



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания в виде административного штрафа
по делу № 50АПР/18 об административном правонарушении
(ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ)

13 июня 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 22.05.2018 и иные материалы дела об административном правонарушении в отношении **Общества с ограниченной ответственностью «СМС-центр»** (123112, г. Москва, Пресненская Набережная, д. 12, офис А35, ОГРН 1117746756489, ИНН 7724805644, дата присвоения ОГРН – 26.09.2011, далее – ООО «СМС-центр») по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ,

УСТАНОВИЛ:

Поводом к возбуждению дела согласно п. 1 ч. 1 ст. 28.1 КоАП РФ явилось непосредственное обнаружение должностным лицом, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, а именно, установленный при анализе заявления (вх. № 01-5254 от 22.03.2018, ВХ031542), а также материалов, направленных в Свердловское УФАС России ПАО «МТС» (вх. № 01-7750 от 18.04.2018), факт распространения 21.03.2018 в 15:04 ненадлежащей рекламы следующего содержания:

«ТОЛЬКО 3 ДНЯ

ГОД 24ч ФИТНЕС+БАССЕЙН=15900Р

РАССРОЧКА

БРОНЬ 84951504569», согласия на получение которой абонент не давал, что противоречит требованиям ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Дело об административном правонарушении согласно п. 3 ч. 4 ст. 28.1. КоАП РФ возбуждено 22.05.2018 путем составления протокола на основании ч. 4.1 ст. 28.2 КоАП РФ в отсутствие законного представителя (защитника) ООО «СМС-центр», извещенного в порядке ст. 25.15 КоАП РФ о месте и времени его составления, что подтверждается поступившими в Свердловское УФАС России письменными объяснениями ООО «СМС-центр» (вх. № 01-9843 от 17.05.2018).

Определением от 22.05.2018 рассмотрение дела об административном правонарушении (ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ) в отношении ООО «СМС-центр» назначено на 13.06.2018 в 16 час. 00 мин.

ООО «СМС-центр» направило ходатайство (вх. № 01-12001 от 13.06.2018) о рассмотрении дела об административном правонарушении в отсутствие представителя ООО «СМС-центр». В соответствии с ч. 3 ст. 25.4 КоАП РФ дело рассмотрено 13.06.2018 в отсутствие законного представителя (защитника) ООО «СМС-центр», извещенного в порядке ст. 25.15 КоАП РФ о времени и месте его составления, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления (исх. № 9000 от 29.05.2018) с почтовым идентификатором № 62099823128404, размещенным на сайте ФГУП «Почта России» (<https://www.pochta.ru/>), согласно которому корреспонденция Свердловского УФАС России была получена Обществом 09.06.2018.

Отводов не заявлено, а обстоятельств, исключающих возможность рассмотрения дела должностным лицом Свердловского УФАС России (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 образуют действие (бездействие), выраженное в нарушении законодательства о рекламе.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило заявление (вх. № 01-5254 от 22.03.2018), о получении заявителем по месту его жительства (г. Москва,) 21.03.2018 в 15:04 на его абонентский номер + рекламного смс-сообщения следующего содержания: «ТОЛЬКО 3 ДНЯ ГОД 24ч ФИТНЕС+БАССЕЙН=15900Р РАССРОЧКА БРОНЬ 84951504569», согласие на получение которого заявитель не давал.

Целями Закона о рекламе 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 (ст. 1 Закона о рекламе).

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).

Объект рекламирования – 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 (п. 2 ст. 3 Закона о рекламе).

Ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

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.

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).

ФАС России в своем Разъяснении от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» указало, что «короткий номер» предназначен для одновременной массовой отправки sms-сообщений широкому кругу лиц.

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования – услугам и акциям клуба «ZEBRA», формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Способ передачи рассматриваемого рекламного sms-сообщения подпадает под понятие «рассылка», поскольку соответствует определению «рассылка», изложенному в п. 22.1 ст. 2 Федерального Закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) – является передачей абоненту коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации – sms-сообщение было передано абоненту с абонентским номером +7 ! с короткого номера – ZEBRA.

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 sms-сообщений широкому кругу лиц.

Факт поступления рассматриваемых рекламных sms-сообщений абоненту на его абонентский +7 с короткого номера «ZEBRA» 21.03.2018 в 15:04, подтверждается детализацией оказанных услуг в период с 21.03.2018 09:59:14 по 21.03.2018 21:06:59, представленными в материалы дела ПАО «МТС».

