

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**  
**о назначении административного наказания по делу**  
**об административном правонарушении № 4-14.3-783/77-16**

«12» июля 2016 года

г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (далее – Московское УФАС России) <....>, рассмотрев протокол от 28.06.2016 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-783/77-16, возбужденного в отношении ООО «Зебра-Аэропорт», в связи с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившимся в распространении 06.11.2015 в 17 часов 05 минут рекламы: *«День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт. 19-20 ноября самая низкая цена в году. Открыто бронирование по тел: 84956699600»*, 11.11.2015 в 14 часов 56 минут рекламы: *«День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт! 19-21 ноября годовая круглосуточная карта 25500 руб. Бронь по тел: 84956699600»* на телефонный номер <....> с короткого номера ZEBRA, 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 защитника ООО «Зебра-Аэропорт» <....>,

**УСТАНОВИЛ:**

ООО «Зебра-Аэропорт» (<....>).

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Мордовия (далее — Мордовское УФАС России) от 14.03.2016 по делу № 471/15-Р по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в действиях ООО «Зебра-Аэропорт» при распространении 06.11.2015 в 17 часов 05 минут рекламы: *«День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт. 19-20 ноября самая низкая цена в году. Открыто бронирование по тел: 84956699600»*, 11.11.2015 в 14 часов 56 минут рекламы: *«День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт! 19-21 ноября годовая круглосуточная карта 25500 руб. Бронь по тел: 84956699600»* на телефонный номер <....> с короткого номера ZEBRA, установлен факт нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившийся в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <....> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, представленной физическим лицом в материалы дела № 471/15-Р.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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» (далее - Закон 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 Закона 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 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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 Закона 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.

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщений «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт. 19-20 ноября самая низкая цена в году. Открыто бронирование по тел: 84956699600», «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт! 19-21 ноября годовая круглосуточная карта 25500 руб. Бронь по тел: 84956699600» исключительно в адрес одного абонента — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная на номер телефона <...>, направлена на привлечение внимания к услугам фитнес-клуба и признана 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 Закона 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 Закона 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 «Зебра-Аэропорт» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как

согласие на ее получение.

Из обращения физического лица <....>, следует, что он не давал согласия на получение вышеприведенных рекламных sms-сообщений, поступивших на его абонентский номер <....>, предоставленный оператором сотовой связи ПАО «ВымпелКом». Названный абонентский номер находится в персональном служебном пользовании <....>, что подтверждается письмом ООО «Нефтегазиндустрия-Менеджмент» и приложенным к нему договором об оказании услуг связи «Билайн» г. Москва, представленными в материалах дела № 471/15-Р.

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

Таким образом, при распространении 06.11.2015 в 17 часов 05 минут рекламы «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт. 19-20 ноября самая низкая цена в году. Открыто бронирование по тел: 84956699600», 11.11.2015 в 14 часов 56 минут рекламы: «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт! 19-21 ноября годовая круглосуточная карта 25500 руб. Бронь по тел: 84956699600» посредством СМС-сообщения на телефонный номер <....> с короткого номера ZEBRA установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

На основании изложенного, реклама «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт. 19-20 ноября самая низкая цена в году. Открыто бронирование по тел: 84956699600», распространенная 06.11.2015 в 17 часов 05 минут; реклама «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт! 19-21 ноября годовая круглосуточная карта 25500 руб. Бронь по тел: 84956699600», распространенная 11.11.2015 в 14 часов 56 минут посредством СМС-сообщения на телефонный номер <....> с короткого номера ZEBRA, является ненадлежащей.

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва (место поступления на телефонный номер <....> с короткого номера ZEBRA 06.11.2015 в 17 часов 05 минут рекламы «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт. 19-20 ноября самая низкая цена в году. Открыто бронирование по тел: 84956699600»; 11.11.2015 в 14 часов 56 минут рекламы: «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт! 19-21 ноября годовая круглосуточная карта 25500 руб. Бронь по тел: 84956699600»).

Время совершения административного правонарушения — 06.11.2015 в 17 часов 05 минут (время поступления на телефонный номер <....> с короткого номера ZEBRA рекламы «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт. 19-20 ноября самая низкая цена в году. Открыто бронирование по тел: 84956699600»); 11.11.2015 в 14 часов 56 минут (время поступления на телефонный номер <....> с короткого номера ZEBRA рекламы «День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт! 19-21 ноября годовая круглосуточная карта 25500 руб. Бронь по тел: 84956699600»).

