

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-1102/77-15

«12» ноября 2015 года

г. Москва

Я, <...>, рассмотрев протокол от 03.11.2015 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-1102/77-15, возбужденного в отношении ООО «Голд-Фитнес», в связи с нарушением ООО «Голд-Фитнес» части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившимся в распространении 15.11.2014 в 12 часов 24 минуты на телефонный номер <...> с номера, имеющего буквенное обозначение «Gold-Fitnes», через смс-центр <...> рекламы «GFpremium ФИТНЕС УСПЕЙ ПРОДЛИТЬ 15 месяцев — 16500 р., на 8 месяцев 12500 р. только 15-16 ноября +79257865062», без предварительного согласия абонента на ее получение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ),

в присутствии представителя ООО «Голд-Фитнес» по доверенности <...>
УСТАНОВИЛ:

ООО «Голд-Фитнес» (107023, г. Москва, ул. Семеновская м., д. 28, стр. 4) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц УФНС России по г. Москве 03.12.2010 года, за основным государственным регистрационным номером 1107746989371, ИНН 7719765957, КПП 771901001.

ООО «Голд-Фитнес» 15.11.2014 в 12 часов 24 минуты без предварительного согласия абонента распространило на его телефонный номер <...> с номера, имеющего буквенное обозначение «Gold-Fitnes», через смс-центр <...> рекламу следующего содержания: «GFpremium ФИТНЕС УСПЕЙ ПРОДЛИТЬ 15 месяцев — 16500 р., на 8 месяцев 12500 р. только 15-16 ноября +79257865062».

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Пензенской области (далее — Пензенское УФАС России) от 24.06.2015 по делу № 3-01/15-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при распространении рекламы «GFpremium ФИТНЕС УСПЕЙ ПРОДЛИТЬ 15 месяцев — 16500 р., на 8 месяцев 12500 р. только 15-16 ноября +79257865062», поступившей 15.11.2014 в 12 часов 24 минуты на телефонный номер <...> с номера, имеющего буквенное обозначение «Gold-Fitnes», через смс-центр <...>, установлен факт нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), выразившегося в распространении рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно материалам дела № 3-01/15-2015, 15.11.2014 в 12 часов 24 минуты на номер телефона <...> поступила реклама следующего содержания: «GFpremium ФИТНЕС УСПЕЙ ПРОДЛИТЬ 15 месяцев — 16500 р., на 8 месяцев 12500 р. только 15-16 ноября +79257865062».

СМС-сообщение поступило с номера СМС-центра <...>, принадлежащего к ресурсу нумерации ПАО «Вымпел-Коммуникации».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается детализированной выпиской, скриншотом экрана мобильного телефона, содержащего текст

спорного сообщения, представленных в материалах дела № 3-01/15-2015.

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Согласно пункту 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе», 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 ФЗ «О рекламе», под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к услугам фитнес-клуба и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

ООО «Голд-Фитнес» не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: «GFpremium ФИТНЕС УСПЕЙ ПРОДЛИТЬ 15 месяцев — 16500 р., на 8 месяцев 12500 р. только 15-16 ноября +79257865062» исключительно в адрес одного абонента.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, направлена на привлечение внимания к услугам фитнес-клуба и является рекламой.

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.

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. Однако законодательство 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.

Исходя из того, что часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» содержит императивное указание на обязанность рекламодателя доказывать наличие согласия абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, а пункт 15 Постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» называет в качестве адресата исключительно лицо, на чей телефон непосредственно поступила соответствующая реклама, - рекламодатель обязан доказать наличие согласия на получение рекламы, полученного непосредственно от лица, на чей телефон она поступила.

Таким образом, по смыслу приведенного положения, в целях соблюдения требований действующего законодательства на рекламодателя возложена безусловная ответственность за объективность данных о согласии на получение рекламы, данным непосредственно теми лицами, на чей номер телефона направляется реклама посредством электронной связи.

При этом, обязанность по проверке соответствующих сведений прямо следует из толкования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» и не может быть проигнорирована рекламодателем в связи с возникающими сложностями в ее подтверждении.

Ненадлежащее исполнение обязанности по получению объективных данных о согласии на получение рекламы лица, на чей номер телефона она поступила, не может служить основанием для нарушения прав и законных интересов иных лиц.

Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ООО «Голд-Фитнес» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Согласно обращению абонента, своего согласия на получение рекламы посредством телефонной связи он не давал.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламодателя.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ООО «Голд-Фитнес» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Пензенское УФАС России, на получение рекламы ООО «Голд-Фитнес» не представлено.

Таким образом, установлено нарушение ООО «Голд-Фитнес» части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламодатель — лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламное сообщение поступило от адресата имеющего буквенное обозначение «Gold-Fitnes» и отправлено смс-центром <...>. В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства и связи, номер <...> выделен оператору связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» Москва и Московская область.

Исходя из представленных ПАО «Вымпел-Коммуникации» документов следует, что данное общество имеет договорные отношения с ООО «Билайн Венчурс» (Договор № 08-14 от 01.05.2014, а также Дополнительное соглашение № 1 от 01.05.2014). В свою очередь ООО «Билайн Венчурс» 01.10.2014 заключило договор №12-14 об оказании услуг с ООО «Ди-дейт».

ООО «Ди - дейт» имеет договорные отношения с ООО «СМС Трафик», (договор от 01.10.2014 № 470/14). В свою очередь ООО «СМС Трафик» имеет договорные отношения с ЗАО «Связной загрузка» (договор от 01.04.2014 г. № 179/14). Между ЗАО «Связной

Загрузка» и ООО «Электроник Восток» 01.08.2014 заключен договор № А - 38/14р. В свою очередь ООО «Электроник Восток» имеет договорные отношения с ООО «ВЕБСМС» (договор на оказание услуг № ЭВ - 271 - 11 от 01.08.2011 г.).

ООО «ВЕБСМС» разместило в сети интернет на официальном сайте <http://websms.ru/> Договор публичной оферты (Соглашение об использовании услуг ВЕБСМС). Согласно пункту 2 данного соглашения, договор между ООО «ВЕБСМС» и Клиентом вступает в силу с момента получения ООО «ВЕБСМС» заказа клиента, принятием последним цен действующего прейскуранта и оплатой аванса. В материалах дела имеются платежные поручения от 19.12.2011 № 49, от 06.08.2012 № 69, от 12.11.2012 № 99, согласно которым ООО «Голд-Фитнес» оплачивало смс рассылку посредством банковского перевода на расчетный счет ООО «ВЕБСМС».

Начиная с декабря 2012 года оплата услуг ООО «ВЕБСМС» осуществлялась через систему электронных платежей «QIWI» и «Яндекс.Деньги». Таким образом, факт оплаты услуг ООО «ВЕБСМС» подтверждает наличие договорных отношений между ООО «ВЕБСМС» и ООО «Голд-Фитнес» (Соглашение об использовании услуг ВЕБСМС).

Согласно условиям Соглашения об использовании услуг, ООО «ВЕБСМС» предоставляет Клиенту (ООО «Голд-Фитнес») комплекс телематических услуг связи по обработке и передаче СМС - сообщений от ООО «Голд-Фитнес» Абонентам, через технические средства ООО «ВЕБСМС». В соответствии с пунктом 4 данного Соглашения, ООО «Голд-Фитнес» является создателем (изготовителем) и распространителем СМС — сообщений, всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее или незаконное распространение СМС — сообщений и их содержание в полном объеме несет сам ООО «Голд-Фитнес».

Таким образом, в соответствии с Соглашением об использовании услуг ООО «ВЕБСМС» самостоятельно не организывает смс-рассылки, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе. В рамках предоставления услуг ООО «ВЕБСМС» приняло на себя обязанности по приему и передаче коротких текстовых сообщений (смс-сообщений) через Систему ООО «Голд-Фитнес» к операторам связи. Основной функцией ООО «ВЕБСМС» в этом случае является маршрутизация сообщений.

Изложенное выше позволяет сделать вывод о том, что заключенное между ООО «ВЕБСМС» и ООО «Голд-Фитнес» соглашение свидетельствует о том, что его предметом, в первую очередь, явилось обеспечение возможности рассылки смс-сообщений. ООО «ВЕБСМС» обеспечило техническими средствами (посредством электронной системы «WEBSMS.RU») ООО «Голд-Фитнес» для передачи смс-сообщения.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рассматриваемой рекламы, изучив принятые ООО «Голд-Фитнес» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого Соглашения, должностное лицо Московского УФАС России приходит к выводу о том, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ООО «Голд-Фитнес» путем направления оспариваемого сообщения ООО «ВЕБСМС» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Правовых доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения, потребителю рекламы, ООО «Голд-Фитнес» не представлено.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламораспространитель.

