

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 04-5/2-18-2018

об административном правонарушении

«24» августа 2018 года

г. Тверь

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) Посохова Л.В., рассмотрев протокол об административном правонарушении от 10.08.2018, составленный в отношении юридического лица - Общества с ограниченной ответственностью «РОЛЬФ» (141410, Московская область, г. Химки, Ленинградское шоссе, владение 21, ОГРН 1045009553577, ИНН 5047059383, КПП 504701001, дата регистрации 29.03.2004, далее – ООО «РОЛЬФ») в связи с наличием события административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), материалы дела № 04-5/2-18-2018 об административном правонарушении, материалы дела № 04-6/2-11-2018 о нарушении законодательства о рекламе,

в отсутствие законного представителя ООО «РОЛЬФ», надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении, представившего ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя,

УСТАНОВИЛ:

15.06.2018 Тверское УФАС России по заявлению рассмотрело дело № 04-6/2-11-2018 и признало рекламу следующего содержания: «Вам согласовано специальное предложение на покупку BMW в честь открытия BMW M Boutique РОЛЬФ – Премиум на Якиманке. Предложение действительно до 26.01.2018. Забронируйте свой автомобиль прямо сейчас: 84952668390», распространенную 24.01.2018 на номер +79032646262 посредством смс - сообщения без предварительного согласия абонента и получателя ненадлежащей; действия ООО «РОЛЬФ» - нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

В соответствии со статьей 1 Закона о рекламе целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, реклама это 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; объект рекламирования - товар, средство его индивидуализации, 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой, и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Смс-сообщение, поступившее на телефонный номер Тихонова А.А., полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае является проводимая акция на покупку BMW.

Согласно части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

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

Таким образом, обязанность доказать наличие согласия абонента или адресата на получение рекламы возложено на рекламодателя.

Телефонный номер +79032646262 входит в ресурс нумерации ПАО «ВымпелКом» и выделен абоненту ООО «МэмНау». Согласно информации ООО «МэмНау» (справка от 23.03.2018 № б/н) телефонный номер <...> передан в пользование Т. с правом совершать все действия, связанные с его использованием.

ПАО «ВымпелКом» подтвердило факт поступления на телефонный номер <...> смс –

сообщения 24.01.2018 в 12:06, а также сообщило, что лицом, причастным к распространению смс – сообщения, является ООО «Рапporto», которому в соответствии с договором об оказании услуг связи «Билайн» от 01.05.2015 № 557898576 и дополнительным соглашением к нему от 01.05.2015 № 1 предоставлен доступ к программно-аппаратному комплексу ПАО «ВымпелКом» для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений.

ООО «Рапporto» письмом от 17.04.2018 № 202 сообщило, что отправителем смс – сообщения является ООО «РОЛЬФ», которому на основании договора от 27.08.2014 № РФ 08/14 (далее – Договор) предоставлен доступ к техническим и программным средствам ООО «Рапporto» для самостоятельного формирования и отправки смс – сообщений. При этом ООО «Рапporto» представило документы, подтверждающие факт получения и оплаты ООО «РОЛЬФ» услуг, оказанных ООО «Рапporto» в январе 2018 г.

Позиция ООО «РОЛЬФ» изложена в письме от 16.05.2018 № 16-05/18-02ПД и заключается в следующем: заявитель дал согласие на обработку его персональных данных и на получение рекламной информации следующим операторам: ООО «РОЛЬФ», ООО «РОЛЬФ Эстейт Санкт-Петербург», «РОЛЬФ МОТОРС», ООО «Атос АйТи Солюшенс энд Сервисез», ООО «ФОЛЬКСВАГЕН Груп Рус», ООО «Фольксваген Банк РУС», ООО «ФВ Груп Финанц», ООО «Фольксваген Финансовые Услуги РУС» в предварительном заказ – наряде от 20.05.2017 № 17870599 на ремонт автомобиля Skoda.

Как следует из содержания предварительного заказ – наряда от 20.05.2017 № 17870599 Т. выразил свое согласие вышеназванным операторам на обработку своих персональных данных, а также на получение рекламной информации с использованием любых средств связи, в целях, связанных исключительно с возможностью предоставления информации о товарах и услугах под товарным знаком Skoda.

Таким образом, Т. при подписании вышеуказанного заказ – наряда выразил свое согласие на получение рекламы по конкретному виду товара (услуги), в данном случае таковым является товарный знак Skoda, но не давал своего согласия на получение рекламной информации, связанной с товарами, имеющими отношение к товарному знаку BMW.

В соответствии с частью 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» 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.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «Согласно части 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. 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».

