



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания
в виде административного штрафа
по делу № 1АПР/18 об административном правонарушении
(ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ)

25 января 2018 года

г. Екатеринбург

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области <...>, рассмотрев на основании ст. 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) и в порядке ст. 29.7 КоАП РФ протокол от 10.01.2018 и иные материалы дела в отношении директора по мобильной рекламе АО «МегаЛабс» <...> (паспорт: <...>),

УСТАНОВИЛ:

Поводом к возбуждению дела согласно п.1 ч.1 ст.28.1 КоАП РФ и примечания к ней явилось непосредственное обнаружение должностным лицом Свердловского УФАС России достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, при принятии Решения Свердловского УФАС России от 24.08.2017 по делу №46 о нарушении законодательства о рекламе.

Дело согласно п. 3 ч. 4 ст. 28.1. КоАП РФ возбуждено 10.01.2018 путем составления заместителем начальника отдела контроля органов власти Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области <...> в соответствии с ч. 4.1 ст. 28.2 КоАП РФ протокола об административном правонарушении в отсутствие <...> (защитника), извещенного в порядке ст. 25.15 КоАП РФ о времени и месте составления протокола, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления (исх. №20456 от 12.12.2017) с почтовым идентификатором 62099818530199, размещенным на сайте ФГУП «Почта России» www.pochta.ru, согласно которому по месту жительства <...> его не получил и оно выслано обратно в связи с истечением срока хранения.

В соответствии с п. 24.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2010 № 10 не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившиеся за их получением, несмотря на почтовое извещение (при наличии соответствующих доказательств).

Определением от 10.01.2018 (исх.№291 от 12.01.2018) назначены время и место рассмотрения дела на 25.01.2018.

Дело в соответствии с ч.2 ст.25.1 КоАП РФ рассмотрено 25.01.2018 в отсутствие <...> (защитника), извещенного в порядке ст.25.15 КоАП РФ о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления (исх. №291 от 12.01.2018) с почтовым идентификатором 62099817548355, размещенным на сайте ФГУП «Почта России» www.pochta.ru, согласно которому по месту работы <...> его получил 23.01.2018, при этом, по месту жительства отправление (исх. №291 от 12.01.2018) с почтовым идентификатором 6209981758348 <...> не получил и оно выслано обратно в связи с истечением срока хранения.

Отводов, ходатайств не заявлено, а обстоятельств, исключающих возможность рассмотрения дела должностным лицом, рассматривающим дело (ст.29.2 КоАП РФ), и участия в производстве по делу участвующих в нем лиц (ст.25.12 КоАП РФ), не выявлено.

Оценив в порядке ст. 26.11 КоАП РФ имеющиеся в деле доказательства, должностное лицо, осуществляющее производство по делу, приходит к следующим выводам относительно подлежащих согласно ст. 26.1 КоАП РФ выяснению обстоятельств.

1. Событие предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ административного правонарушения проявляется в нарушении законодательства о рекламе.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

В Письме ФАС России от 04.06.2013 №АК/21587/13 «О порядке применения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2017 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе) разъяснено, что местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом нежелательной смс-рекламы, в том числе в случае, если реклама имеет идентичное содержание.

Наличие события совершенного 01.03.2017 по месту получения нежелательного смс-сообщения абонентом ООО «Скартел» <...> (<...>) административного правонарушения, установлено решением Свердловского УФАС России от 24.08.2017 по делу №46, которым выявлен факт нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Решение Свердловского УФАС России от 24.08.2017 по делу №46 согласно ст. 26.2 и ст. 26.7 КоАП РФ является письменным доказательством по делу и в соответствии с п. 10.2 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 №30 неотъемлемой частью протокола об административном правонарушении.

Учитывая установленные п. 1.2, п.п. 3.40 -3.45 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (утв. Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12), ч. 1 ст. 37 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» особенности порядков принятия (только коллегиально) решения, являющегося результатом проведенной в ходе осуществления государственного контроля

(надзора) проверки (примечание к ст. 28.1 КоАП РФ), и его обжалования (только судебный), у должностных лиц того же самого органа, единолично осуществляющих производство по делу об административном правонарушении, заведомо отсутствуют законные основания как переоценивать изложенные в не оспоренном в установленном порядке решении достаточные данные, указывающие на наличие события административного правонарушения, так и отражать результаты такой переоценки как в протоколе об административном правонарушении, так и в соответствующем постановлении.

