

Заместитель руководителя - начальник отдела Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) Чернова Венера Валерьевна, рассмотрев протокол № 03-07/157-2018 от 14 декабря 2018 года и материалы административного дела № 03-07/157-2018, возбужденного в отношении индивидуального предпринимателя В(ИНН 772365071103; ОГРНИП 306770000288822) по факту нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении ненадлежащей смс-рекламы следующего содержания: «Цветы с живыми бабочками – лучший подарок на 14 февраля. FloFly.ru». Ответственность за данное административное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в отсутствие **ИП В.**,

УСТАНОВИЛА:

Марийским УФАС России возбуждено дело об административном правонарушении № 03-07/157-2018 в отношении **ИП В** по факту нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении ненадлежащей смс-рекламы следующего содержания: «Цветы с живыми бабочками – лучший подарок на 14 февраля. FloFly.ru», ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Определение о возбуждении дела об административном правонарушении направлено заказным письмом с уведомлением по адресу регистрации ИП В (исх. от 03.12.2018 №03-07/9191), также направлена телеграмма, которая получена ею 12.12.2018.

Протокол об административном правонарушении № 03-07/157-2018 от «14» декабря 2018 года составлен начальником отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России в соответствии со статьями 28.2, 28.3 КоАП РФ, в отсутствие ИП В., надлежащим образом извещенной о дате и времени составления протокола об административном правонарушении.

Копия протокола с указанием даты, времени и места рассмотрения дела № 03-07/157-2018 (исх. № 03-07/9696 от 18.12.2018) направлена по адресу регистрации индивидуального предпринимателя.

Определением от 24.12.2018 рассмотрение дела об административном правонарушении отложено на 18.01.2019. Копия определения направлена по адресу регистрации предпринимателя, также направлена телеграмма.

Событие административного правоотношения выразилось в следующем.

Федеральная антимонопольная служба направила в Марийское УФАС России заявление П(вх. №25-П от 13.02.2018) с претензией к смс-сообщению от 12.02.2018 «Цветы с живыми бабочками – лучший подарок на 14 февраля. FloFly.ru», для рассмотрения в рамках компетенции. К заявлению приложены: скриншот sms – сообщения мобильного телефона, согласие абонента.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 38-ФЗ (далее - Закон 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.

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 (письмо ФАС России от 05 апреля 2007 года исх. № АЦ/4624).

Объект рекламирования - 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. В рассматриваемой смс-рекламе объектом рекламирования является сайт FloFly.ru и товары, реализуемые на данном интернет-сайте, в частности цветы с живыми бабочками.

Информация, направленная гр. П. в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, из текста смс-сообщений не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам, смс-сообщение распространено посредством подвижной радиотелефонной связи, сведения в нем направлены на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Таким образом, информация, поступившая П. является рекламой, так как смс-сообщение распространено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно части 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.

Согласие абонента на получение рекламы должно относиться к конкретному рекламодателю либо рекламодателю и быть выражено явно.

Марийским УФАС России направлен запрос о предоставлении информации оператору связи ПАО «ВымпелКом». Из представленной информации следует, что данный номер <...> выделен ООО «Старт-91».

Согласно письменных пояснений ООО «Старт-91» от 08.02.2018 вх. №1169 телефонный номер <...> передан в пользование П с возложенным на него правом выполнять все действия, связанные с использованием данного телефонного номера.

В письменных пояснениях ПАО «ВымпелКом» сообщено, что бланк договора об оказании услуг связи «Билайн» № 501440260 от 12.11.2013 с абонентом, которому выделен номер утрачен. Следовательно, у общества отсутствуют доказательства получения согласия на получение рекламных смс-сообщений от ООО «Старт-91» и П.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, телефонный номер +7, указанный в рассматриваемом смс-сообщении принадлежит номерной платформе ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» сообщило, что телефонный номер +7 выделен ООО «Макс-Мобайл», и предоставило договор оказания услуг связи от 15.04.2017.

В рамках заключенного договора об оказании услуг связи оператор предоставляет абоненту услуги связи, позволяющие абоненту передавать и(или) принимать голосовую и(или) не голосовую информацию.