ООО «РОЛЬФ» не представило доказательства наличия согласия Т. или ООО «МэмНау» на получение рекламы товаров (услуг) с товарным знаком BMW. Учитывая отсутствие доказательств такого согласия при распространении 24.01.2018 в 12:06 смс-сообщения

на телефонный номер +79032646262 ООО «РОЛЬФ» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

ООО «РОЛЬФ» в объяснениях от 20.07.2018 № 07/18-692 и от 27.07.2018 № 27-07/18-01ПД изложило позицию по делу, полагает, что в действиях ООО «РОЛЬФ» отсутствует состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, поскольку отправка смс-сообщения осуществлена с предварительного согласия абонента Т. на получение рекламы, полученного в предварительном заказ – наряде от 20.05.2017 № 17870599. Однако, как указано выше, в предварительном заказ – наряде от 20.05.2017 № 17870599 отсутствует согласие на получение рекламной информации, связанной с товарами, имеющими отношение к товарному знаку BMW. Таким образом, в действиях ООО «РОЛЬФ» имеется нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В действиях ООО «РОЛЬФ» имеется событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ. Дата совершения административного правонарушения – 24.01.2018. Место совершения административного правонарушения: г. Москва.

В соответствии с частями 1 и 2 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.

При рассмотрении дела учитываются положения пункта 16.1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, согласно которому при рассмотрении дел об административных правонарушениях следует учитывать, что понятие вины юридических лиц раскрывается в части 2 статьи 2.1 КоАП РФ, при этом в отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП РФ формы вины не выделяет. Следовательно, и в тех случаях, когда в соответствующих статьях Особенной части КоАП РФ возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

В соответствии со статьей 24.1 АП РФ задачами производства по делу об административных правонарушениях является всестороннее, полное и объективное выяснение обстоятельств дела, разрешению его в соответствии с законом.

Согласно части 1 статьи 3.1 КоАП РФ административное наказание является установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами.

Административное правонарушение совершено ООО «РОЛЬФ» виновно, так как общество обязано было обеспечить соблюдение требований, предусмотренных Законом о рекламе, имело такую возможность, но не обеспечило соблюдение вышеуказанных требований, в результате чего нарушены права потребителя на надлежащую рекламу. Требования статьи 18 Закона о рекламе абсолютны и легко исполнимы, их исполнение не сопряжено с какими-либо сложностями технического или иного характера.

В соответствии со статьей 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за нарушения законодательства о рекламе составляет 1 год, т.е. на момент вынесения настоящего постановления срок давности не истек.

При решении вопроса о возможности применения положений статьи 2.9 КоАП РФ учитывается следующее. В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, с учетом характера, степени общественной опасности, наличия или угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 21 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 и пункта 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния. Каких-либо чрезвычайных и не зависящих от ООО «РОЛЬФ» обстоятельств, которые препятствовали последнему исполнить требования Закона о рекламе, не установлено.

Кроме того, установлено, что ООО «РОЛЬФ» неоднократно привлекалось к административной ответственности за однородные правонарушения: постановлениями должностных лиц Московского УФАС России от 24.07.2017 № 4-14.3-705/77-17 (дата совершения правонарушения 09.12.2016), от 24.07.2017 № 4-14.3-558/77-17 (дата совершения правонарушения 23.12.2016), от 23.03.2018 № 4-14.3-290/77-18 (дата совершения правонарушения 10.07.2017) ООО «РОЛЬФ» привлечено к административной ответственности в виде штрафа в размере 100 000 руб. в каждом случае, штраф по вышеуказанным постановлениям оплачен 01.09.2017 и 13.04.2018 соответственно.

Учитывая вышеизложенное, оснований для применения статьи 2.9 КоАП РФ не установлены.

В соответствии со статьей 4.1.1 КоАП РФ являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства юридическим лицам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей [раздела II](#) КоАП РФ или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных [частью 2 статьи 3.4](#) КоАП РФ (предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при

отсутствии имущественного ущерба).

Учитывая неоднократность привлечения ООО «РОЛЬФ» к административной ответственности за однородные правонарушения, то обстоятельство, что на дату совершения правонарушения и на дату вынесения настоящего постановления ООО «РОЛЬФ» считается привлеченным к административной ответственности, основания для применения статьи 4.1.1 КоАП РФ отсутствуют.

Руководствуясь ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», частью 1 статьи 14.3, статьями 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать юридическое лицо - Общество с ограниченной ответственностью «РОЛЬФ» (ОГРН 1045009553577, ИНН 5047059383, КПП 504701001, дата регистрации 29.03.2004) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Наложить на Общество с ограниченной ответственностью «РОЛЬФ» административный штраф в размере 100 000 (сто тысяч) рублей.

Реквизиты для перечисления штрафа: XXX

Согласно части 1 статьи 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, **не позднее 60 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.

При отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, **по истечении 60 дней** Тверским УФАС России будут направлены соответствующие материалы судебному приставу-исполнителю для взыскания сумм штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством (пункт 5 статьи 32.2 КоАП РФ). Кроме того, Тверское УФАС России вправе принять решение о привлечении лица, не уплатившего административный штраф, к административной ответственности в соответствии со статьей 20.25 КоАП РФ.

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1 - 30.3 КоАП РФ в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Заместитель руководителя управления

Л.В. Посохова