Указанным решением, которое не оспорено в установленном порядке, установлено, что 01.03.2017 в 19-31 на выделенный <...> ООО «Скартел» абонентский номер +7904<...> сети подвижной радиотелефонной связи поступило текстовое сообщение с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации («Sushkof»), согласие на получение которого заявитель не давал.

Реклама – 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 (п. 1 ст. 3 Закона о рекламе).

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ (ред. от 06.07.2016) «О связи» (далее - Закон 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.

Согласно Письму Минкомсвязи России от 29.09.2014 №ДА-П12-17623 понятие «рассылка» следует рассматривать с точки зрения его лексического толкования, в соответствии с которым рассылкой является отправка разным адресатам сообщения одинакового содержания (реклама, газета, приглашение). Принимая это во внимание, рассылкой по сети подвижной радиотелефонной связи является массовая отправка одинаковых коротких текстовых сообщений (SMS) с целью распространения какой-либо информации (адресная электронная рассылка по целевой аудитории с целью доведения определенной информации).

В Разъяснениях ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» указано, что «короткий номер» предназначен для одновременной массовой отправки смс-сообщений широкому кругу лиц.

Содержание поступившего смс-сообщения следующее: *«Александр, мы очень скучаем по Вам и дарим скидку 30% на все меню по промокоду RT0525. Воспользуйтесь до 06.03. Сайт www.edal.ru тел.333-000.Отписаться от смс: www.edal.ru/otpiska».*

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования – лицу,

осуществляющему деятельность по продаже продуктов питания, контактная информация которого (номер телефона и сайт в сети Интернет), приведены в тексте смс-сообщения, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Способ передачи абоненту рассматриваемого рекламного смс-сообщения подпадает под понятие «рассылка», поскольку является передачей абоненту короткого текстового сообщения с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации – смс-сообщение было передано абоненту <...> с короткого номера – «Sushkof».

В Разъяснениях ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» указано, что «короткий номер» предназначен для одновременной массовой отправки смс-сообщений широкому кругу лиц.

Факт поступления рассматриваемого рекламного смс-сообщения абоненту <...> на номер +7904 <...> с короткого номера «Sushkof» 01.03.2017 в 17-31 по московскому времени подтверждается детализацией состоявшихся соединений за 01.03.2017, представленной в материалы дела ООО «Скартел».

Таким образом, полученное абонентом сети подвижной радиотелефонной связи короткое текстовое сообщение посредством рассылки является рекламой.

Оператором связи <...> является ООО «Скартел», с которым заявитель заключил 12.01.2017 договор на оказание услуг связи.

Довод ООО «Скартел» о том, что Обществом было получено согласие на распространение заявителю рекламной информации, поскольку договор на оказание услуг связи содержит п.5.5, отклонен.

Согласно 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.

При этом согласно ч.1 ст.18 Закона о рекламе 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.

Согласно ч.1 ст.44.1 Закона о связи рассылка также 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.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (абз.4 п. 15 Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Согласно п.5.5. договора на оказание услуг связи, заключенного между <...> и ООО «Скартел», подписывая договор, клиент соглашается на весь срок его действия на получение рассылок и рекламы товаров, работ, услуг оператора и третьих лиц

при использовании услуг, на использование сведений о клиенте с целью продвижения товаров и услуг оператора и третьих лиц, в т.ч. путем прямых контактов с клиентом с помощью средств связи, а также на получение рекламы и рассылок на абонентские номера и электронную почту, указанные клиентом при заключении (исполнении) договора. Клиент может отказаться от вышеуказанных действий путем подачи оператору письменного уведомления в ТПиО.

ООО «Скартел» с клиентами, в том числе, с физическими лицами заключает договор об оказании услуг связи. Указанный договор является публичным, все условия данного договора одинаковы для всех клиентов, ставших абонентами ООО «Скартел».

Неотъемлемой частью договора на предоставление услуг сотовой радиотелефонной связи в сети оператора является пункт 5.5. данного Договора.

Согласно ч.1 ст.45 Закона о связи, договор об оказании услуг связи, заключаемый с гражданами, является публичным договором. Условия такого договора должны соответствовать правилам оказания услуг связи.

В соответствии с п.1 ст.426 ГК РФ, публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратиться (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.).

