

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-393/77-15

«27» октября 2015 года

г. Москва

Я, <...>, рассмотрев протокол от 28.07.2015 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-393/77-15, возбужденного в отношении ИП Мельниковой Н.А., в связи с нарушением ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), выразившимся в распространении 30.03.2015 в 16 часов 40 минут рекламы «ZNG *Проезд: В АЭРОПОРТ -800 р., по городу — 300 р.! т.84996410060 JUNL8*» на телефонный номер 8-919-993-25-37 с номера +79022295560, 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 отсутствие ИП Мельниковой Н.А., надлежащим образом уведомленной о дате, месте и времени рассмотрения дела об административном правонарушении,

УСТАНОВИЛ:

ИП Мельникова Н.А. (150014, г. Ярославль, ул. Угличская, д. 42, кв. 17) включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей 25.11.2009 за основным государственным регистрационным номером индивидуального предпринимателя 309760432900070, ИНН 760604372496.

ИП Мельникова Н. А. 30.03.2015 в 16 часов 40 минут без предварительного согласия абонента распространил на его телефонный номер 8-919-993-25-37 с номера +79022295560 рекламу следующего содержания: «ZNG *Проезд: В АЭРОПОРТ -800 р., по городу — 300 р.! т.84996410060 JUNL8*».

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее — Омское УФАС России) по рассмотрению дела № 06-10.1/39-2015 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в действиях ИП Мельниковой Н.А. при распространении 30.03.2015 в 16 часов 40 минут без предварительного согласия абонента на его телефонный номер 8-919-993-25-37 с номера +79022295560 рекламы следующего содержания: «ZNG *Проезд: В АЭРОПОРТ -800 р., по городу — 300 р.! т.84996410060 JUNL8*», установлен факт нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», выразившийся в распространении рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно материалам дела № 06-10.1/39-2015 на номер телефона 8-919-993-25-3730.03.2015 в 16 часов 40 минут поступила реклама следующего содержания: «ZNG Проезд: В АЭРОПОРТ -800 р., по городу — 300 р.! т.84996410060 JUNL8».

Поступление указанной рекламы на номер телефона 8-919-993-25-37 подтверждается фотографией экрана телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также сведениями представленными ЗАО «Ярославль- GSM».

Согласно п. 1 ст. 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 ст. 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 - любые 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 п. 2 ст. 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 п. 3 ст. 3 ФЗ «О рекламе», под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

ИП Мельниковой Н.А. не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: «ZNG Проезд: В АЭРОПОРТ -800 р., по городу — 300 р.! т.84996410060 JUNL8» исключительно в адрес одного абонента.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона 8-919-993-25-37, направлена на привлечение внимания к услугам такси и

является рекламой.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 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 ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», содержит императивное указание на обязанность рекламодателя доказывать наличие согласия абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, а п. 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 ч. 1 ст. 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.

Таким образом, доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ИП Мельниковой Н.А. не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Согласно обращению физического лица, своего согласия на получение рекламы посредством телефонной связи оно не давало.

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 ИП Мельниковой Н.А. информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Омское УФАС России, на получение рекламы ИП Мельниковой Н.А. не представлено.

Таким образом, установлено нарушение ИП Мельниковой Н.А. ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва (место поступления 30.03.2015 в 16 часов 40 минут рекламы «ZNG *Проезд: В АЭРОПОРТ -800 р., по городу — 300 р.! т.84996410060 JUNL8*», распространенной на телефонный номер абонента 8-919-993-25-37 с номера +79022295560).

Время совершения административного правонарушения — 30.03.2015 в 16 часов 40 минут (время поступления рекламы «ZNG *Проезд: В АЭРОПОРТ -800 р., по городу — 300 р.! т.84996410060 JUNL8*», распространенной на телефонный номер абонента 8-919-993-25-37 с номера +79022295560).

Согласно информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru), номер +79022295560 закреплен за оператором связи — ЗАО «Ярославль — GSM» (г. Ярославль).

Из информации, предоставленной ЗАО «Ярославль — GSM» в адрес Омского УФАС России, следует, что отправителем указанного SMS-сообщения является индивидуальный предприниматель Мельникова Наталья Александровна в рамках действия договора от 17.12.2012 № б/н.

Согласно условиям Договора Заказчик (ИП Мельникова Н.А.) поручает, а Исполнитель (ЗАО «Ярославль — GSM») берет на себя обязательства по оказанию следующих услуг Заказчику: передача SMS-сообщений от Заказчика посредством технических и программных средств Исполнителя Абонентам.

При этом в силу п. 3.1.2. указанного договора ИП Мельникова Н.А. обязуется не использовать подключение к оборудованию ЗАО «Ярославль — GSM» для организации СПАМа, т. е. Рассылки SMS-сообщений рекламного характера, которые отправлены без предварительного согласия абонентов.

Таким образом, ИП Мельникова Н.А. является рекламодателем, т. е. лицом, осуществляющим распространение спорной рекламы, путем ее направления ЗАО «Ярославль — GSM» с целью дальнейшего доведения до сведения абонента.

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

Согласно п. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе», рекламодатель — лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с

использованием любых средств.

Установлено, что ИП Мельникова Н.А. является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер 8-919-993-25-37 путем направления сообщения в силу имеющихся между ИП Мельникова Н.А. и ЗАО «Ярославль-GSM» гражданско — правовых отношений. Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретные фактические действия, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату — заявителю.

Таким образом, установлено, что ИП Мельникова Н.А. является рекламораспространителем рекламы «*ZNG Проезд: В АЭРОПОРТ -800 р., по городу — 300 р.! т.84996410060 JUNL8*», поступившей 30.03.2015 в 16 часов 40 минут на телефонный номер заявителя 8-919-993-25-37 с номера +79022295560.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 ч. 2 ст. 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.

В соответствии со ст. 2.4 КоАП РФ, лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица.

Вина ИП Мельниковой Н.А. состоит в распространении 30.03.2015 в 16 часов 40 минут рекламы: «*ZNG Проезд: В АЭРОПОРТ -800 р., по городу — 300 р.! т.84996410060 JUNL8*», без предварительного согласия абонента на его телефонный номер 8-919-993-25-37 с номера +79022295560, с нарушением требований ч. 1 ст. 18ФЗ «О рекламе». Должностным лицом Московского УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

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

В соответствии с ч. 3 ст. 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 «КамаТелеком».

В соответствии с ч. 1 ст. 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 4 000 рублей.

Руководствуясь ст.-ст. 33, 38 ФЗ «О рекламе», ст.-ст. 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

За нарушение ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, назначить ИП Мельниковой Н.А. (150014, г. Ярославль, ул. Угличская, д. 42, кв. 17, дата регистрации — 25.11.2009, ОГРН 309760432900070, ИНН 760604372496.) административное наказание в виде административного штрафа в размере 4 000 (четыре тысяч) рублей.

Согласно ч. 1 ст. 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 ст. 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 5 ст. 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 ч. 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 ч. 5 ст. 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 зарегистрирована ИП Мельникова Н.А., 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 № 4-14.3-393/77-15.

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

В соответствии с ч. 3 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в установленном законом порядке в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии с п. 1 ст. 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: квитанция на 1 листе.