Установлено, что ООО «Голд-Фитнес» является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> путем направления сообщения в силу имеющихся между ПАО «Вымпел-Коммуникации» и ООО «Билайн

Венчурс», между ООО «Билайн Венчурс» и ООО «Ди-дейт», между ООО «Ди-дейт» и ООО «СМС Трафик», между ООО «СМС Трафик» и ЗАО «Связной загрузка», между ЗАО «Связной загрузка» и ООО «Электроник Восток», между ООО «Электроник Восток» и ООО «ВЕБСМС», между ООО «ВЕБСМС» и ООО «Голд-Фитнес» гражданско — правовых отношений. Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретные фактические действия, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — абоненту.

Таким образом, установлено, что ООО «Голд-Фитнес» является распространителем рекламы следующего содержания: «GFpremium ФИТНЕС УСПЕЙ ПРОДЛИТЬ 15 месяцев — 16500 р., на 8 месяцев 12500 р. только 15-16 ноября +79257865062», поступившей 15.11.2014 в 12 часов 24 минуты на номер телефона <...> с номера, имеющего буквенное обозначение «Gold-Fitness», через смс-центр <...>.

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва (место поступления 15.11.2014 в 12 часов 24 минуты на номер телефона <...> рекламы следующего содержания: «GFpremium ФИТНЕС УСПЕЙ ПРОДЛИТЬ 15 месяцев — 16500 р., на 8 месяцев 12500 р. только 15-16 ноября +79257865062»).

Время совершения административного правонарушения — 15.11.2014 в 12 часов 24 минуты (время поступления на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «GFpremium ФИТНЕС УСПЕЙ ПРОДЛИТЬ 15 месяцев — 16500 р., на 8 месяцев 12500 р. Только 15-16 ноября +79257865062»).

В соответствии с частью 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 соответствии с частью 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 КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Вина ООО «Голд-Фитнес» состоит в распространении 15.11.2014 в 12 часов 24 минуты на номер телефона <...> с номера, имеющего буквенное обозначение «Gold-Fitness», через смс-центр <...> рекламы следующего содержания: «GFpremium ФИТНЕС УСПЕЙ ПРОДЛИТЬ 15 месяцев — 16500 р., на 8 месяцев 12500 р. только 15-16 ноября +79257865062», с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». Должностным лицом Московского УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

Ответственность за невыполнение требований установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 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.

Должностным лицом Московского УФАС России не установлено обстоятельств, отягчающих административную ответственность, а также обстоятельств, смягчающих административную ответственность, ООО «Голд-Фитнес».

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем,

рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан — от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц — от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; юридических лиц — от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Таким образом штраф, подлежащий взысканию составляет 100 000 рублей.

Руководствуясь статьями 33, 38 Закона о рекламе, статьями 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

За нарушение части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, назначить ООО «Голд-Фитнес» (107023, г. Москва, ул. Семеновская м., д. 28, стр. 4, дата регистрации — 03.12.2010, ОГРН 1107746989371, ИНН 7719765957, КПП 771901001) административное наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 (ста тысяч) рублей.

Согласно части 1 статьи 32.2 КоАП РФ, административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с частью 5 статьи 32.2 КоАП РФ, при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в части 1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

В соответствии с частью 5 статьи 3.5 КоАП РФ, сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, зачисляются в соответствующие бюджеты в соотношении:

- 40% в Федеральный бюджет;
- 60% в бюджет субъекта Российской Федерации, на территории которого зарегистрировано ООО «Голд-Фитнес», перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе:

Получатель: УФК по г Москве (для Московского УФАС России)

Банк получателя: Отделение 1 Москва

ИНН 7706096339

КПП 770101001

БИК 044583001

р/с 40101810800000010041

КБК 161 1 16 26000 01 6000140

ОКТМО 45375000

Назначение платежа: административный штраф по делу № 4-14.3-1102/77-15.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ, неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражном суде в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии с пунктом 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.

Приложение: квитанци на 1 листе.