РЕШЕНИЕ

по жалобе на постановление об административном правонарушении

дело № 4-14.3-202/00-08-15

«29» апреля 2015 г. г. Москва

Заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы Кашеваров А.Б., рассмотрев жалобу ООО «СмартТелеком» (адрес: Хлебозаводский пр., д. 7, стр.9, эт.9, пом.16, комн.2, г. Москва, 115230) на вынесенное Марийским УФАС России в отношении ООО «СмартТелеком» постановление от 06.02.2015 по делу № 03-12/11-2015 об административном правонарушении,

УСТАНОВИЛ:

Жалоба рассматривается в отсутствии представителей ООО «СмартТелеком» и представителей Марийского УФАС России. Жалоба подана с соблюдением срока, установленного частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ на обжалование постановления по делу об административном правонарушении.

На основании части 1 статьи 14.3 Кодекса об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) на ООО «СмартТелеком» Марийским УФАС России был наложен штраф в размере ста тысяч рублей за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»), выразившегося в рассылке SMS-рекламы на телефонный номер гражданина без его предварительного согласия.

С вынесенным постановлением Марийского УФАС России от 06.02.2015 по делу № 03-12/11-2015 об административном правонарушении ООО «СмартТелеком» не согласно, полагая, что в его действиях отсутствует состав административного правонарушения, так как общество не является рекламораспространителем.

Исследовав материалы дела, ФАС России приходит к выводу, что Марийское УФАС России обоснованно вменило ООО «СмартТелеком» совершение правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Основанием для привлечения ООО «СмартТелеком» к административной ответственности явилось распространение ООО «СмартТелеком» на телефонный номер гражданина SMS-рекламы без его согласия.

Как усматривается из материалов дела № 03-12/11-2015 об административном правонарушении, 12.02.2014 в 16:59 на абонентский номер <...> гражданина от отправителя soblazn через SMS-центр: + 7(916)6890390, поступило сообщение следующего содержания: «VIP программа: от 3000т сауна, джакузи, кальян, шампанское, фрукты!2033915».

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является 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.

Рассматриваемая информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются оказываемые услуги, указанные в тексте отправленного сообщения.

В соответствии с частью 1 статьей 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 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 (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе).

В соответствии с частью 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.

Вместе с тем, Закон о рекламе не содержит информации о количестве рекламораспространителей, имеющих право принимать участие в распространении рекламы.

С учетом изложенного количество рекламораспространителей, принимающих участие в SMS-рассылке, определяется не только набором и отправкой рекламного сообщения конечным лицом, но и фактически созданными и/или предоставленными возможностями для распространения рекламы иными лицами, осуществляющими набор и отправку таких сообщений.

На основании выписки из реестра Российской системы и плана нумерации номер абонента <...> принадлежит номерной емкости ОАО «МТС», номер SMS-центра +7(916)6890390, с которого было отправлено SMS-сообщение — номерной емкости ОАО «МТС».

Как следует из материалов дела, ОАО «МТС» подтвердило, что рассматриваемое SMS-сообщение на номер <...> было направлено посредством SMS-центра ОАО «МТС» с короткого ноемра 9848, предоставленного в пользование ООО «ИнфоБип» по договору от 02.12.2013 №Р130000043.

В соответствии с пунктом 3 дополнительного соглашения №1 к договору оказания

SMS-услуг от 02.12.2013 №Р 130000043 ОАО «МТС» выделило ООО «ИнфоБип» сервисный номер <...> , посредством которого заказчик направляет исполнителю информацию для формирования SMS-сообщений и который заказчик использует в качестве имени отправителя. В приложении №2 указанного договора стороны согласовали техническое описание канала, согласно которому передача SMS-сообщений основана на функциональности SMS-центра исполнителя, использующего для инициации передачи/приема SMS-сообщений протокол уровня приложений SMPP 3.4. В качестве транспортного протокола используется протокол TCP/IP. Канал обеспечивает функциональные возможности взаимодействия между SMS- центром исполнителя и прикладной информационной системой заказчика по указанным протоколам в соответствии с их версией.

Таким образом, подключение оборудования ООО «ИнфоБип» к SMS-центру ОАО «МТС» осуществляется через сеть Интернет.

