

Постановление

по делу №012/04/14.3-454/2021 об административном правонарушении

«17» июня 2021 года
Йошкар-Ола

Г.

Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в лице заместителя руководителя-начальника отдела <...>, рассмотрев протокол от «21» мая 2021 года об административном правонарушении и материалы дела №012/04/14.3-454/2021, возбужденного в отношении должностного лица ООО «Строй-Инвест» - генерального директора <...> (<...>) по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении рекламной информации посредством смс-сообщения на абонентский номер гражданина без его согласия, ответственность за данное административное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в отсутствие <...>, надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении,

Установила:

Марийским УФАС России возбуждено дело №012/04/14.3-454/2021 об административном правонарушении в отношении должностного лица ООО «Строй-Инвест» - генерального директора <...> по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламной информации посредством смс-сообщения на абонентский номер гражданина без его согласия (решение Комиссии Марийского УФАС России о признании рекламы ненадлежащей от 14.01.2021 по делу № 012/05/18-839/2020).

21.05.2021 ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> составлен протокол об административном правонарушении №012/04/14.3-454/2021 в отношении должностного лица ООО «Строй-Инвест» <...> по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ. <...> надлежащим образом извещен о дате, времени составления протокола. По адресу места регистрации <...> направлено

уведомление о составлении протокола (исх. № 03-07/343 от 30.04.2021). В соответствии со сведениями Почты России 07.05.2021 произошла неудачная попытка вручения письма и 13.05.2021 оно было возвращено отправителю из-за истечения срока хранения.

Копия протокола была направлена по адресу места регистрации генерального директора ООО «Строй-Инвест» <...> (исх. №03-07/408 от 21.05.2021). В связи с тем, что на дату рассмотрения дела (28.05.2021) в материалах дела отсутствовали доказательства извещения <...> о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении №012/04/14.3-454/2021, определением от 28.05.2021 (исх. № 03-07/429) рассмотрение дела отложено на 17.06.2021. Копия данного определения направлена по адресу места регистрации <...> В соответствии со сведениями Почты России 03.06.2021 произошла неудачная попытка вручения письма и 10.06.2021 оно было возвращено отправителю из-за истечения срока хранения.

Таким образом, генеральный директор ООО «Строй-Инвест» <...> на момент рассмотрения административного дела №012/04/14.3-454/2021 надлежащим образом извещено о месте и времени рассмотрения административного дела.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <...> (вх. № 163-Б от 26.08.2020) о нежелательном смс-сообщении, распространенном с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Профнастил, рабица, утеплитель и др. Скидка 10% 89951041663».

Определением от 21.10.2020 Марийским УФАС России возбуждено дело № 012/05/18-839/2020.

В соответствии со статьей 3 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.

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 рекламе, поступившей посредством смс-сообщения, объектом рекламирования являются строительные материалы и услуги по предоставлению скидки.

Информация, направленная <...> в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, из сообщения не следует, что оно было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация, поступившая <...>, содержит следующие признаки рекламы: смс-сообщение отправлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим товарам и услугам), 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.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение, что указывает на признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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, в случае, если будет доказана его вина.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения указанного смс-сообщения.

В письменных пояснениях ПАО «Ростелеком» сообщено, что абонентский номер <...> выделен по договору об оказании услуг связи № 100268401 от 30.06.2020 ООО «Строй-Инвест» (<...>).

Согласно пункту 1.1. и 1.2. вышеуказанного договора договор регулирует отношения между Оператором и Абонентом при оказании Оператором услуг связи. В соответствии с условиями настоящего договора оператор оказывает услуги, а абонент оплачивает. Права и обязанности сторон не могут передаваться другим лицам иначе как в порядке установленным законом или договором. В случае передачи абонентского устройства с подключенной SIM-картой третьим лицам, абонент несет ответственность за все действия, совершенные третьим лицом с использованием телефонного номера.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламораспространитель.

Марийским УФАС России установлено, что смс-сообщение поступило с номера телефона <...>, принадлежащего ООО «Строй-Инвест».

Кроме того, ООО «Строй-Инвест» в письменных пояснениях от 26.10.2020 указало, что между Обществом (исполнитель) и ИП А. (заказчик) заключен договор № 0058/2018 от 17.01.2018. Согласно данному договору ООО «Строй-Инвест» предоставляло услуги доступа к Системе программного обеспечения.

В соответствии с договором, Исполнитель оказывает за плату Заказчику услуги доступа к системе для самостоятельной отправки сообщений из

личного кабинета, обеспечивающему формирование, отправку и подтверждение об отправке SMS/Viber/Whatsapp сообщений в течение определенного периода. При пользовании услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров абонентов для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора.