Согласно п.5 ст.426 ГК РФ условия публичного договора, не соответствующие требованиям, установленным [пунктами 2 и 4](#) настоящей статьи, ничтожны.

Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей (п.2 ст.426 ГК РФ).

Согласно п.2 ст.438 ГК РФ молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, соглашения сторон, [обычая](#) или из прежних деловых отношений сторон.

При не совершении абонентом действий (предусмотренных также пунктом 5.5. Договора), направленных на отказ от получения рекламы, согласие абонента на получение рекламной информации ООО «Скартел» автоматически презюмируется на основании п.5.5. вышеуказанного Договора.

Таким образом, при подписании абонентом договора на предоставление услуг сотовой радиотелефонной связи ООО «Скартел» фактически подменяет право абонента на получение рекламы (и свою обязанность получения согласия абонента) на обязанность получения абонентом рекламы (и свое право на распространение рекламы), что не может служить надлежащим получением согласия абонента на получение рекламы.

В соответствии с п. 1 ст. 428 ГК РФ договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Таким образом, Договор на предоставление услуг связи является договором присоединения, которым оператором связи определены условия (в том числе, п. 5.5. Договора Оператором, в том числе, определено, что, подписывая договор, клиент соглашается на весь срок его действия на получение рассылок и рекламы товаров, работ, услуг оператора и третьих лиц при использовании услуг, на использование сведений о клиенте с целью продвижения товаров и услуг оператора и третьих лиц, в т.ч. путем прямых контактов с клиентом с помощью средств связи, а также на получение рекламы и рассылок на абонентские номера и электронную почту, указанные клиентом при заключении (исполнении) договора), вместе с тем в указанном Договоре отсутствует волеизъявление абонента на получение такой информации.

Для признания надлежащим факта получения рекламодателем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть действие, в котором явно выражено желание абонента либо адресата на ее получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта, а не бездействие.

ООО «Скартел» не представило доказательств совершения абонентом действий, позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рекламы, в том числе, письменное согласие.

Таким образом, предоставление рекламы в указанном случае является формой навязывания информации, на получение которой абонент не согласен.

Таким образом, Комиссия полагает, что наличие пункта 5.5. в договоре на оказание услуг связи не только не предоставляет права иным (третьим) лицам помимо оператора связи, с которым заключается договор, направлять абоненту на его абонентский номер рекламу, о чем указало в своих пояснениях ООО «Скартел», трактуя п.5.5 договора в искаженном виде, но и не предоставляет такого права самому оператору, который, включая в текст договора на оказание услуг связи п.5.5. подменяет право абонента на получение рекламы на его обязанность по ее получению, лишая абонента возможности отдельно выразить свое согласие либо несогласие на получение рекламы непосредственно при подписании договора. Между тем, согласие на получение абонентом рекламы должно быть явно выраженным и свидетельствовать о действительной воле абонента на осуществление оператором тех или иных действий. О действительном волеизъявлении может свидетельствовать ответ абонента на вопрос «Согласны ли вы на получение рекламы посредством подвижной радиотелефонной связи?» путем проставления отметки в нужной графе. Фактически же абонент свое согласие на получение рекламы не выразил, поскольку договор на оказание услуг связи содержал заранее внесенный пункт о том, что подписание договора означает выражение такого согласия. Данная позиция Комиссии основана на судебной практике и нашла свое отражение, в том числе, в Решении Арбитражного суда Свердловской области от 23.12.2013 по делу №А60-39442/2013.

В представленном ООО «Скартел» (вх.№01-10385 от 14.06.2017) в материалы дела письме ООО «Весёлые энтузиасты» (исх.№35 от 14.06.2017) в адрес ООО «Лоджик Телеком» указано, что в номере 89049800963 была допущена опечатка в цифре, общество не хотело отправлять данному абоненту сообщение, приносит свои

извинения и впредь обязуется более тщательно проверять данные перед смс-рассылкой.

Заказчик рассылки АО «МегаЛабс» также не представило каких-либо доказательств того, что располагает согласием абонента <...> на получение указанной рекламы на его абонентский номер.

Наличие п.3.9. в Договоре №ДМИ-ОСК -01072016 от 01.07.2016, заключенном между ООО «ОСК» (Заказчик) и АО «МегаЛабс» (Исполнитель), согласно которому Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, является поводом для подачи регрессного иска к партнеру, не выполнившему условия договора, не освобождая при этом АО «МегаЛабс» от ответственности за рекламную рассылку при отсутствии согласия абонента.