Согласно подпункту 1 пункта 4.1 части 2 Условий об оказании услуг сети подвижной связи «Условий оказания услуг связи Билайн корпоративным клиентам» установлено, что абонент обязан не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок, установки шлюзов (или устройств) для доступа в сети подвижной и/или фиксированной связи, Интернет-телефонии и других мероприятий, приводящих к нарушению работоспособности оборудования и устройств связи и ущерб оператору или третьим лицам.

Так, ПАО «ВымпелКом» установлено, что абонент +7 осуществил массовую рассылку смс-сообщений, в соответствии с чем оказание услуг связи по абонентскому номеру +7 приостановлено 12.02.2018 после осуществления массовой рассылки смс-сообщений.

Анализируя договорные отношения между оператором связи и абонентом можно сделать вывод о том, что ПАО «ВымпелКом» обеспечило лишь техническую возможность ретрансляции сообщений со стороны абонента.

Следовательно, ПАО «ВымпелКом» рекламодателем не является, так как при распространении рассматриваемого смс-сообщения не обладал правом и технической возможностью его проверки. В создании этого сообщения оно не участвовало, состав получателей сообщений не определяло, собственную базу абонентов для этого не представляло.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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 не докажет, что такое согласие было получено.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее — постановление Пленума ВАС РФ № 58), согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 №2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания

(предоставления) услуг.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы.

Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте ч. 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации

Марийским УФАС России установлено, что администратором доменного имени FloFly.ru, указанного в смс-сообщении, является В

В письменных пояснениях ИП В сообщил, что смс-рассылка данного смс-сообщения произведена им лично. ИП В самостоятельно составил текст смс-сообщения, и осуществил рассылку абонентам, которые ранее приобрели товары у ИП В., и оставивших устное согласие.

Вместе с тем, в письменных пояснениях от 22.08.2018 вх. №8653 ИП В. сообщил, что в целях информирования П. об открытии нового сайта ИП В, ею самостоятельно отправлено смс-сообщение абоненту.

Следовательно, ООО «Макс-Мобайл», ИП В., ИП В. при распространении информации рекламного характера должны иметь в наличии надлежащим образом оформленное согласие, из которого четко можно определить желание именно конкретного потребителя получать на телефонный номер смс-сообщения рекламного характера.

Однако ООО «Макс-Мобайл», ИП В, ИП В. не представили доказательств того, что ООО «Старт-91» либо П предоставляли свое согласие на получении информации рекламного характера.

Таким образом, из собранных материалов следует, что ИП В согласие ООО «Старт-91» либо П на распространение информации рекламного характера по радиоподвижной телефонной связи не получала и не имела правовых оснований направлять в его адрес 12.02.2018 рекламу об интернет-сайте FloFly.ru и о продукции, реализуемой на данном сайте.

На основании изложенного антимонопольный орган пришел к выводу, что при распространении рекламы следующего содержания: 2018 «Цветы с живыми бабочками – лучший подарок на 14 февраля. FloFly.ru» ИП В нарушила часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе ответственность, за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несёт

рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, ИП В является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы и должна соблюдать требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Ответственность за данное нарушение предусмотрена статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

Согласно пункту 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.

В силу части 1 статьи 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Согласно пункту 1 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.

Согласно статье 2.4 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

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.

Марийское УФАС России установило, что индивидуальный предприниматель не приняла необходимых и достаточных мер для соблюдения законодательства о рекламе, хотя при должной внимательности и осмотрительности могла предвидеть последствия, имела возможность

выполнить возложенную на нее обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предприняла всех зависящих от нее мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Антимонопольный орган на основе собранных по делу доказательств приходит к выводу о том, что вина ИП В в нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе установлена.

Место совершения административного правонарушения: г. Москва.

Время совершения административного правонарушения: 12.02.2018 – дата направления ненадлежащей рекламной информации.

Состав административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, совершенного ИП В образуют:

- объект административного правонарушения - установленный порядок производства, размещения и распространения рекламы;
- объективная сторона — [распространение рекламы](#) ИП В с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе;
- субъект правонарушения – ИП В.;
- субъективная сторона - виновное совершение административного правонарушения, так как у ИП В. имелась возможность соблюдения законодательства о рекламе, но ею не были приняты все зависящие от нее меры по его соблюдению.

