УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

ПОСТАНОВЛЕНИЕ №072/04/14.3-112/2020

о назначении административного наказания

по делу об административном правонарушении

10.06.2020г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России), <…>, рассмотрев материалы дела №072/04/14.3-112/2020, возбужденного в отношении ООО «СМС Трафик» (ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257, КПП 772301001, адрес местонахождения: 115088, г.Москва, проезд Южнопортовый 2-й, д.20А, строение 4, подъезд 1, этаж 2, дата регистрации: 28.01.2005),

в отсутствии законного представителя ООО «СМС Трафик», надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении (о чем свидетельствует почтовое уведомление №80080648170873), 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 в протоколе об административном правонарушении №072/04/14.3-112/2020 от 30.04.2020г.,

У С Т А Н О В И Л:

Как следует из материалов дела, Определение №072/04/14.3-112/2020 от 30.04.2020г. о назначении даты и времени рассмотрения дела №072/04/14.3-112/2020, возбужденного в отношении ООО «СМС Трафик», было заблаговременно (13.05.2020г.) направлено по месту нахождения ООО «СМС Трафик», содержащемуся в выписке ЕГРЮЛ (адрес местонахождения: 115088, г.Москва, проезд Южнопортовый 2-й, д.20А, строение 4, подъезд 1, этаж 2) и вернулось отправителю с пометкой «истек срок хранения».

В соответствии со статьей 5 Федерального закона от 08.08.2001 №129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», адрес (местонахождение) постоянно действующего исполнительного органа юридического лица, зарегистрированный в едином государственном реестре юридических лиц, является адресом, по которому осуществляется связь с юридическим лицом (юридический адрес).

Юридическое лицо обязано обеспечить получение корреспонденции по адресу регистрации своего постоянно действующего исполнительного органа.

Согласно сведениям о юридическом лице, содержащимся на официальном сайте

ФНС России по состоянию на 10.06.2020г., адрес местонахождения ООО «СМС Трафик»: 115088, г.Москва, проезд Южнопортовый 2-й, д.20А, строение 4, подъезд 1, этаж 2.

В соответствии с Постановлением Пленума Высшего Арбитражного суда российской Федерации от 02.06.2004 №10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившихся за их получением несмотря на почтовое извещение (при наличии соответствующих доказательств).

Таким образом, дело может быть рассмотрено в отсутствии представителя лица, в действиях которого содержится нарушение законодательства о рекламе.

Определением Тюменского УФАС России от 06.03.2020г. № 072/04/14.3-112/2020 в отношении ООО «СМС-Трафик» возбуждено производство по делу об административном правонарушении № 072/04/14.3-112/2020 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.

Из заявления следует, что на абонентский номер <...> <…>, зарегистрированный за гражданином, 15.10.2019 г. в 16:30 поступило SMS-сообщение рекламного характера следующего содержания: «Роман Владиславович, увеличиваем процент успеха! Откройте Вклад «Ваш успех» в Газпромбанке по ставке до 7,4%! Подробная информация в офисах Банка, а также на сайте gazprombank.ru/~yscrto Банк ГПБ (АО). Ген.лиц. Банка России № 354. Не является офертой», от Gazprombank через SMS-центр +79184330011.

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 № 072/05/18-58/2019 от 14.02.2020г. признана ненадлежащей реклама, содержащаяся в смс-сообщении, поступившем на абонентский номер +<…> 15.10.2019 в 16:30 от абонента «Gazprombank» через SMS-центр: +79184330011 следующего содержания: «*Роман Владиславович, увеличиваем процент успеха! Откройте Вклад «Ваш успех» в Газпромбанке по ставке до 7,4%! Подробная информация в офисах Банка, а также на сайте gazprombank.ru/~yscrto Банк ГПБ (АО). Ген.лиц. Банка России № 354. Не является офертой*», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

30.04.2020г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ООО «СМС Трафик» был составлен протокол об административном правонарушении №072/04/14.3-112/2020.

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 ООО «СМС Трафик», без согласия абонента <…>, на принадлежащий ему абонентский номер +<…> 15.10.2019г. в 16:30 направило сообщение следующего содержания: «*Роман Владиславович, увеличиваем процент успеха! Откройте Вклад «Ваш успех» в Газпромбанке по ставке до 7,4%! Подробная информация в офисах Банка, а также на сайте gazprombank.ru/~yscrto Банк ГПБ (АО). Ген.лиц. Банка России № 354. Не является офертой*».

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.

Согласно статье 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. 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 рекламораспространитель.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимость 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 рекламораспространителей, могущих принимать участие в распространении определенной рекламы.