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

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, согласно ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, 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.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи, 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.

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

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

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.

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 пропуски трафика от точки присоединения к сети оператора связи к пользовательскому (оконечному) оборудованию, подключенному к сети связи того же оператора подвижной радиотелефонной связи.

Следовательно, 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).

Таким образом, применительно к распространению рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи посредством передачи абонентам коротких текстовых сообщений, рекламораспространителем является инициатор рассылки - заказчик рассылки либо оператор связи.

ПАО «МТС» сообщило, что рассматриваемое смс-сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «СМС-центр» на основании договора № МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017 (далее - Договор), заключенного между ним и ПАО «МТС» как оператором связи в соответствии с положениями ст. 44.1 Закона о связи.

Между ПАО «МТС» и ООО «СМС-центр» (Заказчик рассылки) заключен договор от 12.12.2017 № МТС/SMS-2/12122017, предметом которого, согласно п. 2.1. Договора Оператор оказывает Заказчику рассылки SMS-рассылку в соответствии с требованиями настоящего Договора и приложениями к нему, а Заказчик рассылки обязуется оплачивать

оказанные услуги SMS-рассылки в соответствии с настоящим Соглашением. Согласно п. 3.3.3 указанного Договора, Заказчик рассылки обязуется осуществлять оказание Услуги – рассылку сообщений только абонентам МТС, являющимся Пользователями Заказчика рассылки. В соответствии с п. 3.3.3. указанного Договора, Заказчик рассылки до начала оказания своей Услуги обязан получить от Пользователей предварительное согласие на получение Пользователями SMS-сообщений путем регистрации Пользователя в информационных системах Заказчика рассылки. Также, в соответствии с п. 3.3.16., Заказчик рассылки обязуется до начала оказания своих Услуг обеспечить наличие согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 Закона о связи), при необходимости получить иные согласия от Пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством.

Анализ вышеуказанного договора в совокупности с дополнительным соглашением к нему позволяет сделать вывод о том, что он по своей природе является договором на оказание оператором подвижной радиотелефонной связи (ПАО «МТС») услуг заказчику рассылки (ООО «СМС-центр») по осуществлению рассылки абонентам оператора связи.

Заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламодателем является ООО «СМС-центр», инициировавшее рассылку короткого текстового сообщения рекламного характера абоненту.

Таким образом, ООО «СМС-центр» распространило 21.03.2018 в 15:04 на абонентский номер +7 _____ рекламное смс-сообщение с текстом: «ТОЛЬКО 3 ДНЯ. ГОД 24ч ФИТНЕС+БАССЕИН=15900Р. РАССРОЧКА. БРОНЬ 84951504569» с короткого номера «ZEBRA» без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Доказательства получения согласия абонента отсутствуют, а потому имеет место наличие события совершенного 21.03.2018 по месту нахождения абонента (г. Москва) административного правонарушения.

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

ООО «СМС-центр» в письменных объяснениях, поступивших в Свердловское УФАС России (вх. № 01-9843 от 17.05.2018) сообщило следующее.

ООО «СМС-центр» оказывает услуги на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 150145 от 26.01.2017, выданной Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (далее - Лицензия). Общество предоставляет юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям технический канал в сервисе SMSC.RU для передачи сообщений операторам связи с помощью различных протоколов передачи данных (SMPP, SMPT, HTTP, SOAP - протоколы).

«Сервис SMSC.RU» - совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих Обществу и позволяющих осуществлять передачу сообщений от инициатора рассылки до операторов связи.

При этом ООО «СМС-центр» не определяет ни содержание сообщений, ни круг лиц-получателей сообщений, ни место и время распространения сообщений, не доводит сообщение до потребителей информации, не преследует цель привлечения внимания к объекту рекламирования. Общество предоставляет технический канал для передачи сообщения от Заказчика рассылки только к Оператору связи. У ООО «СМС-центр» отсутствует техническая возможность передачи сообщения напрямую потребителю информации (абоненту). Набор текста сообщения и ввод телефонного номера абонента

осуществляется заказчиком рассылки. СМС-сообщение на номер номер + 7 с текстом:

«ТОЛЬКО 3 ДНЯ
ГОД 24ч ФИТНЕС+БАССЕЙН
РАССРОЧКА

БРОНЬ 84951504569», поступившее 21.03.2018, отправитель: ZEBRA, было отправлено ООО «СМС Трафик» (далее - Заказчик) через клиентский доступ, предоставленный в рамках договора оказания услуг № №282/14 от 30 июня 2014 г. (далее - Договор).

