ФАС

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

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

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № А17/262-14.3

об административном правонарушении

08.08.2017г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России), <…>, рассмотрев материалы дела №А17/259-14.3, возбужденного в отношении АО «М» (адрес места нахождения: <…>, г. Москва, переулок Оружейный, <…>, <…>, дата регистрации: 25.05.2005г.),

в отсутствии законного представителя АО «М», надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления и подписания протокола об административном правонарушении (о чем свидетельствует письмо АО «М» исх. 07.08.2017, вх. №6141 от 07.08.2017г.), 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 №А17/262-14.3 от 26.07.2017г.,

У С Т А Н О В И Л:

Определением Тюменского УФАС России от 27.06.2017г. № А17/262-14.3 в отношении АО «М» возбуждено производство по делу об административном правонарушении № А17/262-14.3 по ч.1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ). Проведено административное расследование, которым установлено следующее.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России) поступили заявления граждан <…> (вх.№ 9739 от 22.12.2016), <…> (вх.9740 от 22.12.2016) и <…> (вх.9732 от 21.12.2016), указывающие на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении смс-сообщений рекламного характера.

Из заявлений следует, что на принадлежащие заявителям абонентские номера <…> и <…> 12.12.2016г., и 07.12.2016 на номер <…> поступили сообщения следующего содержания: «*Ремонт и обслуживание автомобилей К «Б»* <…> *г.Тюмень ул.Республики* <…>». Как указывают заявители, согласия на SMS-рассылку рекламного характера они не давали.

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № Р17/14-18 от 18.05.2017г. признана ненадлежащей реклама, содержащаяся в SMS-сообщении, поступившем 12.12.2016 в 14:37 от абонента К следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей К «Б» <…> г. Тюмень ул. Республики <…>», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № Р17/15-18 от 18.05.2017г. признана ненадлежащей реклама, содержащаяся в SMS-сообщении, поступившем 07.12.2016 в 14:48 от абонента К следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей К «Б» <…> г. Тюмень ул. Республики <…>», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № Р17/09-18 от 21.06.2017г. признана ненадлежащей реклама, содержащаяся в SMS-сообщении, поступившем 12.12.2016 в 14:14 от абонента К следующего содержания: «Ремонт и обслуживание автомобилей К «Б» <…> г. Тюмень ул. Республики <…>», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

26.07.2017г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ООО «Л» был составлен протокол об административном правонарушении № А17/259-14.3.

Исследовав материалы административного дела, установлено следующее.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) - это информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объект рекламирования – товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Из материалов дела следует, что АО «М», без согласия гражданина <…>, на принадлежащий ему абонентский номер 07.12.2016 в 14:48 направило смс-сообщение следующего содержания: *Ремонт и обслуживание автомобилей К «Б» <…> г.Тюмень ул.Республики <…>*».

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

В данном случае под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно статье 18 Закона о рекламе реклама распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за

нарушение статьи 18 Закона о рекламе несет 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 АО «М» как абонентом ПАО «М» в соответствии с Дополнительным соглашением № <…> от 01.02.2016г. к Генеральному соглашению № <…> от 02.11.2015г.(далее – ДС № <…>). В рамках предоставления услуг по данному ДС № <…> Оператор оказывает Партнеру услуги по размещению посредством Каналов коммуникации рекламно-информационных материалов (РИМ) Партнера (Клиента Партнера) среди Абонентов, а также по предоставлению доступа к Интерфейсу и поддержке функционирования Интерфейса.

Партнер (АО «М») в соответствии с пунктом 3.6 ДС № <…> в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их использования в РИМ).

В соответствии с п.4.6 ДС № <…> Партнер гарантирует соответствие

размещаемых РИМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно п.4.7 ДС№ <…> Партнер при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы.

В соответствии с п. 4.10 ДС № <…> в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера Партнер обязуется использовать в Интерфейсе только те абонентские номера, по которым Партнером получено предварительное согласие Абонентов на получение рекламы. В случае неподтверждения либо отзыва согласия Абонента на получение РИМ от Партнера Партнер обязуется прекратить направление РИМ посредством SMS/MMS/USSD-сообщений такому Абоненту, в том числе при поступлении сведений об отсутствии либо отзыве согласия от Оператора.

