

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № А18/299-14.3

об административном правонарушении

03.10.2018г.

г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России), <...>, рассмотрев материалы дела №А18/299-14.3, возбужденного в отношении ПАО <...> (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001, адрес местонахождения: 109147, г.Москва, ул. Марксистская, д.4, дата регистрации: 01.03.2000г.),

в присутствии представителя (защитника) ПАО «<...> - <...>. (доверенность б/н от 07.07.2015г.), которому права лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, закрепленные ст.25.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ, Кодекс) разъяснены,

У С Т А Н О В И Л:

Определением Тюменского УФАС России от 06.07.2017г. № А18/299-14.3 в отношении ПАО <...> возбуждено производство по делу об административном правонарушении № А18/299-14.3 по ч.1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ). Проведено административное расследование, которым установлено следующее.

В Тюменское УФАС России поступило обращение гражданина <...>, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (вх. № 529 от 29.01.2018 г.).

Из заявления следует, что на абонентский номер +<...>, зарегистрированный за гражданином, 26.01.2018 в 14:51 от абонента «GallaDance» через SMS-центр: +79037011111 поступило сообщение следующего содержания: «Танцуйте с любимыми! Праздничные инд. уроки от 2000р. для двоих + месяц членства в подарок. Тел. +74951503974/WhatsApp +79853883239».

Как указывает заявитель, согласия на SMS-рассылку рекламного характера он не давал.

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № Р18/14-18 от 14.06.2018г. признана ненадлежащей

реклама, содержащаяся в смс-сообщении, поступившем на абонентский номер + <...> 26.01.2018 в 14:51 от абонента «GallaDance» через SMS-центр: +79037011111 следующего содержания: «Танцуйте с любимыми! Праздничные инд. уроки от 2000р. для двоих + месяц членства в подарок. Тел. +74951503974/WhatsApp +79853883239», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

31.08.2018г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ПАО <...> был составлен протокол об административном правонарушении № А18/299-14.3.

Исследовав материалы административного дела, установлено следующее.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) - 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.

Из материалов дела следует, что ПАО «<...>», без согласия абонента <...>. на принадлежащий ему абонентский номер <...> .01.2018 в 14:51 от абонента «GallaDance» через SMS-центр: +79037011111 направило смс-сообщение следующего содержания: «Танцуйте с любимыми! Праздничные инд. уроки от 2000р. для двоих + месяц членства в подарок. Тел. +74951503974/WhatsApp +79853883239».

Указанная информация является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В данном случае 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 статье 18 Закона о рекламе реклама 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. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

В соответствии со статьей 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.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

По смыслу приведенной нормы права, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Кроме того, Законом о рекламе не оговорено количество рекламодателей, могущих принимать участие в распространении определенной рекламы.

Таким образом, количество рекламодателей, участвовавших в рекламной sms-рассылке определяется не только набором и отправкой сообщения конечным лицом, но и фактически созданными и/или предоставленными возможностями для распространения рекламы иными лицами, которые осуществляют набор и отправку сообщений.

Распространение указанного sms-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ряда хозяйствующих субъектов на основании заключенных гражданско-правовых договоров.

Рассматриваемая реклама была направлена ПАО <...> как Заказчиком на основании Договора №<...> от 12.03.2008г., заключенного с ООО <...>. Пунктом 4.1.3. Договора предусмотрено, что ПАО <...> обязалось не передавать, не распространять, не воспроизводить и не публиковать посредством оказываемых по Договору услуг информацию, противоречащую законодательству РФ. Заказчик (ПАО <...>) самостоятельно несет за это полную ответственность в соответствии с законодательством РФ.

Таким образом, ПАО <...> несет персональную ответственность перед ООО <...> и должен распространять рекламу только при наличии согласия Абонентов.

Таким образом, ПАО <...> является рекламодателем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 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.

Согласно п. 12 ст. 2 Закона о Связи, оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Закон о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно п. 16 ст. 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно п. 32 ст. 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Статья 44.1 Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Закона о Связи.