В соответствии с п. 3.1 договора обязанностями Исполнителя является оказание Заказчику услуги в соответствии с действующими тарифами, предоставление Заказчику доступ к системе в соответствии с условиями настоящего договора, обеспечение Заказчику возможность контроля за информацией о зачислении платежей, состоянии своего электронного виртуального счета и состоянии каждого переданного для отправки SMS/Viber/Whatsapp сообщения через сайт Исполнителя посредством предоставления логина и пароля доступа к электронному виртуальному счету Заказчика.

Согласно пункту 3.2 договора, в обязанности Заказчика входит соблюдение требований законодательства Российской Федерации при исполнении договора в отношении использования услуг, требования законодательства других стран, в которые выполняется рассылка сообщений, а также норм международного права. В обязательном порядке получать от абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженного посредством совершения или действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщений, в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

Таким образом, договорные отношения между ООО «Строй-Инвест» в лице должностного лица – генерального директора <...> и А. подтверждают совершение последовательности действий сторонами по распространению рассматриваемой рекламы, а, следовательно, являются рекламораспространителями.

Таким образом, Обществом в лице должностного лица – генерального директора <...> при распространении смс-сообщения не были предприняты все меры по предотвращению нарушения законодательства.

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

Статьей 26.1 КоАП РФ предусмотрено, что одним из обстоятельств, подлежащих выяснению по делу об административном правонарушении,

является виновность лица в совершении административного правонарушения.

Согласно 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.

В силу 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. 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.

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.

Под должностным лицом в КоАП РФ следует понимать лицо – руководителя, работника организации, совершившего административное правонарушение в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций.

Организационно-распорядительные функции включают в себя руководство коллективом, расстановку и подбор кадров, организацию труда или службы подчиненных, поддержание дисциплины, применение мер поощрения и наложение дисциплинарных взысканий и иные.

К административно-хозяйственным функциям могут быть, в частности, отнесены полномочия по управлению и распоряжению имуществом и денежными средствами, находящимися на балансе и банковских счетах организаций и учреждений, воинских частей и подразделений, а также совершение иных действий: принятие решений о начислении заработной платы, премий, осуществление контроля за движением материальных ценностей, определение порядка их хранения и т.п.

Должностное лицо, в силу возложенных на него обязанностей, должно знать требования антимонопольного законодательства и соблюдать их.

<...> является генеральным директором ООО «Строй-Инвест», следовательно, должностным лицом, ответственным за подписание документов и распространение рассматриваемой рекламы.

<...> не принял всех зависящих от него мер при наличии необходимой степени заботливости и осмотрительности, которые требовались от него по соблюдению требований действующего законодательства, а, следовательно, в действиях <...> имеется вина в совершении административного правонарушения в форме неосторожности.

Следовательно, установлено, что имело место событие административного правонарушения и факт его совершения <...> 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).

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

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

Место совершения административного правонарушения: г. Йошкар-Ола.

Время совершения административного правонарушения: 26.08.2020 года – дата поступления заявления <...> о нежелательном SMS-сообщении.

Состав административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, совершенного генеральным директором ООО «Строй-Инвест» <...>, образуют:

- объект административного правонарушения - установленный порядок производства, размещения и распространения рекламы;
- объективная сторона – размещение рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»;
- субъект правонарушения – <...>;
- субъективная сторона – виновное совершение административного правонарушения, так как у <...> имелась возможность соблюдения законодательства о рекламе, но им не были приняты все зависящие от него меры по его соблюдению.

Следовательно, установлено, что имело место событие административного правонарушения и факт его совершения должностным лицом ООО «Строй-Инвест» <...> 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).

По смыслу части 3 статьи 4.1 КоАП РФ 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.

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 сведениям, содержащимся на сайте Федеральной налоговой службы <https://rmsp.nalog.ru> в разделе «Единый реестр субъектов малого и среднего предпринимательства» «Строй-Инвест» (далее - Общество) (<...>) является субъектом малого предпринимательства.

Совершенное обществом в лице должностного лица административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, не относится к исключениям, установленным частью 2 статьи 4.1.1 КоАП РФ. Предупреждение не входит в число наказаний, предусмотренных санкциями части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Сведения о том, что <...> ранее привлекался за совершение аналогичного правонарушения, в материалах дела об административном правонарушении отсутствуют. Аналогично отсутствует документально подтвержденная информация о возникновении причинения вреда или возникновении 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, 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 генеральному директору ООО «Строй-Инвест» <...> достаточно такой меры административного наказания как предупреждение.

Руководствуясь ст. 2.1, 2.2, 2.9, 2.10, 3.4, 4.1, 4.1.1, 4.2, 4.3, ч. 1 ст. 14.3, 23.48, ч. 1 ст. 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛА:

Привлечь <...> (<...>) к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ и назначить ему 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 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