Обязанность по получению предварительного согласия абонентов на получение смс-рекламы возникает у заказчика рассылки в силу Закона (Закон о связи, Закон о рекламе), а не в силу договора с клиентами.

АО «МегаЛабс», не получив предварительного согласия абонента <...> на распространение смс-рекламы на принадлежащий ему номер телефона +7904 <...>, распространило, таким образом, рекламные смс-сообщения с нарушением ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе - при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе).

В соответствии с ч. 3 ст. 2.1 КоАП РФ в случае совершения юридическим лицом административного правонарушения и выявления конкретных должностных лиц, по вине которых оно было совершено (статья 2.4 КоАП РФ), допускается привлечение к административной ответственности по одной и той же норме как юридического лица, так и указанных должностных лиц (п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 (ред. от 19.12.2013) «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»).

Постановлением Свердловского УФАС России от 10.11.2017 по делу №46/1-2017 АО «МегаЛабс» было привлечено к административной ответственности.

Административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей. Совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители и другие работники иных организаций несут административную ответственность как должностные лица (ст. 2.4 КоАП РФ).

Рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, согласно п. 7 ст. 3 Закона о рекламе.

Применительно к распространению рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи посредством передачи абонентам коротких текстовых сообщений рекламораспространителем является инициатор рассылки – заказчик рассылки либо оператор 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 (ч.2 ст.44.1 Закона о связи).

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, осуществляемая с нарушением требований настоящего Федерального закона, является незаконной (ч.3 ст.44.1 Закона о связи).

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

Пункт 34 ст. 2 Закона о связи определяет услугу по пропуску трафика как деятельность, направленную на удовлетворение потребности операторов связи в пропуске трафика между взаимодействующими сетями электросвязи.

К оказываемым оператором сети подвижной радиотелефонной связи услугам по пропуску трафика согласно пп. «а» п. 2 Приложения № 2 к Правилам присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия (утв. Постановлением Правительства РФ от 28.03.2005 № 161) относится услуга зонового завершения вызова на сеть оператора связи, представляющая собой деятельность, направленную на обеспечение пропуска трафика от точки присоединения к сети оператора связи к пользовательскому (оконечному) оборудованию, подключенному к сети связи того же оператора подвижной радиотелефонной связи.

Таким образом, в случае осуществления оператором связи рассылки, включающей в себя рекламные сообщения не на основании договора об оказании услуг по осуществлению рассылки с заказчиком рассылки он заведомо допускает незаконную рассылку и бездействует относительно возложенной на него законом безусловной обязанности прекратить оказание услуг по пропуску по своей сети трафика, содержащего незаконную рассылку (в том числе рекламу).

Оператор связи ООО «Скартел» сообщило (вх.№01-10385 от 14.06.2017), что указанная смс-реклама была распространена в рамках Договора №14-6900 от 20.10.2014, заключенного между ООО «Скартел» (Оператор) и ЗАО «МегаЛабс» (Партнер).

Анализ вышеуказанного договора позволяет сделать вывод о том, что он по своей природе является договором на оказание оператором подвижной радиотелефонной связи (ООО «Скартел») услуг по осуществлению рассылки заказчику рассылки (АО «МегаЛабс») абонентам оператора связи.

Согласно п.2 «Предмет договоренностей» вышеуказанного договора Оператор обязуется по заявкам Партнера оказывать Партнеру услуги по предоставлению доступа к Интерфейсу для целей размещения мобильной рекламы и/или информационных материалов по базе клиента среди абонентов с помощью каналов коммуникации.

Мобильная реклама – информация, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке, распространяемая в сети связи Оператора посредством отправки сообщений Абонентам, USSD/SMS-

аттачей или иным способом, согласованном Сторонами (п.1 «Термины и определения» вышеуказанного договора).

Таким образом, заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламораспространителем является АО «МегаЛабс», инициировавшее рассылку коротких текстовых сообщений рекламного характера абонентам ООО «Скартел» посредством заключения договора на оказание услуг по осуществлению рассылки с оператором связи.

