следует, что распространение рекламы вышеуказанного содержания осуществило ООО «СМС-центр» по договору № МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017г., заключенному с оператором связи ПАО «МТС». В рамках указанного договора ООО «СМС-центр» присвоен вышеуказанный буквенный идентификатор, с использованием которого осуществлялась вышеуказанная смс-рассылка.

Согласно материалам и документам, представленным ООО «СМС-центр» по запросу Краснодарского УФАС России, вышеуказанное смс-сообщение с буквенного идентификатора «FITNESS» было отправлено ООО «ЛТРР» в рамках договора № 329106 от 23.08.2013 г., заключенного с ООО «СМС-центр».

Из материалов и документов, представленных ООО «ЛТРР» следует, что рассылку вышеуказанного смс-сообщения осуществило ООО «Авиатор» в рамках договора № 20170701-3-П-dci от 01.07.2018.

18.06.2018 г. ООО «Авиатор» представило материалы (вх. № 6574), в соответствии с которыми рассылку вышеуказанного смс-сообщения осуществил ИП ... (ИНН ...) в рамках договора № 6253-A18 об оказании услуг от 27.04.2018 г. (далее – договор, прилагается).

В соответствии с п. 1.1 договора Исполнитель (ООО «Авиатор») оказывает за плату Заказчику (ИП ...) услуги по обеспечению доступа к программному приложению web-приложению, расположенному по адресу <http://web.iqsms.ru/>, обеспечивающему формирование, отправку и подтверждение об отправке SMS-сообщений в течение определенного периода.

Согласно п. 1.4 договора формирование текста SMS-сообщений и создание списков телефонных номеров Абонентов для отправки SMS-сообщений производится Заказчиком в Системе самостоятельно с соблюдением требований действующего законодательства РФ.

В соответствии с п. 1.5 договора подписывая настоящий договор, Заказчик гарантирует наличие согласий от Абонентов на получение ими коротких текстовых сообщений, рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи.

Из пояснений, представленных ООО «Авиатор» (вх. № 6574 от 18.06.2018г.), следует, что для осуществления смс-рассылки Клиент создает личный кабинет на сайте <http://iqsms.ru>, принадлежащем ООО «Авиатор», в момент регистрации на данном сайте Клиенту присваивается уникальный логин и пароль, Клиент авторизуется в Личном кабинете путем ввода присвоенного логина и пароля. После входа в Личный кабинет Клиент может загружать в адресную книгу список телефонов для последующей отправки смс-сообщений, формировать текст смс-сообщений и осуществлять отправку сформированных смс-сообщений по заданным абонентам.

В подтверждение вышеуказанного ООО «Авиатор» представило выписку из личного кабинета ИП ..., зарегистрированного на сайте <http://iqsms.ru>, которому присвоен уникальный логин ..., с помощью которого ООО «Авиатор» определило ИП ... как отправителя вышеуказанного смс-сообщения.

18.07.2018 ИП ... представлены документы, согласно которым рассылка вышеуказанного смс-сообщения ИП ... была произведена через оборудование и сервис, предоставляемый исполнителем (ООО «Авиатор») в рамках договора об оказании услуг № 6253-А18, заключенного между ООО «Авиатор» и ИП ..., а также по договору публичной оферты <http://iqsms.ru/agreement.php> через [web-интерфейс сайта iqsms.ru](http://iqsms.ru).

Также в подтверждение отправки вышеуказанного смс-сообщения на номер <...> ... представлена выписка из личного кабинета ИП ... с указанием присвоенного ему идентификатора (логина) ..., с помощью которого ООО «Авиатор» определило ИП ... в качестве отправителя вышеуказанного смс-сообщения.

Кроме того, ИП ... в материалы дела представлена анкета от 23.12.2017, в которой гр. ... выразил согласие получение смс-сообщений от фитнес-клуба «Пеликан» на номер <...> Анкета содержит подпись.

