

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-677/77-14

«03» апреля 2015 года

г. Москва

Я, <...>, рассмотрев протокол № А-3 и материалы дела № 4-14.3-677/77-14 об административном правонарушении, возбужденного в отношении ООО «Алекс Фитнес», в связи с нарушением ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившимся в распространении 28.04.2014 в 16 часов 43 минуты рекламы: «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград». ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277», 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 представителя надлежащим образом уведомленного ООО «Алекс Фитнес»,

УСТАНОВИЛ:

ООО «Алекс Фитнес» (195271, г. Санкт-Петербург, Кондратьевский пр-т, д. 64, к. 6, лит. А) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 08.09.2011 за основным государственным регистрационным номером 1117847374226, ИНН 7804468360, КПП 780401001.

ООО «Алекс Фитнес» 28.04.2014 в 16 часов 43 минуты без предварительного согласия абонента распространило на его телефонный номер <...> с номера <...> рекламу следующего содержания: «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград». ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277».

Решением Комиссии Рязанского УФАС России по рассмотрению дела № 373/2014-Р о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе от 14.11.2014 в рекламе «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград». ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277», распространенной 28.04.2014 в 16 часов 43 минуты с номера <...> на телефонный номер <...>, установлен факт нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — ФЗ «О рекламе»), выразившийся в распространении рекламы посредством телефонной связи без

предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно материалам дела № 373/2014-Р на номер телефона <...> 28.04.2014 в 16 часов 43 минуты поступила реклама следующего содержания: «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград». ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277», с указанием отправителя - <...>.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также сведениями, представленными ООО «Алекс Фитнес», ООО «А1 Системс», ООО «Гипертех» в материалы дела № 373/2014-Р.

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 - 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 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, предоставляемым ООО «Алекс Фитнес», а также к проводимой названным Обществом акции, и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

ООО «Алекс Фитнес» не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград». ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277» исключительно в адрес одного физического лица.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым ООО «Алекс Фитнес», а также к проводимой названным Обществом акции, 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 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.

Доказательств получения согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламы ООО «Алекс 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 физического лица, 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 «Алекс Фитнес» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Рязанское УФАС России, на получение рекламы, ООО «Алекс Фитнес» не представлено.

Таким образом, установлено нарушение ООО «Алекс Фитнес» ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Местом совершения административного правонарушения является

г. Москва (место поступления 28.04.2014 в 16 часов 43 минуты рекламы «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград». ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277» распространенной на телефонный номер <...> с номера <...>).

Время совершения административного правонарушения — 28.04.2014 в 16 часов 43 минуты (время поступления рекламы «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград». ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277» распространенной на телефонный номер <...> с номера <...>).

Исходя из материалов дела № 373/2014-Р, указанная реклама распространялась на основании договора публичной оферты № 30677 от 12.12.2013, заключенного между ООО «Гипертех» и ООО «Алекс Фитнес».

В соответствии с пунктом 2.1 договора публичной оферты № 30677 от 12.12.2013, ООО «Гипертех» обязуется оказывать ООО «Алекс Фитнес» телематические услуги по доставке абонентам смс-сообщений ООО «Алекс Фитнес» через телекоммуникационные сети с использованием технической базы ООО «Гипертех».

При этом, под понятием «техническая база» понимается аппаратно-программный комплекс, установленный на территории ООО «Гипертех» либо компании партнера ООО «Гипертех», используемый для технического обеспечения оказания телематических услуг через телекоммуникационные сети в реальном масштабе времени и для ведения учета оказанных ООО «Алекс Фитнес» услуг. Техническая база позволяет ООО «Алекс Фитнес» зарегистрироваться, отправлять смс-сообщения абонентам, отслеживать их статус и контролировать свой электронный виртуальный счет.

В свою очередь «абонентом», согласно положениям рассматриваемого договора, является лицо, из базы ООО «Алекс Фитнес», принимающее смс-сообщение ООО «Алекс Фитнес», передаваемое посредством использования технической базы ООО «Гипертех», имеющего договорные отношения с оператором связи.

Согласно положениям пункта 3.3 договора публичной оферты № 30677 от 12.12.2013, ООО «Алекс Фитнес» обязано: получать от абонента, на телефонный номер которого планируется отправка смс-сообщений с информацией ООО «Алекс Фитнес», письменное согласие на получение таких смс-сообщений; не использовать подключение к технической базе для отправки спама.

При этом, согласно положениям пункта 1 договора публичной оферты № 30677 от 12.12.2013, «спам» - смс-сообщение, на получение которого абонент не давал явно выраженного согласия.

В соответствии с пунктом 3.1.6 договора публичной оферты № 30677 от 12.12.2013, ООО «Алекс Фитнес» имеет возможность контроля за состоянием каждого переданного смс-сообщения.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рекламы: «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград».

ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277», изучив принятые ООО «Алекс Фитнес» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого договора, должностное лицо Московского УФАС России приходит к выводу, что фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей осуществлялось ООО «Алекс Фитнес» путем направления оспариваемого сообщения ООО «Гипертех» с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

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

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

Установлено, что ООО «Алекс Фитнес» является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> путем использования программно-аппаратного комплекса ООО «Гипертех» в силу имеющихся между ними 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 ООО «Алекс Фитнес» является рекламодателем рекламы следующего содержания: «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград». ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277», поступившей 28.04.2014 в 16 часов 43 минуты на телефонный номер <...> с номера <...>.

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.

Вина ООО «Алекс Фитнес» состоит в распространении 28.04.2014 в 16 часов 43 минуты рекламы «СЕНСАЦИОННАЯ РАСПРОДАЖА клубных карт в ALEX FITNESS «Зеленоград». ЛУЧШАЯ ЦЕНА на фитнес — 5000 рублей. Подробности АКЦИИ у менеджера Карины, тел.: +79269816277» на телефонный номер <...> с номера <...>, с нарушением требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Московским УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

При этом, доводы ООО «Алекс Фитнес» относительно включения телефонного номера <...> в список телефонных номеров, от абонентов которых получено согласие на получение рекламы посредством смс-сообщений вследствие технической ошибки, оцениваются должностным лицом Московского УФАС России критически, поскольку обязанность рекламодателя по соблюдению требований статьи 18 ФЗ «О рекламе» является безусловной, а факт распространения ООО «Алекс Фитнес» спорной рекламы установлен решением Комиссии Рязанского УФАС России по рассмотрению дела № 373/2014-Р от 14.11.2014.

Ответственность за невыполнение требований установленных ч. 1 ст. 18 ФЗ «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 «АлексФитнес».

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем 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 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. 14.3 КоАП РФ назначить ООО «Алекс Фитнес» (г. Санкт-Петербург, Кондратьевский пр-т, д. 64, к. 6, лит. А; ОГРН 1117847374226, ИНН 7804468360, КПП 780401001) административное наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 (ста 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 зарегистрировано ООО «Алекс 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,
л/с 04731324890)

Банк получателя: Отделение 1 Москва

ИНН/КПП: 7706096339 / 770101001

БИК 044583001

р/с 40101810800000010041

КБК:161 1 16 26000 01 6000140

Код ОКТМО: 45375000

Назначение платежа: административный штраф по делу № 4-14.3-677/77-14.

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 арбитражном суде 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.