Довод АО «МегаЛабс» о том, что для определения заказчика рассылки необходимо принимать во внимание наличие всех имеющихся договоров между хозяйствующими субъектами, принимавшими участие в формировании рассылки, отклоняется, поскольку противоречит требованиям ч.2 ст.44.1 Закона о связи, согласно которому рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется не иначе как на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Довод оператора связи ООО «Скартел» о том, что его конечным заказчиком является ООО «ОСК», заключившее договор с его партнером АО «МегаЛабс» №ДМИ-ОСК-01072016 от 01.07.2016, предметом которого являются услуги по размещению посредством каналов коммуникации РИМ заказчика среди абонентов по предоставлению доступа к интерфейсу и поддержке функционирования интерфейса, а также довод АО «МегаЛабс» о том, что заказчиком рассылки является ООО «ОСК», осуществившее рассылку на основании вышеуказанного договора, признан несостоятельным, поскольку у оператора связи ООО «Скартел» отсутствует договор на оказание услуг по осуществлению рассылки с ООО «ОСК», при этом оператор связи ООО «Скартел» не является стороной по договору №ДМИ-ОСК-01072016 от 01.07.2016.

Согласно ч.1 и ч.2 ст.307 «Гражданского кодекса Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 03.07.2016) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2016) (далее – ГК РФ) в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Обязательства возникают из договоров и других сделок, вследствие причинения вреда, вследствие неосновательного обогащения, а также из иных оснований, указанных в настоящем [Кодексе](#).

К обязательствам, возникшим из договора (договорным обязательствам), общие положения об обязательствах (настоящий подраздел) применяются, если иное не предусмотрено правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в настоящем [Кодексе](#) и иных законах, а при отсутствии таких специальных правил – общими положениями о договоре ([подраздел 2 раздела III](#)) (ч.1 ст.307.1 ГК РФ).

В соответствии с ч.ч.1-3 ст.308 ГК РФ в обязательстве в качестве каждой из его сторон – кредитора или должника – могут участвовать одно или одновременно несколько лиц.

Если каждая из сторон по договору несет обязанность в пользу другой стороны, она считается должником другой стороны в том, что обязана сделать в ее пользу, и одновременно ее кредитором в том, что имеет право от нее требовать.

Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц).

Согласно ч.1 ст.382 ГК РФ право (требование), принадлежащее на основании обязательства кредитору, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или может перейти к другому лицу на основании закона.

В соответствии с ч.ч. 1, 2 ст.391 ГК РФ перевод долга с должника на другое лицо может быть произведен по соглашению между первоначальным должником и новым должником. Перевод должником своего долга на другое лицо допускается с согласия кредитора и при отсутствии такого согласия является ничтожным.

Таким образом, анализ Договора №ДМИ-ОСК -01072016 от 01.07.2016, заключенного между АО «МегаЛабс» и ООО «ОСК», позволяет сделать вывод о том, что АО «МегаЛабс» осуществляет сбор заказов от своих клиентов на рассылку, оставаясь при этом заказчиком рассылки в силу того, что только оно является стороной по договору на оказание услуг по осуществлению рассылки, заключенным с оператором связи, абонентам которого предназначена рассылка.

При этом не возникает как множественности лиц на стороне заказчика рассылки, в том числе путем замены стороны в части обязательств по договору с оператором связи.

Таким образом, заказчиком рассылки, направившим рассматриваемые рекламные смс-сообщения на абонентский номер заявителя, является именно АО «МегаЛабс», которое заключило с оператором связи абонента <...> ООО «Скартел» договор, являющийся по своей правовой природе договором на оказание услуг по осуществлению рассылки.

На основании вышеизложенного, рекламодателем смс-рекламы «Александр, мы очень скучаем по Вам и дарим скидку 30% на все меню по промокоду RT0525. Воспользуйтесь до 06.03. Сайт www.eda1.ru тел.333-000.Отписаться от смс: www.eda1.ru/otpiska», распространенной 01.03.2017 в 19-31 на абонентский номер +7904<...> сети подвижной радиотелефонной связи с короткого номера «Sushkof» без предварительного согласия абонента на ее получение, является заказчик рассылки АО «МегаЛабс».

08.11.2017 (вх.№01-20222) в Управление поступили письменные пояснения АО «МегаЛабс», в которых указано, что должностным лицом АО «МегаЛабс», обладающим организационно-распорядительными и административно-хозяйственными полномочиями, на которого, в том числе, возложены полномочия по осуществлению контроля за соблюдением законодательства РФ о рекламе при распространении смс-сообщений, является согласно утвержденной структуре компании Директор по Мобильной рекламе <...> (трудовой договор от 20.08.2013 № 96).