В силу пункта 3.3.7 рассматриваемого договора заказчик (ООО «ИнфоБип») обязано осуществлять распространение рекламы только среди пользователей, давших обществу предварительное и надлежащее согласие на получение рекламы по сетям электросвязи. Также в соответствии с пунктом 3.3.9 услуги заказчика не должны противоречить требованиям законодательства Российской Федерации.

Таким образом, при направлении вышеуказанного SMS - сообщения по сетям электросвязи ООО «ИнфоБип» обязано было соблюдать действующее законодательство о рекламе, договор с оператором ОАО «МТС» и получить согласие абонента для дальнейшей отправки SMS-сообщения через сеть ОАО «МТС».

Согласно материалам дела между ООО «ИнфоБип» и ООО «СмартТелеком» заключен договор от 20.07.2012 №20072012-099.

Указанным договором предусмотрено, что ООО «ИнфоБип» предоставляет ООО «СмартТелеком» комплекс услуг связи при помощи программно-технических средств и организационных мероприятий, позволяющий заказчику пользоваться Сервисом, предоставленным исполнителем в соответствии с условиями договора и приложениями к нему.

В соответствии с пунктом 3.2.3 ООО «СмартТелеком» обязано получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS с информацией ООО «СмартТелеком», согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена Оператору и не оставляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности Абонента на получение SMS с информацией заказчика.

Приложением №1 к договору оказания услуг от 20.07.2012 №20072012-099 стороны также утвердили правила оказания услуг, в соответствии с которыми передача информации происходит от заказчика исполнителю через сеть интернет через комплекс программно-технических средств и организационных мероприятий. Протокол передачи данных согласовывается с заказчиком, при этом возможными протоколами являются SMPT (электронная почта), HTTP, HTTPS (SSL), SMPP, SOAP.

Пунктом 7 указанного приложения установлено, что ООО «СмартТелеком»

обязуется использовать услуги в соответствии с нормами законодательства о рекламе и только для передачи информации абонентам, от которых получено согласие на получение таких сообщений в такой объективной форме, которая может быть предъявлена ООО «ИнфоБип» (исполнителю) и оператору.

В соответствии с пунктом 9 заказчик обязался не использовать услугу для распространения ненужной получателю, не запрошенной информации, в частности данным пунктом запрещается массовая рассылка смс, рассылка множеству получателей, либо множественная рассылка одному получателю, а такке запрещается рассылка информации получателям, высказавшим явное нежелание получать данную информацию.

Таким образом, ООО «СмартТелеком» использовало программно-технические средства ООО «ИнфоБип» при направлении вышеуказанного SMS - сообщения. ООО «СмартТелеком», являясь рекпамораспространителем, обязано было в соблюдение действующего законодательства о рекламе, договора с ООО «ИнфоБип» получить согласие абонента для дальнейшей отправки SMS-сообщения через систему ООО «ИнфоБип».

Как усматривается из материалов дела, ООО «СмартТелеком» в письменных пояснения от 07.07.2014 указало, что данную смс-рассылку произвело ООО «Прогресс», с которым ООО «СмартТелеком» заключило договор оказания услуг от 01.12.2013 № 13-12/10113-ММ.

В соответствии с условиями договора ООО «СмартТелеком» оказывает услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение по доставке SMS-сообщений, при этом ООО «СмартТелеком» самостоятельно формирование SMS-сообщений не осуществляет.

Положения раздела 3.2 договора оказания услуг от 01.12.2013 № 13-12/10113-ММ, заключенного между ООО «СмартТелеком» и ООО «Прогресс», устанавливают обязанности ООО «Прогресс» по получению согласия от получателей сообщения, доведения до сведения получателя возможности отказаться от рассылки SMS-сообщений, а также содержит запрет на организацию СПАМ-рассылки и передачу SMS-сообщений, содержащих недобросовестную рекламу.

Исходя из вышеизложенного, ООО «Прогресс» использовало техническую базу ООО «СмартТелеком» для направления SMS-сообщения рекламного характера, не получив предварительного согласия абонента.

ООО «ИнфоБип», ООО «СмартТелеком», ООО «Прогресс» не предоставили доказательств наличия согласия абонента, котрому была направлено рассматриваемое SMS-сообщение, свидетельствовавших о действительном волеизъявлении данного абонента на получение рекламы посредством SMS-сообщений.