В соответствии с Договором оказания услуг ООО «СМС-центр» прямо запрещает Заказчику (ООО «СМС Трафик») отправку любых сообщений, нарушающих требования законодательства, в том числе без предварительного согласия абонента, поэтому общество не преследует цель и не допускает возможности распространения ненадлежащей рекламы, т.е. не имеет и не может иметь умысла на совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.3 КоАП РФ.

ООО «СМС Трафик» самостоятельно осуществил отправку указанного смс-сообщения (в том числе набор текста и ввод номера абонента, определение места и времени отправки) через выделенный доступ к технической платформе сервиса.

ООО «СМС-центр» получает команду от Заказчика только на маршрутизацию сообщения конкретному оператору связи, однако не имеет юридического права и технической возможности контролировать содержание каждого сообщения и наличие согласия абонентов на их получение.

В соответствии с Лицензией Общество обязано предоставить доступ абоненту и (или) пользователю к сети связи лицензиата, а также прием и передачу электронных сообщений. Т.е., Общество в соответствии с имеющимися техническими возможностями обязано принимать и передавать поступающие в его сеть сообщения в случае, если они явно не нарушают требования законодательства. При этом явные нарушения законодательства, допущенные пользователями при отправке сообщений, могут быть устранены только с помощью автоматических средств фильтрации (блокирования запрещенных слов, словосочетаний и т.д.).

Действующее законодательство запрещает лицу, обеспечивающему техническую возможность передачи смс-сообщений от отправителя оператору связи, знакомиться с содержанием сообщений, анализировать их и требовать передачи персональных данных абонентов, которым предназначены сообщения.

Статьей 23 Конституции Российской Федерации установлен режим тайны переписки и иных сообщений, согласно которым переписка, телефонные переговоры, почтовые отправления, телеграфные и иные сообщения, передаваемые по сетям электросвязи и сетям почтовой связи, составляют личную тайну, защищаемую Конституцией Российской Федерации. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения.

Так как ООО «СМС-центр» не определяет конкретных лиц-получателей сообщений (абонентов), не взаимодействует с ними в рамках договорных и иных отношений, не формирует текст и самостоятельно не осуществляет отправку смс-сообщений, то в соответствии с требованиями Закона РФ «О персональных данных» от 27.07.2006 г. № 152-ФЗ не имеет права требовать от Заказчика персональные данные каждого конкретного абонента, которому отправляются смс-сообщения.

Кроме того, учитывая большое количество сообщений (3-5 млн. сообщений ежедневно), ООО «СМС-центр» не имеет и технической возможности осуществлять контроль за наличием согласия каждого получателя.

Таким образом, ООО «СМС-центр» считает, что в его действиях отсутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе, поскольку Общество не имеет и не может иметь вины в распространении ненадлежащей рекламы, не предпринимало противоправных действий по распространению сообщения, содержащего ненадлежащую рекламу. Предоставление доступа Заказчику к технической платформе для связи с оператором не является противоправным действием и не может считаться действием, направленным на распространение конкретного смс-сообщения, содержащего ненадлежащую рекламу. В связи с этим ООО «СМС-центр» в рассматриваемом случае не может являться ни рекламодателем, ни рекламораспространителем, ни рекламоизготовителем.

От имени ООО «СМС-центр» к ООО «СМС Трафик» был направлен запрос о предоставлении информации с пояснениями в связи с поступившей жалобой, а также сведений о наличии от абонента +7 _____ согласия на получение информационных смс-рассылок, на что ООО «СМС Трафик» предоставил согласие абонента.

В связи с поступившей жалобой, номер +7 _____ внесен ООО «СМС-центр» в стоп-лист.

Вместе с тем в качестве подтверждения наличия согласия абонента ООО «СМС Трафик» представило копию клубного контракта № 37950 от 10.12.2017, заключенного между ООО «Тау Фит» и _____, где напротив п. 3.2 «Клиент дает согласие на получение рекламной и/или иной актуальной информации о деятельности клуба по указанным клиентом телефонам и адресам» проставлена подпись _____ При этом _____ был указан абонентский номер, принадлежащий заявителю.