В соответствии с трудовым договором на <...> как директора по Мобильной рекламе АО «МегаЛабс» возложены полномочия по осуществлению контроля за соблюдением законодательства РФ о рекламе при осуществлении смс-рассылок, проводимых Компанией.

Кроме осуществления контроля за соблюдением законодательства РФ о рекламе при распространении смс-сообщений на мобильные номера телефонов абонентов на Директора по Мобильной рекламе <...> возложены полномочия по заключению договоров с смс-агрегаторами (заказчиками рассылок), определению их условий, а также возложена ответственность за принятые решения.

Таким образом, должностным лицом АО «МегаЛабс», виновным в нарушении рекламного законодательства, является директор по мобильной рекламе <...>, поскольку именно его действиями (бездействием) было допущено выявленное нарушение.

3. 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 (п.1 ст. 2.1 КоАП РФ).

Административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично (ч. 1 ст. 2.2 КоАП РФ).

Административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть (ч.2 ст. 2.2 КоАП РФ).

Выяснение виновности лица в совершении административного правонарушения осуществляется на основании данных, зафиксированных в протоколе об административном правонарушении, объяснений лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, в том числе об отсутствии возможности для соблюдения соответствующих правил и норм, о принятии всех зависящих от него мер по их соблюдению, а также на основании иных доказательств, предусмотренных ч.2 ст.26.2 КоАП РФ.

В силу ч.1 ст. 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

По результатам оценки в соответствии со ст. 26.11 КоАП РФ представленных материалов должностное лицо Свердловского УФАС России установило, что при распространении нежелательной смс-рекламы на абонентский номер +7904<...> у директора по мобильной рекламе АО «МегаЛабс» <...> имелась возможность для обеспечения соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность: возможность проконтролировать наличие согласия абонента на получение смс-рекламы, в том числе, путем предъявления требования своим заказчикам, участвующим в цепочке рассылки, предоставления письменного согласия абонентов на получение смс-рекламы, что предусмотрено, в частности, п.3.9. в Договора №ДМИ-ОСК -01072016

от 01.07.2016, заключенном между ООО «ОСК» (Заказчик) и АО «МегаЛабс» (Исполнитель).

В данном случае, при отсутствии надлежащих доказательств о предоставлении абонентом +7904<...> согласия на использование его абонентского номера для смс-рекламы, <...> обязан был дать соответствующие поручения о воздержании от направления данному абоненту смс-рекламы *«Александр, мы очень скучаем по Вам и дарим скидку 30% на все меню по промокоду RT0525. Воспользуйтесь до 06.03. Сайт www.eda1.ru тел.333-000. Отписаться от смс: [www.eda1.ru /otpiska](http://www.eda1.ru/otpiska)»* (отказать в предоставлении заказчику ООО «ОСК» доступа к Интерфейсу для размещения рекламных материалов).

<...> мог осуществить контроль и предпринять соответствующие организационные и управленческие решения, направленные на недопущение распространения ненадлежащей рекламы, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Директор по мобильной рекламе АО «МегаЛабс» <...> при распространении Обществом ненадлежащей рекламы, мог и должен был осознавать противоправный характер своего поведения, но, не осознавал его, совершив тем самым административное правонарушение по неосторожности.

Таким образом, <...> является виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое установлена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

4. Обстоятельства, смягчающие (ст.4.2 КоАП РФ) и отягчающие (ст. 4.3 КоАП РФ) административную ответственность, не выявлены.

5. Помимо причиненного потерпевшему вреда, иной ущерб, причиненный административным правонарушениям, не выявлен.

6. Обстоятельства, исключающие производство по делу (ст.24.5 КоАП РФ), не выявлены. Срок давности привлечения к административной ответственности не истек, поскольку за нарушение законодательства о рекламе (ст.14.3 КоАП РФ) составляет один год со дня совершения административного правонарушения (ч.1 ст.4.5 КоАП РФ).

7. Причины и условия, способствовавшие совершению административного правонарушения, не выявлены.

За совершение должностным лицом предусмотренных ч.1 ст.14.3 КоАП РФ административных правонарушений, установлено административное наказание в виде наложения административного штрафа в размере от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

В рассматриваемой ситуации доказательств наличия каких – либо исключительных обстоятельств, позволяющих квалифицировать правонарушение, совершенное <...>, как малозначительное, не представлено.