Таким образом, количество рекламораспространителей, 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.

Рассматриваемая реклама была направлена ООО «СМС Трафик» в соответствии с Договором оказания услуг №<…> от <…>г. (далее – Договор), заключенного между ООО «СМС-Центр» (далее – Исполнитель) и ООО «СМС Трафик» (далее – Заказчик), по которому Исполнитель предоставляет Заказчику услуги доступа к Сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки Сообщений из личного кабинета, а также для интеграции сервисов Заказчика для отправки и приема Сообщений через API .

Согласно п.2.2. Договора Заказчик самостоятельно без участия исполнителя формирует базу телефонных номеров Абонентов (адресов электронной почты) для рассылки Сообщений, определяет содержание Сообщения, производит набор текста и осуществляет рассылку Сообщений Абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями Договора.

Кроме того, в соответствии с п.3.2.3. Договора Заказчик обязуется в обязательном порядке получить от Абонента или адресата согласие на получение Сообщений, выраженного посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение Сообщений, в форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в качестве наличия такого согласия.

В соответствии с п.3.2.5. Договора Заказчик обязуется не использовать подключение к сервису SMSC.RU для рассылки СПАМА; для передачи сообщений, которые не соответствуют требованиям законодательства РФ о рекламе.

Согласно п.6.6. Заказчик гарантирует Исполнителю наличие согласий Абонентов и адресатов, полученных в порядке ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. №38-ФЗ «О рекламе» и ст. 44.1 Федерального закона от 07.07.2003г. №126-ФЗ «О связи».

Исходя из анализа упомянутых положений Договора оказания услуг №125899 от 01.01.2017г., представляется возможным сделать вывод о том, что распространение SMS-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «СМС Трафик» к ООО «СМС-Центр», который осуществляет передачу таких сообщений Абонентам через оператора ПАО «МТС».

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 оказания услуг №125899 от 01.01.2017г. и законодательства Российской Федерации следует, что ООО «СМС Трафик» 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.

На основании изложенного, у ООО «СМС Трафик» имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия Абонента на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию.

Вместе с тем, у ООО «СМС Трафик» отсутствуют письменное согласие абонента <…> на получение рекламы посредством направления SMS-сообщений.

Таким образом, ООО «СМС Трафик», распространяя вышеуказанную рекламу, без предварительного согласия потребителя на получение рекламы, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьей 14.3 КоАП РФ.

Субъектом административного правонарушения по делу № 072/04/14.3-112/2020 выступает – ООО «СМС Трафик» (ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257, КПП 772301001, адрес местонахождения: 115088, г.Москва, проезд Южнопортовый 2-й, д.20А, строение 4, подъезд 1, этаж 2, дата регистрации: 28.01.2005).

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 дела, – 15.10.2019 г.

Дело об административном правонарушении №072/04/14.3-112/2020 в соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ООО «СМС Трафик» правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Совершенное ООО «СМС Трафик» 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 обладающими специальными познаниями.

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 ООО «СМС Трафик» 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.

Учитывая характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, можно сделать вывод о том, что совершенное ООО «СМС Трафик» 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.

ООО «СМС Трафик» привлекалось к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе ранее. В отношении ООО «СМС Трафик» (ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257) вынесено постановление №А18/297-14.3 от 02.10.2018г. о назначении административного наказания в виде административного штрафа в размере 101 000 рублей.

Данное постановление было обжаловано, Решением Арбитражного суда Тюменской области от 10.07.2019г. по делу №А70-17489/2018 в удовлетворении заявленных ООО «СМС Трафик» требований отказано.

Таким образом, постановление №А18/297-14.3 от 02.10.2018г. вступило в законную силу 21.07.2019г., т.е. со дня вступления в законную силу решения Арбитражного суда Тюменской области. Штраф взыскан принудительно ОСП по Юго-Восточному АО УФССП России по г.Москве 25.12.2019г.

Таким образом, совершение правонарушения повторно признается обстоятельством, отягчающим административную ответственность.

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,

П О С Т А Н О В И Л :

1. Применить к ООО «СМС Трафик» (ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257, КПП 772301001, адрес местонахождения: 115088, г.Москва, проезд Южнопортовый 2-й, д.20А, строение 4, подъезд 1, этаж 2, дата регистрации: 28.01.2005), меру

ответственности в виде административного штрафа в размере **150000 (сто пятьдесят тысяч)** 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 40101810965770510005

банк получателя: отделение Тюмени г. Тюмень

БИК 047102001, ОКТМО 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 01141 01 0003 140

УИН: 16100500000000543723

Назначение платежа: «нарушение 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 <…>