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

ООО «СМС-центр» в письменных объяснениях (вх. № 01-98431 от 17.05.2018) сообщило, что отправку рассматриваемого смс-сообщения осуществило ООО «СМС Трафик» через клиентский доступ, предоставленный в рамках договора оказания услуг №282/14 от 30.06.2014.

Довод ООО «СМС-центр» о том, что исходя из буквального толкования положений ст. 3 Закона о рекламе и фактических обстоятельств дела, *рекламораспространителем*, т.е. лицом, заинтересованным в привлечении внимания к объекту рекламирования, его продвижения на рынке, а также в формировании или поддержании интереса к объекту рекламирования, является ООО «СМС Трафик», 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.

При этом, у оператора связи ПАО «МТС» отсутствует договор на оказание услуг по осуществлению рассылки ООО «СМС Трафик», а также оператор связи ПАО «МТС» не является стороной по Договору № 282/14 от 30.06.2014.

Согласно п.1 ст. 307 Гражданского кодекса Российской Федерации (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 (п. 2 ст. 307 ГК РФ).

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) (п. 1 ст. 307.1 ГК РФ).

В соответствии с п.п. 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 п. 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 п.п. 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.

Должностное лицо Свердловского УФАС России полагает, что необходимость принимать во внимание наличие всех имеющихся договоров между хозяйствующими субъектами, принимавшими участие в формировании рассылки отсутствует, 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.

Таким образом, анализ договора № 282/14 от 30.06.2014, заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «СМС Трафик», позволяет сделать вывод о том, что ООО «СМС-центр» 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.

Обязанность по получению предварительного согласия абонентов на получение смс-рекламы возникает у заказчика рассылки в силу Закона (Закон о связи, Закон о рекламе) и не может быть передана им по договору третьему лицу.

Таким образом, заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламодателем является ООО «СМС-центр», инициировавшее рассылку

коротких текстовых сообщений рекламного характера абоненту ПАО «МТС» посредством заключения договора на оказание услуг по осуществлению рассылки с оператором связи.

Представленный ООО «СМС-центр» в материалы дела клубный контракт № 37950 от 10.12.2017, заключенный между ООО «Тау Фит» и _____ в котором указан телефон + _____ и проставлена подпись возле графы о получении рекламной рассылки, не является доказательством выражения _____ согласия на получение смс-рекламы на его абонентский номер, поскольку заполнена и подписана иным лицом.

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).

Для признания надлежащим факта получения рекламораспространителем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть явно выраженное желание абонента либо адресата на ее получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта.

На основании вышеизложенного, должностное лицо Свердловского УФАС России приходит к выводу о том, что заказчиком рассылки, направившим рассматриваемое рекламное смс-сообщение на абонентский номер заявителя, является именно ООО «СМС-центр», которое заключило с оператором связи абонента + _____ ПАО «МТС» договор, являющийся по своей правовой природе договором на оказание услуг по осуществлению рассылки. При этом Общество не представило каких-либо доказательств того, что располагает согласием абонента на получение указанной рекламы на его абонентский номер (представленный в материалы дела клубный контракт № 37950 от 10.12.2017, заключенный между ООО «Тау Фит» и _____, в котором указан телефон + _____ и проставлена подпись возле графы о получении рекламной рассылки, не является доказательством выражения _____ согласия на получение смс-рекламы на его абонентский номер, поскольку заполнен и подписан иным лицом).

Таким образом, рекламораспространителем рекламы на абонентский номер заявителя без его согласия является ООО «СМС-центр».

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).

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.

В отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП РФ формы вины (ст. 2.2 КоАП РФ) 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). Обстоятельства, указанные в части 1 или части 2 статьи 2.2 КоАП РФ, применительно к юридическим лицам установлению не подлежат.

По результатам оценки в соответствии со ст. 26.11 КоАП РФ представленных материалов должностное лицо установило, что ООО «СМС-центр» при распространении рекламы с номера «ZEBRA» на абонентский номер +7 _____ имело возможность убедиться в получении надлежащего согласия абонента.

