

ООО «Зебра-Энерджи»

129337, г. Москва, улица Красная
Сосна, д. 2А

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-1266/77-16

«21» февраля 2017 года

г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве <...>, рассмотрев Протокол от 07.09.2016 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-1266/77-16, возбужденного в отношении юридического лица — Общества с ограниченной ответственностью «Зебра-Энерджи» (ИНН: 7716777305, КПП: 771601001, ОГРН: 1147746652052; зарегистрировано 10.06.2014 г. по адресу: 129337, г. Москва, ул. Красная Сосна, д. 2А) (далее — Общество, ООО «Зебра-Энерджи»), в присутствии защитника по доверенности от 15.02.2017 ООО «Зебра-Энерджи» <...>,

УСТАНОВИЛ:

07.09.2016 специалистом-экспертом отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области <...>, на основании обращения <...> по факту распространения на телефонный номер <...> 07.04.2016 в 13 часов 02 минуты посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Только 20,21,22 апреля! Космические скидки на фитнес с бассейном 50%, Ночь Открытых дверей м. ВДНХ ул. Красная сосна2а, тел <...>» через смс-центр <...> без предварительного согласия абонента на ее получение, возбуждено дело об административном правонарушении в отношении ООО «Зебра-Энерджи» (ИНН: 7716777305, КПП: 771601001, ОГРН: 1147746652052; зарегистрировано 10.06.2014 г. по адресу: 129337, г. Москва, ул. Красная Сосна, д. 2А) по факту нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ

«О рекламе (далее — Закон о рекламе), ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона (скрин-шот), содержащей текст рассматриваемого сообщения, представленной физическим лицом.

Согласно п. 1 ст. 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 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 — 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.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации, как рекламной, является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы «Только 20,21,22 апреля! Космические скидки на фитнес с бассейном 50%, Ночь Открытых дверей м. ВДНХ ул. Красная сосна2а, тел <...>» отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалах дела не представлено доказательств направления спорного

смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица.

Согласно п. 2 ст. 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 п. 3 ст. 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Исходя из вышеизложенного, информация, распространенная на номер телефона <...>, направлена на привлечение внимания к услугам фитнес-клуба и признана рекламой.

В соответствии с Российским планом нумерации, номер <...> закреплен за ПАО «МегаФон».

ЗАО «МегаЛабс» изменило организационно-правовую форму на акционерное общество.

Согласно материалам дела, ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс» заключили соглашение № 3 от 02.11.2015 о предоставлении услуг по доступу к интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов (далее — РИМ) Партнера среди Абонентов.

В соответствии с п. 2.9 Спецификации (Приложение № 1 к Дополнительному соглашению № 42-4), АО «МегаЛабс» обязуется использовать Интерфейсы для передачи рекламных материалов и/или информационных материалов Конечным получателям только после получения от Конечного получателя согласия на получение рассылки.

Установлено, что АО «МегаЛабс» и ООО «Рапporto» заключили договор № МР-МИ-РППРТ-24.10.2014 от 24.10.2014 в рамках которого АО «МегаЛабс» оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения РИМ Клиента ООО «Рапporto». Согласно п. 4.8 вышеуказанного договора, ООО «Рапporto» обязуется получать согласие абонентов, среди которых предполагается осуществить распространение РИМ и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов, у которых такое согласие было получено. В рамках рассматриваемого договора, Клиент ООО «Рапporto» самостоятельно определяет желаемое имя отправителя, текст предполагаемого к отправке текстового сообщения, осуществляет выбор абонента-получателя в электронной форме с помощью имеющегося у него программного интерфейса.

Между ООО «Рапporto» (Агрегатор) и ООО «Зebra-Энерджи» (Заказчик)

заключили договор № № 3Э 04/15 от 01.04.2015.

Согласно п. 1.1 Договора № 3Э 04/15 от 01.04.2015, система Rapporto (далее — Система) — комплекс оборудования и программного обеспечения, принадлежащий Агрегатору (организация-посредник), способный осуществить передачу смс-сообщений Абонентам в реальном времени посредством канала передачи данных, взаимодействующий с центром обработки коротких сообщений Оператора и мобильными устройствами Абонента. Система позволяет Заказчику через Личный кабинет или путем интеграции по Протоколу формировать и отправлять смс-сообщения, отслеживать их статус, управлять ими, контролировать финансовую сторону расчетов с Агрегатором.

В соответствии с п. 2.1, п. 2.3 Договора № 3Э 04/15 от 01.04.2015, Агрегатор за обусловленную плату предоставляет Заказчику доступ к Системе, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов различных смс-рассылок, управление ими и пр.; доступ к системе предоставляется круглосуточно; формирование текста смс-сообщений и создание списков телефонных номеров абонентов для отправки/доставки смс-сообщений производится Заказчиком в Системе самостоятельно с соблюдением требований действующего законодательства РФ и Правил предоставления доступа к системе (Приложение № 1 к Договору) и не признается Сторонами услугой по указанному договору.

Согласно п. 3.3.2. Договора № 3Э 04/15 от 01.04.2015, Заказчик обязан в обязательном порядке получить предварительное письменное согласие от Абонента, на номер телефона которого будет производиться отправка смс-сообщений, а также любым доступным способом довести до его сведения информацию о способе отказаться от дальнейшего получения смс-сообщений.

Таким образом, ООО «Рапporto» за обусловленную плату предоставляет ООО «Зебра-Энерджи» доступ к системе, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов различных смс-рассылок, управления ими и т. п.