В соответствии с ч. 1 ст. 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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. 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 данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования)

В соответствии с ч. 2 ст. 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 оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

В силу ч. 3 ст. 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, осуществляемая с нарушением требований настоящего Федерального закона, является незаконной, за исключением рассылки сообщений в целях информирования абонента в связи с перенесением абонентского номера, иных сообщений, которую оператор связи обязан осуществлять в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также рассылки сообщений по инициативе федеральных органов исполнительной власти, органов государственных внебюджетных фондов, исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, местных администраций и других органов местного самоуправления, осуществляющих исполнительно-распорядительные полномочия в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В соответствии с ч. 6 ст. 45 Закона о Связи, абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование (оконечное оборудование) коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, за исключением сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Оператор подвижной радиотелефонной связи без взимания платы с абонента обязан прекратить рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи на пользовательское оборудование (оконечное оборудование) абонента с абонентского номера или уникального кода идентификации, указанных в обращении абонента.

В силу ч. 1 ст. 46 Закона о Связи, оператор связи обязан прекратить оказание услуг связи по пропуску по своей сети трафика, содержащего осуществляемую с нарушением требований настоящего Федерального закона рассылку.

В соответствии с п. 1 ст. 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.

Пунктом 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрено, что 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.

Из анализа указанного договора <...> от 12.03.2008г. и законодательства Российской Федерации следует, что ПАО <...> участвовало в передаче рассматриваемого SMS-сообщения рекламного характера, а следовательно, является рекламораспространителем и обязано при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки, оформленное документально, т.е. письменное согласие.

Согласно письменным пояснениям ПАО <...> (вх.6070 от 08.08.2018г.) ПАО <...> не является инициатором рассылки, не формировало текст сообщения, не определяло круг его получателей. В данном случае рассылка осуществляется по инициативе Абонента, а ПАО <...> лишь осуществляет технологические действия, предоставляя техническую возможность совершить рассылку смс-сообщений.

Согласно заключенному между ПАО <...> и ООО <...> (далее также Абонент) договору о предоставлении услуг связи №177340758962 от 05.03.2013г. Оператор предоставляет Абоненту услуги связи и/или иные сопряженные с ними услуги, а Абонент принимает и оплачивает заказанные Услуги.

На основании заявления Абонента от 30.01.2014 последнему оператором предоставляется комплекс услуг МТС по передаче, приему смс-сообщений от Пользователя к Получателю смс-сообщений и/или от Получателя смс-сообщений к Пользователю – услуга МТС-Коммуникатор.

В соответствии с п.2.2. Соглашения фактом оказания Услуги является отправка смс-сообщения, сформированного и отправленного пользователем от своего оборудования к смс-центру Оператора для получателя смс-сообщения. При заключении договора Абонент принял на себя обязательства не осуществлять с помощью услуги несогласованную принудительную рассылку коммерческой, рекламной или иной информации (спам) на электронные почтовые ящики либо абонентские номера пользователей сетей связи. Также Абонент гарантировал Оператору, что отправка смс-сообщений осуществляется им в рамках действующего законодательства РФ и автоматическая рассылка по сети подвижной связи или рекламные смс-сообщения отправляется только тем получателям, которые дали Пользователю предварительное и надлежащим образом оформленное согласие (п.3.2.17 Соглашения).

По мнению общества, ПАО <...> со своей стороны предпринимает всевозможные меры для предотвращения незаконных рассылок, в том числе рекламного характера. Рассылка осуществляется по инициативе Абонента, а ПАО <...> лишь осуществляет технологические действия, предоставляя техническую возможность совершить рассылку смс-сообщений, не вникая в их содержание, следовательно, не является рекламораспространителем.

Указанный довод не может быть принят во внимание в силу того, что при заключении Договора № <...> от 12.03.2008г. ПАО <...> обязалось перед ООО <...> не передавать, не распространять, не воспроизводить и не публиковать посредством оказываемых по Договору услуг информацию, противоречащую законодательству РФ.

ПАО <...> осознавало тот факт, что предоставляемые им услуги связи будут использоваться в целях распространения рекламы.

Таким образом, отсутствие у Общества возможности ознакомиться с содержанием передаваемых сообщений не имеет правового значения, поскольку оно было осведомлено о целях использования предоставляемых им услуг, в том числе распространения рекламы.

Наложение ПАО <...> обязанности в получении надлежащим образом оформленных согласий Абонента на ООО «<...>», не снимает с самого Общества обязанности исполнения договорных обязательств перед ООО <...> в части соблюдения законодательства РФ, а значит и получения указанного согласия абонента. Таким образом, ПАО <...> обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Договора №D 0810232 от 12.03.2008г. обязательствах перед ООО <...>. Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ПАО <...> не представлено.