Следовательно, установлено, что имело место событие административного правонарушения и факт его совершения ИП В. Кроме того, имелись основания для составления протокола об административном правонарушении, юридические признаки (противоправность, виновность, наказуемость) и все элементы состава административного правонарушения, предусмотренные нормой права (объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона).

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ), не установлено.

Дополнительно должностным лицом был исследован вопрос о малозначительности.

Согласно статье 2.9 КоАП РФ 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.

Согласно пункту 21 Постановления Верховного суда Российской Федерации

от 24.03.2005 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» 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.

Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, характеризующими малозначительность правонарушения. Они в силу частей 2 и 3 статьи 4.1 КоАП РФ учитываются при назначении административного наказания.

Действия ИП В содержат нарушение законодательства о рекламе и свидетельствуют о пренебрежительном отношении лица к исполнению своих обязанностей по соблюдению норм в сфере законодательства о рекламе.

Совершенное ИП В правонарушение посягает на установленные нормативными правовыми актами гарантии на защиту потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку требования законодательства о рекламе, а также установление в части 1 статьи 14.3 КоАП РФ административной ответственности за их нарушение направлены на охрану прав потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку потребители признаются слабой стороной данных отношений, не обладающей специальными познаниями.

Марийское УФАС России приходит к выводу, что совершенное правонарушение несет существенную угрозу правоохраняемым отношениям.

В данном случае существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается не только в пренебрежительном отношении рекламодателя и рекламораспространителя к исполнению своих обязанностей в сфере соблюдения законодательства о рекламе, но и в пренебрежительном отношении к здоровью граждан Российской Федерации. Несоответствие спорной рекламы требованиям законодательства нарушает права и законные интересы потребителей на получение надлежащей и достоверной информации.

Таким образом, оценив характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, должностное лицо Марийского УФАС России пришло к выводу о том, что совершенное ИП В. правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем, отсутствуют основания для признания его малозначительным.

По смыслу части 2 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания физическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, личность виновного, его имущественное положение, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

В соответствии с частью 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 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.

В силу части 2 статьи 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.

Согласно представленным сведениям, а также сведениям, содержащимся на сайте Федеральной налоговой службы <https://rmsp.nalog.ru> в разделе «Единый реестр субъектов малого и среднего предпринимательства», ИП В. (ИНН 772365071103, ОГРНИП 306770000288822) является субъектом малого предпринимательства.

Сведения о том, что ИП В. ранее привлекалась за совершение аналогичного правонарушения, в материалах дела об административном правонарушении отсутствуют. Аналогично отсутствует документально подтвержденная информация о возникновении 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 при совершении рассматриваемого правонарушения, о наличии материального ущерба.

В соответствии со статьей 3.4 КоАП РФ предупреждение - мера

административного наказания, выраженная в официальном порицании физического или юридического лица. Предупреждение выносится в письменной форме.

Предупреждение является официальным предостережением лица о недопустимости противоправного поведения. Вынесение предупреждения является профилактической мерой, которая призвана побудить правонарушителя к добровольному исполнению нарушенной им же обязанности, способствовать выполнению им правовых обязанностей. Вместе с тем применение этой меры, как и других административных санкций, влечет для правонарушителя неблагоприятные правовые последствия. Субъект ответственности в течение года считается лицом, привлекавшимся к административной ответственности.

Должностное лицо Марийского УФАС России, оценив представленные доказательства в их совокупности, принимает во внимание вышеизложенные конкретные обстоятельства совершения административного правонарушения, отсутствие отягчающих ответственность обстоятельств, и считает, что для достижения целей административного наказания, установленных частью 1 статьи 3.1 КоАП РФ ИП В достаточно такой меры административного наказания как предупреждение.

Руководствуясь ст. 2.1, 2.2, 2.10, 3.4, 4.1, 4.1.1, 4.2, 4.3, 4.6, ч. 1 ст. 14.3, 23.48, ч. 1 ст. 29.9, 29.10 КоАП РФ, статьями 25, 33, 38 Закона о рекламе

постановила:

Привлечь индивидуального предпринимателя В(ИНН 772365071103; ОГРНИП 306770000288822) к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ и назначить ей наказание в виде предупреждения.

В соответствии с частью 1, 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в 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.

Заместитель руководителя –

начальник отдела