Однако, ООО «СМС-центр» не были приняты все зависящие от него меры для предупреждения правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ (нарушение законодательства о рекламе), не были надлежащим образом исполнены организационно-распорядительные и административные функции, контроль за соблюдением требований законодательства о рекламе (в данном случае, ч.1 ст. 18 Закона о рекламе) не был обеспечен, вследствие чего было допущено вышеуказанное правонарушение.

Доказательств того, что ООО «СМС-центр» приняло все зависящие от него меры для соблюдения требований законодательства, в материалах дела не имеется, как и не представлены доказательства объективной невозможности соблюдения требований действующего законодательства.

Таким образом, ООО «СМС-центр» виновно в совершении административного правонарушения, ответственность за которое установлена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

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

5. Согласно п. 2 ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ обстоятельством, отягчающим административную ответственность, признается повторное совершение однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым наказанию за совершение однородного административного правонарушения.

Согласно ч. 1 ст. 4.1.1 КоАП РФ, являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам 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 настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных ч. 2 ст. 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 настоящей статьи.

В соответствии с ч. 2 ст. 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.

Согласно сведениям из Единого государственного реестра субъектов малого и среднего предпринимательства, размещенного на официальном сайте ФНС России, ООО «СМС-центр» (ИНН 7724805644) является субъектом малого предпринимательства.

Вместе с тем, Постановлением Свердловского УФАС России от 05.12.2017 по делу № 76 ООО «СМС-центр» признано виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое установлена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ и ему назначено административное наказание в виде предупреждения. Указанное постановление

вступило в законную силу 16.03.2018, по истечении месячного срока со дня принятия решения Арбитражного суда Свердловской области по делу А60-53294/2017.

П. 2 ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ содержит понятие повторного совершения однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым наказанию за совершение однородного административного правонарушения (то есть со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении административного наказания).

При применении указанной нормы следует учитывать, что однородными считаются правонарушения, ответственность за совершение которых предусмотрена одной статьей Особенной части КоАП РФ (п. 19.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10).

Согласно ст. 4.6 КоАП, лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления.

Кроме того, согласно правовой позиции, изложенной в п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», если лицо было привлечено к административной ответственности в качестве рекламодателя, последующее совершение данным лицом административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена статьей 14.3 КоАП РФ, не только в качестве рекламодателя, но и рекламопроизводителя или рекламораспространителя следует считать повторным совершением однородного административного правонарушения.

Согласно ст. 4.6 КоАП, лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления.

Таким образом, ООО «СМС-центр» считается подвергнутым административному наказанию за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ в период с 16.03.2018 по 15.03.2019.

Следовательно, ООО «СМС-центр» будучи подвергнутым административному наказанию за совершение однородного административного правонарушения повторно совершило (реклама была распространена 21.03.2018) административное правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

6. Помимо причиненного потерпевшему (г. Москва, вреда, иной ущерб, причиненный административным правонарушением, не выявлен.

7. Обстоятельств, исключających производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ), не выявлено.

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

За совершение юридическим лицом предусмотренных ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ административных правонарушений установлено административное наказание в виде штрафа в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно ст.2.9 КоАП РФ, при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее

административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»).

Согласно п.18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Возможность или невозможность квалификации деяния в качестве малозначительного не может быть установлена абстрактно, исходя из сформулированной в КоАП РФ конструкции состава административного правонарушения, за совершение которого установлена ответственность.

В рассматриваемой ситуации доказательств наличия каких-либо исключительных обстоятельств, позволяющих квалифицировать правонарушение, совершенное ООО «СМС-центр», как малозначительное, не представлено.

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.

На основании вышеизложенного, учитывая общественно-значимый характер совершенного правонарушения (распространение рекламы без согласия на то абонента), с учетом способа распространения, общественных отношений, на защиту которых направлены требования и ограничения, установленные ст. 18 Закона о рекламе, руководствуясь статьями 4.1. – 4.4, ч. 1 ст. 14.3, статьями 23.48, 24.5, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать ООО «СМС-центр» (123112, г. Москва, Пресненская Набережная, д. 12, офис А35, ОГРН 1117746756489, ИНН 7724805644, дата присвоения ОГРН – 26.09.2011) 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 **101 000 (сто одной тысячи) рублей**.

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

В соответствии с п. 3 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, 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).

Суммы штрафов, уплаченных за нарушения законодательства о рекламе, зачисляются 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

УИИ 16172061500001245584

ID плательщика 27724805644770301001

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

