

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о прекращении производства по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-1267/77-16

«06» апреля 2017 года

г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве <...>, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-1267/77-16, возбужденного в отношении юридического лица — Общества с ограниченной ответственностью «Фитнес клуб Зебра-Свиблово» (ИНН: 7715987268, КПП:771501001, ОГРН: 5137746236854; зарегистрировано 25.12.2013 г. по адресу: 127566, г. Москва, шоссе Алтуфьевское, д. 44) (далее — ООО «ФК «Зебра-Свиблово»), в связи с нарушением ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившимся в распространении 07.04.2016 в 14 часов 47 минут рекламы: «Бассейн открыт в Центра Йоги Анахата. Последние 3 дня карта год 17900. м. Бабушкинская, ул. Енисейская 35. ТРЦ Клен. +74954092625» от абонента Zebra, через смс-центр +79037011111 на телефонный номер +79688593595, без предварительного согласия абонента на ее получение, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), в отсутствие представителя ООО «ФК «Зебра-Свиблово»,

УСТАНОВИЛ:

08.09.2016 специалистом-экспертом отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области <...>, на основании обращения <...> по факту распространения на телефонный номер +7-968-859-35-95 07.04.2016 в 14 часов 47 минуты посредством смс-сообщения рекламы следующего содержания: «Бассейн открыт в Центра Йоги Анахата. Последние 3 дня карта год 17900. м. Бабушкинская, ул. Енисейская 35. ТРЦ Клен. +74954092625» через смс-центр +7-903-701-11-11 без предварительного согласия абонента на ее получение, возбуждено дело об административном правонарушении в отношении ООО «ФК «Зебра-Свиблово» (ИНН: 7715987268, КПП:771501001, ОГРН: 5137746236854; зарегистрировано 25.12.2013 г. по адресу: 127566, г. Москва, шоссе Алтуфьевское, д. 44) (далее — ООО «ФК «Зебра-Свиблово») 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 +7-968-859-35-95 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 «Бассейн открыт в Центра Йоги Анахата. Последние 3 дня карта год 17900. м. Бабушкинская, ул. Енисейская 35. ТРЦ Клен. +74954092625» 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 +7-968-859-35-95, 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 +7-968-859-35-95, направлена на привлечение внимания к услугам фитнес-клуба и признана рекламой.

Согласно материалам дела, ООО «Аккорд» и ПАО «ВымпелКом» заключили договор об оказании услуг связи «Билайн» № 589538192 от 15.02.2016, а также Дополнительное соглашение к указанному договору № 1 от 15.02.2016.

Согласно условиям Дополнительного соглашения ПАО «ВымпелКом» (Оператор) оказывает ООО «Аккорд» (Абонент) услуги по приему, обработке и передаче коротких текстовых смс-сообщений от Абонента к Пользователю при наличии согласия Пользователя на получение такие смс-сообщений, что должно быть подтверждено документально.

Вместе с этим, список телефонных номеров для рассылки указанной рекламы был сформирован ООО «ФК «Зебра-Свиблово» и направлен через технические средства ООО «Аккорд».

Таким образом, установлено, что ООО «ФК «Зебра-Свиблово» является рекламодателем рекламы «Бассейн открыт в Центра Йоги Анахата. Последние 3 дня карта год 17900.тм. Бабушкинская, ул. Енисейская 35. ТРЦ Клен. +74954092625», поступившей 07.04.2016 в 14 часов 47 минуты на телефонный номер +7-968-859-35-95 через смс-центр +7-903-701-11-11 и несет ответственность за направление смс-сообщения на номер +79688593595.

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

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

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

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

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.

Из обращения физического лица (<...>), следует, что он не давал согласия на получение вышеприведенных рекламных смс-сообщений, поступивших на его абонентский номер.

В соответствии с частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

В соответствии с п. 6 ч. 1 ст. 24.5 КоАП РФ, производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению в случае истечения сроков давности привлечения к административной ответственности.

Таким образом, срок давности для привлечения ООО «ФК «Зебра-Свиблово» к административной ответственности истекает 07.04.2017.

Московским УФАС России по адресу (месту нахождения) ООО «ФК «Зебра-Свиблово», указанному в Едином государственном реестре юридических лиц, неоднократно направлялись определения о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении, о продлении срока рассмотрения дела и отложении рассмотрения дела, вместе с тем, по данным «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» указанные письма «ожидают адресата в месте вручения». При таких обстоятельствах, у административного органа отсутствуют основания для вывода о надлежащем извещении ООО «ФК «Зебра-Свиблово» о дате, месте и времени совершения процессуальных действий в соответствии с требованиями КоАП РФ.

Таким образом, у административного органа отсутствует возможность обеспечения процессуальных гарантий надлежащего извещения ООО «ФК «Зебра-Свиблово», предусмотренных КоАП РФ, о дате, месте и времени рассмотрения дела об административном правонарушении в пределах срока давности привлечения к административной ответственности, что применительно к положению пункта 6 части 1 статьи 24.5 КоАП РФ влечет прекращение производства по делу об административном правонарушении № 4-14.3-1267/77-16.

Руководствуясь п. 6 ч. 1 ст. 24.5 КоАП РФ, ст. 29.9, ст. 29.10, КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Производство по делу об административном правонарушении № 4-14.3-1267/77-16 в отношении Общества с ограниченной ответственностью «Фитнес клуб Зебра-Свиблово» (ИНН: 7715987268, КПП:771501001, ОГРН: 5137746236854; зарегистрировано 25.12.2013 г. по адресу: 127566, г. Москва, шоссе Алтуфьевское, д. 44) прекратить в связи с истечением срока давности привлечения к административной ответственности.

В соответствии с ч. 1 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, в арбитражный суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно ч. 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.

Заместитель руководителя

<...>