

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-1103/77-15

«17» ноября 2015 года

г. Москва

Я, <...>, рассмотрев Протокол от 03.11.15 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-1103/77-15, возбужденного в отношении ООО «Пеликан-Праймари», в связи с нарушением ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», по факту распространения 30.03.2015 в 18 часов 26 минут на телефонный номер ООО «Пеликан-Праймари» с номера «BMW Pelican» рекламы следующего содержания: *«Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080»*, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ),

в присутствии представителя ООО «Пеликан-Праймари» по доверенности <...>,

УСТАНОВИЛ:

ООО «Пеликан-Праймари» (141000, Московская обл., Мытищинский район, автодорога Алтуфьевское ш., 1-й км, вл. 2А, стр. 1), включено в Единый государственный реестр юридических лиц 25.10.2011 за основным государственным регистрационным номером 1115029010205, ИНН 5029156803, КПП 502901001.

ООО «Пеликан-Праймари» 30.03.2015 в 18 часов 26 минут без предварительного согласия абонента распространило на его телефонный номер ООО «Пеликан-Праймари» с номера «BMW Pelican» sms-сообщение следующего содержания: *«Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080»*.

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее — Омское УФАС России) от 19.08.2015 по делу № 06-10.1/64-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в действиях ООО «Пеликан-Праймари» при распространении 30.03.2015 в 18 часов 26 минут без предварительного согласия абонента на его телефонный номер ООО «Пеликан-Праймари» рекламы: *«Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080»*, 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 № 06-10.1/64-2015 на номер телефона ООО «Пеликан-Праймари» 30.03.2015 в 18 часов 26 минут поступила реклама следующего содержания: *«Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080»*.

Поступление указанной рекламы на номер телефона ООО «Пеликан-Праймари» подтверждается фотографией экрана телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также сведениями представленными ЗАО «Связной Загрузка», ООО «Страмедиа», ООО «Пеликан-Праймари» в материалы дела № 06-10.1/64-2015.

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 дилерского центра, и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

ООО «Пеликан-Праймари» не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: *«Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080»* исключительно в адрес одного абонента.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона ООО «Пеликан-Праймари», направлена на привлечение внимания к услугам дилерского центра и является рекламой.

В соответствии с частью 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 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.

Согласно пункту 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и

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 этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

Однако Закон 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 «Пеликан-Праймари» 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 «Пеликан-Праймари» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Омское УФАС России, на получение рекламы ООО «Пеликан-Праймари» не представлено.

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

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва (место поступления 30.03.2015 в 18 часов 26 минуты рекламы «*Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080*»),

распространенной с короткого номера «BMW Pelican» на телефонный номер ООО «Пеликан-Праймари»).

Время совершения административного правонарушения — 30.03.2015, 18 часов 26 минуты (время поступления рекламы «*Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080*», распространенной с короткого номера «BMW Pelican» на телефонный номер ООО «Пеликан-Праймари»).

Исходя из материалов дела № 06-10.1/64-2015, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора № 09-12/147 об оказании SMS-услуг от 01.09.2012, заключенного между ООО «Пеликан-Праймари» и ООО «Страмедиа»; договора об оказании услуг по распространению рекламно-информационных материалов № А-54/13р от 01.12.2013, заключенного между ООО «Страмедиа» и ООО «Связной Загрузка».

На основании договора № 09-12/147 об оказании SMS-услуг от 01.09.2012 ООО «Страмедиа» оказывает SMS-услуги ООО «Пеликан-Праймари» в соответствии с требованиями к качеству оказания SMS-услуг.

Из таких договорных отношений следует, что услуги ООО «Пеликан-Праймари» *не должны противоречить требованиям законодательства РФ*. (пункт 3.3.3. договора № 09-12/147 об оказании SMS-услуг от 01.09.2012), а также ООО «Пеликан-Праймари» обязуется не использовать SMS-сервис для массовых рассылок не согласованных предварительно с получателем SMS-сообщения, а также рассылки информации получателю, высказавшему явное нежелание получать подобную информацию (п. 3.3.4. вышеприведенного договора).