Исходя из материалов дела № 471/15-Р, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора № 557897664 об

оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2015, заключенного между ООО «Ди-Дэйт» и ПАО «ВымпелКом»; договора об оказании услуг по распространению рекламно-информационных материалов № 470/14 от 01.10.2014, заключенного между ООО «Ди-Дэйт» и ООО «СМС Трафик»; договора № 472/15 от 23.10.2015, заключенного между ООО «Зебра-Аэропорт» и ООО «СМС Трафик».

В соответствии с пунктом 2.1 договора № 472/15 от 23.10.2015, ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) обязуется оказывать ООО «Зебра-Аэропорт» (Заказчик) услуги доступа к комплексу оборудования и программного обеспечения, который позволяет обрабатывать сообщения, а ООО «Зебра-Аэропорт» обязуется оплачивать оказанные услуги.

Согласно пункту 3.2.2 ООО «Зебра-Аэропорт» обязано получить от абонента, на телефон которого ООО «Зебра-Аэропорт» планирует осуществлять отправку Сообщений с информацией ООО «Зебра-Аэропорт», предварительное согласие, выраженное посредством совершения Абонентом действий, однозначно идентифицирующих этого Абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение Сообщений. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия Абонента, если Заказчик не докажет, что такое согласие было получено.

Таким образом, у ООО «Зебра-Аэропорт» имелась обязанность предварительно получить согласие пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию.

Согласно ст. 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рассматриваемой рекламы, изучив принятые ООО «Зебра-Аэропорт» на себя обязательства посредством заключения договора, должностное лицо Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ООО «Зебра-Аэропорт» осуществлялось фактическое распространение рассматриваемой рекламы с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженное посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Закона о связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом

указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма закрепляет положение, согласно которому лица, участвующие в непосредственном доведении sms-сообщений до конечных получателей, совместными последовательными действиями обеспечивают направление сообщения в сеть электросвязи, в конечном итоге доводя сообщение до оператора подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

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

Установлено, что ООО «Зебра-Аэропорт» является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер 8<...> путем направления сообщения в силу имеющихся между ООО «Ди-дэйт» и ПАО «ВымпелКом», ООО «СМС Трафик» и ООО «Ди-дэйт», а также между ООО «СМС Трафик» и ООО «Зебра-Аэропорт» 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 «Зебра-Аэропорт» является рекламодателем рекламы *«День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт. 19-20 ноября самая низкая цена в году. Открыто бронирование по тел: 84956699600»*, поступившей 06.11.2015 в 17 часов 05 минуты, рекламы *«День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт! 19-21 ноября годовая круглосуточная карта 25500 руб. Бронь по тел: 84956699600»*, поступившей 11.11.2015 в 14 часов 56 минуты на телефонный номер <...> с короткого номера ZEBRA.

Учитывая изложенное, в действиях ООО «Зебра-Аэропорт» установлен факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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 «Зебра-Аэропорт» состоит в распространении 06.11.2015 в 17 часов 05 минут рекламы: *«День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт. 19-20 ноября самая низкая цена в году. Открыто бронирование по тел: 84956699600»*, 11.11.2015 в 14 часов 56 минут рекламы: *«День Открытых Дверей в Зебра Аэропорт! 19-21 ноября годовая круглосуточная карта 25500 руб. Бронь по тел: 84956699600»* на телефонный номер <...> с

короткого номера ZEBRA, с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона 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.

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.

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.

Согласно пункту 7 части 1 статьи 4.2 КоАП РФ обстоятельством, смягчающим ответственность, является добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) и муниципальный контроль. ООО «Зебра-Аэропорт» до вынесения настоящего постановления в адрес Московского УФАС России представлены документы, свидетельствующие об исполнении предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе (исх. № 29 от 14.03.2016).

Таким образом, установлено обстоятельство, смягчающее административную ответственность ООО «Зебра-Аэропорт».

Должностным лицом Московского УФАС России не установлено обстоятельств, отягчающих административную ответственность ООО «Зебра-Аэропорт».

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:

1. Признать ООО «Зебра-Аэропорт» <...> виновным в совершении правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить ООО «Зебра-Аэропорт»<...> наказание в виде административного штрафа в размере — **100 000 руб** (ста тысяч рублей ноль копеек).

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 ст. 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 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 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 «Зебра-Аэропорт», 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 № 4-14.3-783/77-16.

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: квитанция на 1 листе.



Заместитель руководителя

<....>