В рамках рассмотрения Краснодарским УФАС России заявления гр. ..., по итогам которого было возбуждено дело № 129Р/2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», связанных с распространением вышеуказанного смс-сообщения, ООО «СМС-центр» представило, в том числе копию вышеуказанной анкеты. В связи с чем, Краснодарское УФАС России направило в

адрес гр. ... запрос, в котором просило уточнить сведения по вопросу – предоставлял ли он свое согласие на смс-рассылку фитнес-клуба «Пеликан» путем заполнения анкеты 23.12.2017г.

В своем ответе на данный запрос гр. ... указал, что своего согласия на смс-рассылку путем заполнения анкеты не давал.

Согласно п. 15 постановления пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

Однако, представленная анкета на имя гр. не содержит сведений, однозначно идентифицирующих его как лицо, дающее согласие на получение рекламной смс-рассылки (например, таких сведений, как дата рождения, адрес регистрации и т.п.).

При этом, в материалах настоящего дела имеются образец подписи гр. ..., содержащийся в согласии на обработку персональных данных Краснодарским УФАС России, приложенным к заявлению гр. ..., по итогам рассмотрения которого было возбуждено дело № 129 Р/2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, и содержащийся в абонентском договоре, заключенным между заявителем и оператором связи, представленным ПАО «МТС».

В виду очевидного различия подписи, содержащейся в вышеуказанной анкете, и подписи, указанной в согласии гр. ... и абонентском договоре, а также с учетом пояснений гр. ... о том, что он не давал своего согласия на смс-рассылку на его телефонный номер путем заполнения анкеты, Комиссия Краснодарского УФАС России считает, что вышеуказанное смс-сообщение распространялось без согласия абонента.

Таким образом, ИП ... не представил доказательств получения предварительного согласия гр. ..., которому принадлежит

телефонный номер +79..., на получение вышеуказанной рекламы по сетям электросвязи.

Обстоятельства дела № 129 Р/2018 свидетельствуют о том, что ИП ..., являясь рекламодателем, не принял необходимые и достаточные меры по соблюдению требований Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Таким образом, бремя доказывания получения предварительного согласия абонента лежит на рекламодателе.

В соответствии с п. 7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем рекламы содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»*, полученной 23.03.2018 г. в 14 часов 36 минут на номер абонента +79..., является ИП ... (адрес регистрации: ...; ИНН: ...; ОГРНИП: ...).

В соответствии с п. 4 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Таким образом, рекламодателем – ИП ... при распространении рекламы содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»*, полученной 23.03.2018 г. в 14 часов 36 минут на номер абонента +79..., нарушены требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку реклама распространялась без предварительного согласия абонента.

Согласно ч. 4 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» нарушение законодательства Российской Федерации рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации

Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или 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 до пятисот тысяч рублей.

Таким образом, действия рекламораспространителя – ИП ..., выразившиеся в распространении по сетям электросвязи рекламы содержания: *«Только 26 марта – год фитнеса в Пеликане 9.900! Бронь по т. 88002504011»*, полученной 23.03.2018 г. в 14 часов 36 минут на номер абонента +79..., без предварительного согласия абонента, с нарушением ч.1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», образуют состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения – г. Краснодар.

Время совершения административного правонарушения – 23.03.2018 г.

В соответствии с ч. 1 ст. 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](#) КоАП РФ 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](#) КоАП РФ, за исключением случаев, предусмотренных [частью 2](#) статьи 4.1.1 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 2 ст. 3.4 КоАП РФ 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.

При рассмотрении дела № 310 Р-А/2018 Краснодарским УФАС России установлено, что ИП ... ранее за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ к административной ответственности Краснодарским УФАС России не привлекалось.

Согласно сведениям из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства ИП ... (ИНН: ..., ОГРН: ...) относится к категории малое предприятие.

При рассмотрении дела № 310 Р-А/2018 Краснодарским УФАС России отягчающих обстоятельств в соответствии со ст. 4.3 КоАП РФ, Краснодарским УФАС России не установлено.

Руководствуясь статьями 23.48, 29.9, а также частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

Привлечь ИП ... к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ и назначить административное наказание в виде предупреждения.

В соответствии с частями 1, 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд (вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в районный суд по месту рассмотрения дела) в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1 КоАП РФ 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.