В связи с вышеизложенным, ООО «Зебра-Энерджи» осуществлялось фактическое распространение рассматриваемой рекламы с целью дальнейшего доведения до сведения абонента. При этом, у Общества имелось обязательство предварительно удостовериться в наличии согласия абонента на получение рекламы.

В силу п. 7 ст. 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Исходя из вышеизложенного, непосредственное доведение рекламной информации до потребителя осуществляло ООО «Зебра-Энерджи».

Следовательно, в данном случае имеются все основания считать ООО «Зебра-Энерджи» рекламодателем в понимании п. 7 ст. 3 Закона о рекламе.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение

требований, установленных ст. 18 Закона о рекламе, несут рекламодатель и рекламодатель.

Таким образом, установлено, что ООО «Зебра-Энерджи» является рекламодателем рекламы «Только 20,21,22 апреля! Космические скидки на фитнес с бассейном 50%, Ночь Открытых дверей м. ВДНХ ул. Красная сосна 2а, тел <...>», поступившей 11.04.2016 в 13 часов 02 минуты на телефонный номер <...> через смс-центр <...>.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 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.

Согласно 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», согласие абонента на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

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 Закона 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 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.

Таким образом, обязанность по получению предварительного согласия абонента на получение смс-рассылки лежит на ООО «Зебра-Энерджи».

Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ООО «Зебра-Энерджи» 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 смс-сообщений, поступивших на его абонентский номер <...>, предоставленный оператором сотовой связи ПАО «Мегафон».

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

Исходя из вышеизложенного, ответственность за направление смс-сообщения на номер <...> абонента несет ООО «Зебра-Энерджи».

Таким образом, при распространении 07.04.2016 в 13 часов 02 минуты рекламы «Только 20,21,22 апреля! Космические скидки на фитнес с бассейном 50%, Ночь Открытых дверей м. ВДНХ ул. Красная сосна2а, тел <...>» посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> с номера <...> установлено нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

При рассмотрении настоящего дела защитником ООО «Зебра-Энерджи» <...> были представлены письменные объяснения относительно вменяемого ООО «Зебра-Энерджи» административного правонарушения, согласно которым телефонный номер <...> был внесен в базу телефонных номеров для рассылки смс-сообщений ошибочно, в настоящее время указанный номер заблокирован для рассылки рекламы.

Также в письменных объяснениях указано, что телефонные номера вносятся в базу сотрудниками организации, вместе с чем, правонарушение являлось следствием так называемого человеческого фактора. К сотрудникам ООО «Зебра-Энерджи», ответственным за внесение номера в базу рассылки смс-сообщений, были применены меры дисциплинарного воздействия.

Таким образом, ООО «Зебра-Энерджи» не отрицает направление рекламного сообщения без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Также, ООО «Зебра-Энерджи» просит учесть тот факт, что Обществом вменяемое административное правонарушение совершено впервые.

Вместе с тем, обусловленность допущенного нарушения технической ошибкой и применение к ответственному лицу мер дисциплинарного взыскания не являются обстоятельствами, исключающими или смягчающими административную ответственность ООО «Зебра-Энерджи», наличия события административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ не исключают, как не является обстоятельством, смягчающим административную ответственность, и факт совершения административного правонарушения впервые.

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

На основании изложенного, реклама «Только 20,21,22 апреля! Космические скидки на фитнес с бассейном 50%, Ночь Открытых дверей м. ВДНХ ул. Красная сосна2а, тел <...>», распространенная 07.04.2016 в 13 часов 02 минут посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> с с номера <...>, является ненадлежащей.

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва (место получения абонентом рекламы).

Время совершения административного правонарушения — 07.04.2016 (время получения абонентом рекламы).

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.

Виновные действия ООО «Зебра-Энерджи» состоят в распространении рекламы следующего содержания: «Только 20,21,22 апреля! Космические скидки на фитнес с бассейном 50%, Ночь Открытых дверей м. ВДНХ ул. Красная сосна2а, тел <...>», поступившей 07.04.2016 в 13:02, с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Доказательств, свидетельствующих о принятии ООО «Зебра-Энерджи» каких-либо мер по соблюдению законодательства Российской Федерации в сфере рекламы в данной части, не представлено.

Вина ООО «Зебра-Энерджи» в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, доказана.

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.

Обстоятельств смягчающих, обстоятельств отягчающих административную ответственность ООО «Зебра-Энерджи» должностным лицом Московского УФАС России не установлено.

Обстоятельств, свидетельствующих о возможности применения статьи 2.9 КоАП РФ, должностным лицом административного органа не установлено.

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 100 000,00 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-Энерджи» (ИНН: 7716777305, КПП: 771601001, ОГРН: 1147746652052; зарегистрировано 10.06.2014 г. по адресу: 129337, г. Москва, ул. Красная Сосна, д. 2А), виновным в совершении правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить ООО «Зебра-Энерджи» (ИНН: 7716777305, КПП: 771601001, ОГРН: 1147746652052; зарегистрировано 10.06.2014 г. по адресу: 129337, г. Москва, ул. Красная Сосна, д. 2А), наказание в виде административного штрафа в размере — **100 000,00 (сто тысяч рублей 00 копеек) 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 ПАО «Мегафон», перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе (квитанция прилагается):

Получатель:	ИНН/КПП: 7706096339 / 770101001 УФК по г. Москве (для Московского УФАС России, л/с 04731324890)
Банк получателя:	ГУ Банк России по ЦФО р/с 40101810045250010041 БИК 044525000 ОКТМО 45375000 КБК 161 1 16 26000 016000140
Назначение платежа:	Административный штраф, зачисляемый в федеральный бюджет по делу № 4-14.3-1266/77-16

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

<...>