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.

Согласно части 3 статьи 401 «Гражданского кодекса Российской Федерации» (часть первая) если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств.

На основании изложенного, у ПАО <...> имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия Абонентов на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию.

Вместе с тем, у ПАО <...> отсутствуют письменное согласие абонента <...> на получение рекламы посредством направления SMS-сообщений, таким образом, имеются признаки административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, в соответствии с которой, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Субъектом административного правонарушения по делу № А18/299-14.3 выступает – ПАО <...> (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001, адрес

местонахождения: 109147, г.Москва, ул. Марксистская, д.4, дата регистрации: 01.03.2000г.).

Таким образом, ПАО «<...>», распространяя вышеуказанную рекламу, без предварительного согласия потребителей на получение рекламы, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьей 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дел, – 26.01.2018г.

Согласно п.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 настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Антимонопольным органом установлено, что ПАО <...>при должной внимательности и осмотрительности при распространении рекламы могло предвидеть последствия – возможность нарушения законодательства о рекламе, имело возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предприняло всех зависящих от него мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Дело об административном правонарушении № А18/299-14.3 в соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ПАО <...> правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Совершенное ПАО «<...>» правонарушение посягает на установленные нормативными правовыми актами гарантии на защиту потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку требования законодательства о рекламе, а также установление в части 1 статьи 14.3 КоАП РФ административной ответственности за их нарушение направлены на охрану прав потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку потребители признаются слабой стороной данных отношений, не обладающих специальными познаниями.

Состав административного правонарушения, предусмотренный ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, является формальным, и для квалификации действий по названной норме не требуется обязательного наступления неблагоприятных последствий.

Наступление общественно опасных последствий в виде причинения ущерба при совершении правонарушений с формальным составом не доказывается,

возникновение этих последствий презюмируется самим фактом совершения действий или бездействий.

Административные правонарушения, совершаемые в сфере рекламы, посягают на нарушение установленных законодательством о рекламе требований и предписаний, в связи с чем вред, причиненный этими правонарушениями, наносится общественным интересам, а не конкретным физическим и юридическим лицам.

Общественный вред выражается в пренебрежении установленными законодательством нормами, обязательными для исполнения всеми без исключения лицами.

ПАО <...> должно было знать требования законодательства о рекламе, а также меру ответственности за его нарушение. При этом, тот факт, что общество самостоятельно не формирует SMS-сообщение и не является инициатором его отправки, не опровергает тот факт, что ПАО <...> является рекламораспространителем, поскольку ПАО <...> предоставило такую возможность ООО «<...>» и обеспечило прохождение рассматриваемого SMS-сообщения до абонента, следовательно, принимало непосредственное участие в его передаче.

Учитывая характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, можно сделать вывод о том, что совершенное ПАО <...> правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем, отсутствуют основания для признания его малозначительным.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законом требований, при рассмотрении дела не установлены.

На основании изложенного, учитывая характер и степень виновности лица, привлекаемого к административной ответственности, причины и условия совершения административного правонарушения, руководствуясь статьями 2.4, 14.3, 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПО С Т А Н О В И Л :

1. Применить к ПАО <...> (ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001, адрес местонахождения: 109147, г.Москва, ул. Марксистская, д.4, дата регистрации: 01.03.2000г.), меру ответственности в виде административного штрафа в размере 101 000 (сто одна тысяча) рублей за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3. КоАП РФ.

2. Сумму штрафа надлежит уплатить по следующим реквизитам:

Наименование получателя: Управление федерального казначейства
Министерства финансов России по Тюменской области (Тюменское УФАС России)

ИНН 7202081799, КПП 720301001

счет 40101810300000010005

банк получателя: отделение Тюмени г. Тюмень

БИК 047102001, ОКТМО 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 26000 01 6000 140

УИН: 16117100300001383370 (указывать обязательно!!!)

Назначение платежа: «ч.1 ст.14.3 КоАП РФ».

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1 КоАП, а также частью 1 статьи 30.3 КоАП постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно статьи 31.1 КоАП 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 управления

<...>