Публичный интерес – признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития.

Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина (ст. 2 Конституции РФ), в сущности, и составляют публичный интерес.

Распространение смс-рекламы при отсутствии согласия абонента на ее получение, по сути, нарушает установленное законом право гражданина на получение только той информации, которую он желает получать.

Таким образом, должностное лицо Свердловского УФАС России полагает, что совершенное административное правонарушение не может быть квалифицировано как малозначительное.

Немотивированные случаи прекращения производства по делу по малозначительности и освобождения от административной ответственности за допущенные нарушения неизбежно ведут к формированию у подотчетных субъектов халатного отношения к исполнению своих обязанностей, уверенности в собственной безнаказанности.

Необоснованное применение ст.2.9 КоАП РФ противоречит задачам производства по делам об административных правонарушениях, сформулированным в ст.24.1 КоАП РФ, основополагающей из которых является обеспечение исполнения вынесенного постановления.

Согласно введенными Федеральным законом от 03.07.2016 №316-ФЗ ч.3 ст.3.4 и ч.2 ст.4.1.1 КоАП РФ в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей особенной части Кодекса, административное наказание за впервые совершенное административное правонарушение в виде административного штрафа может быть заменено являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, или юридическому лицу, а также их работникам на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных [частью 2 статьи 3.4](#) настоящего Кодекса.

При этом 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 (ч.2 ст.3.4 КоАП РФ).

Между тем, в Едином реестре субъектов малого и среднего предпринимательства, размещенном на сайте ФНС России, сведения об АО «МегаЛабс» (ИНН 7713556058), как о субъекте малого или среднего предпринимательства отсутствуют, доказательств иного Обществом в ходе рассмотрения дела об административном правонарушении не представлено.

На основании вышеизложенного, с учетом общественно-значимого характера совершенного правонарушения, общественных отношений, на защиту которых направлены требования и ограничения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, с учетом поступившего в антимонопольный орган заявления с жалобой на распространение ненадлежащей рекламы, руководствуясь ст. 33 Закона о рекламе, ст. ст. 4.1- 4.3, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать директора по мобильной рекламе АО «МегаЛабс» <...> (паспорт: <...>) виновным в совершении административного правонарушения, административная ответственность за которое установлена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, и назначить ему административное наказание в виде административного штрафа в размере **4000 (четыре тысячи) рублей**.

Статьей 31.5 КоАП РФ предусмотрены отсрочка и рассрочка исполнения постановления о назначении административного наказания.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, либо в суд по месту рассмотрения дела в срок, установленный действующим законодательством.

Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении может быть подана в течение *десяти суток* со дня вручения или получения копии постановления (ч.1 ст.30.3 КоАП РФ).

Административный штраф должен быть уплачен в полном размере лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее *шестидесяти дней* со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу, за исключением случая, предусмотренного [частью 1.1](#) или [1.3](#) настоящей статьи, либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных [статьей 31.5](#) настоящего Кодекса (ч.1 ст.32.2 КоАП РФ).

При неуплате административного штрафа в указанный срок <...> (его представителю) надлежит явиться в первый следующий за ним рабочий день в 10 часов 00 минут в Свердловское УФАС России (г. Екатеринбург, ул. Московская, д. 11, каб. 220) для составления протокола об административном правонарушении по ч. 1 ст. 20.25 КоАП РФ с документами, удостоверяющими личность.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушения законодательства о рекламе, зачисляются в соответствии с Приказом Минфина России от 01.07.2013 №65н «Об утверждении Указаний о порядке применения бюджетной классификации Российской Федерации» по следующим реквизитам:

Получатель:

ИНН 6658065103

КПП 665801001

УФК по Свердловской области (Свердловское УФАС России)

Р/с 40101810500000010010 в Уральском ГУ Банка России

БИК 046577001

Назначение платежа: КБК (код бюджетной классификации) – 161 1 16 26 000 01 6000 140 (Денежные взыскания (штрафы) за нарушение законодательства о рекламе)

ОКТМО 65701000

УИН 16172013000001095107

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа.

Согласно части 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.

Копия постановления вручена или получена _____,
что подтверждается _____.

Постановление (решение от _____ по жалобе, протесту) вступило в законную силу _____ (ст. 31.1 КоАП РФ).

Заместитель руководителя Управления

<...>