В соответствии с п. 3.3.2. договора № 09-12/147 об оказании SMS-услуг от 01.09.2012, оказание услуг возможно только Абонентам, выразившим согласие на предоставление Услуг ООО «Пеликан-Праймари».

Следовательно, у ООО «Пеликан-Праймари» имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рассматриваемой рекламы, изучив принятые ООО «Пеликан-Праймари» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, должностное лицо Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ООО «Пеликан-Праймари» осуществлялось фактическое распространение рассматриваемой рекламы 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 «Пеликан-Праймари» не представлено.

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

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

Установлено, что ООО «Пеликан-Праймари» является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер ООО «Пеликан-Праймари» путем направления сообщения в силу имеющихся между ООО «Пеликан-Праймари» и ООО «Страмедиа», ООО «Страмедиа» и ЗАО «Связной Загрузка» 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 «Пеликан-Праймари» является

рекламораспространителем рекламы *«Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080»*.

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 «Пеликан-Праймари» состоит в распространении 30.03.2015 в 18 часов 26 минут рекламы *«Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080»*, с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». Должностным лицом УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

Ответственность за невыполнение требований установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Вместе с тем, ООО «Пеликан-Праймари» при составлении протокола об административном правонарушении по настоящему делу представлены объяснения по факту нарушения, в которых Общество обращает внимание на то, что отправка 30.03.2015 в 18 часов 26 минут рекламы *«Последние а/м BMW X1 по ценам 2014 года от официального дилера BMW Пеликан-Праймари. Подробности по телефону: 84959807080»* на телефонный номер ООО «Пеликан-Праймари» произошло не преднамеренно, а по причине ошибки ответственного должностного лица.

Однако, данный довод не может быть принят во внимание в связи со следующим. Согласно пункту 3 статьи 2.1 КоАП РФ, назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

Таким образом, ответственность за совершение административного правонарушения наряду с физическим лицом несет также и виновное юридическим лицо.

ООО «Пеликан-Праймари» заявлено ходатайство об освобождении Общества от административной ответственности в связи с малозначительностью совершенного административного правонарушения.

В обоснование заявленного ходатайства ООО «Пеликан-Праймари» приведены доводы о малой общественной опасности совершенного правонарушения, а также об отсутствии умысла в действиях виновного лица.

В соответствии со статьей 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.

При этом оценка малозначительности деяния должна соотноситься с характером и степенью общественной опасности, причинением либо угрозой причинения вреда личности, обществу или государству. Понятие малозначительности административного

правонарушения является категорией оценочной и определяется в каждом конкретном случае с учетом выявленных обстоятельств.

Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния.

Малозначительным 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.

В данном случае существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается в неисполнении ООО «Пеликан-Праймари» своих обязанностей, предусмотренных формальными требованиями Закона о рекламе, что посягает на установленный порядок в области распространения рекламы.

Закон о рекламе, регулируя отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы, ставит своей целью предотвращение и пресечение ненадлежащей рекламы.

Должностным лицом Московского УФАС России учтено, что дело № 06-10.1/64-2015 возбуждено Омским УФАС России на основании обращения физического лица, что свидетельствует о нарушении ООО «Пеликан-Праймари» прав и законных интересов конкретного лица.

Относительно довода ООО «Пеликан-Праймари» об отсутствии умысла в действиях виновного лица, то есть совершения правонарушения по неосторожности необходимо отметить следующее. В соответствии с пунктом 2.2 КоАП РФ, 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. Исходя из пункта 16.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 N 10 (ред. от 10.11.2011) "О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях", обстоятельства, указанные в части 1 или части 2 статьи 2.2 КоАП РФ применительно к юридическим лицам установлению не подлежат. В отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. Следовательно, данный довод не может быть принят во внимание при решении вопроса о мере ответственности виновного лица.

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 «Пеликан-Праймари».

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 Закона о рекламе, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, назначить ООО «Пеликан-Праймари» (141000, Московская обл., Мытищинский район, автодорога Алтуфьевское ш., 1-й км, вл. 2А, стр. 1, дата регистрации — 25.10.2011, ОГРН 1115029010205, ИНН 5029156803, КПП 502901001) 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 «Пеликан-Праймари», 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 № 4-14.3-1103/77-15.

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 ч. 1 ст. 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.