Исходя из анализа упомянутых положений ДС № <…> представляется возможным сделать вывод о том, что распространение SMS-сообщений осуществляется путем их передачи от АО «М» к оператору сотовой связи, который осуществляет непосредственное доведение таких сообщений до их конечных получателей.

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 ДС № <…> и законодательства Российской Федерации следует, что АО «М» учувствовало в передаче рассматриваемого SMS-сообщения рекламного характера, а следовательно, является рекламораспространителем и обязано при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки, оформленное документально, т.е. письменное согласие.

Согласно письменным пояснениям АО «М» (вх.5604 от 18.07.2017г.) рекламораспространителем указанной рекламы является ООО «О», с которым у АО «М» заключен договор № <…>-<…>-<…> от 01.07.2016 г., по которому АО «М» оказывает услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламно-информационных материалов ООО «О».

Указанный довод заявителя не может быть принят во внимание в силу того, что АО «М» при заключении договора с Оператором связи – ПАО «М» приняло на себя обязательства о получении документально оформленного согласия Абонентов на получение рекламы. Наложение АО «М» обязанности в получении надлежащим образом оформленных согласий Абонента на ООО «О» (согласно Договору №<…>–<…>-<…> от 01.07.2016г.), заключенному между АО «М» (Исполнитель) и ООО «О» (Заказчик), не снимает с самого Общества обязанности исполнения договорных обязательств с ПАО «М» в части получения указанного согласия абонента. Из этого следует, что АО «М» обязано иметь документально оформленное согласие абонента на получение рекламной рассылки как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из обязательств, принятых перед ПАО «М» при заключении 01.02.2016г. Дополнительного соглашения № <…> к Генеральному соглашению № <…> от 02.11.2015г.

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

до пятисот тысяч рублей.

Субъектом административного правонарушения по делу № А17/262-14.3 выступает – АО «М» (адрес места нахождения: <…>, г. Москва, переулок Оружейный, дом <…>, <…>, дата регистрации: 25.05.2005г.).

Таким образом, АО «М», распространяя вышеуказанную рекламу, без предварительного согласия потребителя на получение рекламы, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьей 14.3 КоАП РФ.
В соответствии с частью 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дела – 07.12.2016г.

Дело об административном правонарушении № А17/262-14.3 в соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного АО «М» правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.
Доказательств малозначительности совершенного правонарушения при рассмотрении дела не установлено. Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законом требований, при рассмотрении дела не установлены.
Обстоятельством, смягчающим административную ответственность, признается совершение правонарушения впервые.

Согласно сведениям, содержащимся на официальном сайте Федеральной налоговой службы www.nalog.ru, АО «М» не включено в единый реестр субъектов малого и среднего предпринимательства. Иными сведениями о том является ли АО «М» субъектом малого или среднего предпринимательства антимонопольный орган не располагает, в связи с чем, применение статьи 4.1.1. КоАП РФ, предусматривающей замену административного наказания в виде административного штрафа на предупреждение, не возможно.

В соответствии с ч. 3.2 ст. 4.1 КоАП РФ, при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие

дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

Согласно ч. 3.3 ст. 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания в соответствии с частью 3.2 настоящей статьи размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса.

Таким образом, учитывая признание Обществом своей вины, а также не длительное распространение вышеуказанной рекламы, Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области считает возможным применить к АО «М» сумму административного штрафа в размере 50 000 (пятьдесят тысяч) рублей
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 АО «М» (адрес места нахождения: <…>, г. Москва, переулок Оружейный, <…>, <…>, дата регистрации: 25.05.2005г.), меру ответственности в виде административного штрафа в размере **50 000 (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 40101810300000010005
банк получателя: отделение Тюмени г. Тюмень
БИК 047102001, ОКТМО 71701000
код бюджетной классификации – 161 116 26000 01 6000 140

УИН: 03198833170808000008946 24
Назначение платежа: «Денежные (штрафы) взыскания за нарушение законодательства о рекламе».

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 <…>