Согласно пункту 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

По смыслу указанной нормы рекламораспространителем выступает лицо, которое

совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Таким образом, распространение рекламы посредством SMS-сообщения на телефон гражданина осуществлялось в результате реализации цепи договорных отношений между ОАО «МТС», ООО «ИнфоБип», ООО «СмартТелеком» и ООО «Прогресс», что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламораспространителей.

В цепочке данных отношений ООО «СмартТелеком» осуществлял непосредственные действия по рассылке SMS-рекламы без согласия абонента, обеспечив доступ ООО «Прогресс», подключив програмнно-технический комплекс ООО «Прогресс» к своим программно-техническим средствам, а также передав SMS-сообщение в последующем на платформу ООО «ИнфоБип» для последующего направления SMS-сообщения по каналам подвижной электросвязи.

Следовательно, ООО «СмартТелеком» является непосредственным рекламораспространителем SMS-рекламы, и отсутствие в цепочке договорных отношений рекламораспространителя ООО «СмартТелеком» привело бы к невозможности доставки рассматриваемого смс-сообщения абоненту.

ООО «СмартТелеком» должно было знать требования законодательства о рекламе, а также меру ответственности за его нарушение. При этом, тот факт, что общество самостоятельно не формирует SMS-сообщение и не является инициатором его отправки, не опровергает тот факт, что ООО «СмартТелеком» является рекламораспространителем.

Этому выводу соответствует и пункт 3.2.3. договора об оказании услуг от 20.07.2012 № 20072012-099, заключенного между ООО «ИнфоБип» и ООО «СмартТелеком», которым установлена обязанность ООО «СмартТелеком» получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений в такой форме которая может быть предъявлена Оператору и не оставляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности Абонента на получение SMS с информацией Заказчика.

ООО «СмартТелеком», предоставляя доступ заказчикам к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставка SMS-сообщений было осведомлено относительно целей использования его услуг заказчиками, в том числе и ООО «Прогресс».

ООО «СмартТелеком» имело обязательство по получению согласия на SMS-рассылку от пользователей по договору с ООО «ИнфоБип», имело право требования такого согласия по договору о предоставлении услуг с ООО «Прогресс», но не предприняло никаких мер, направленных на соблюдение законодательства о рекламе.

Договор оказания услуг, заключенный между ООО «ИнфоБип» и ООО «СмартТелеком», устанавливающий ответственность ООО «СмартТелеком» за несоблюдение рекламного законодательства, а также договор, заключенный между ООО «Прогресс» и ООО «СмартТелеком», устанавливающий ответственность ООО «Прогресс» за несоблюдение законодательства о рекламе, являются обеспечительной мерой в рамках гражданско- правовых отношений между указанными лицами, а не административных, и не исключают обязанности

ООО «СмартТелеком» соблюдать рекламное законодательство, а также не отменяют ответственность за его несоблюдение.

Вместе с тем заключение договоров с Заказчиками не снимает с ООО «СмартТелеком» обязанности получить предварительное согласие абонента на рассылку смс-рекламы в его адрес.

Таким образом, ООО «СмартТелеком» используя программно-технические средства, в том числе программно-технические средства ООО «ИнфоБип», осуществило непосредственные действия по распространению SMS- рекламы, при этом не исполнило положения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», распространив на телефонный номер гражданина SMS-сообщение рекламного характера без предварительного согласия получателя.

Учитывая изложенное, ООО «СмартТелеком» является рекламораспространителем и обязано было получить согласие абонента на SMS-рассылку рекламы.

Следовательно, ООО «СмартТелеком» нарушило требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», несет рекламораспространитель.

Рекламораспространитель обязан соблюдать требования статьи 18 Федерального закона «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сети электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента.

Таким образом, ООО «СмартТелеком» является лицом, ответственным за нарушение законодательства о рекламе.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно части 1 статьи 3.1 КоАП РФ наказание является установленной государством мерой ответственности за совершения правонарушений и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самих, правонарушителем, так и другими лицами.

Согласно части 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность. При этом 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.

ООО «СмартТелеком» виновно в совершении административного правонарушения, так как оно имело возможность обеспечить соблюдение требований, предусмотренных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», но не приняло все зависящие от него меры по соблюдению вышеуказанных требований, в результате чего SMS-реклама распространялась в отсутствие согласия абонента.

Принимая во внимание обстоятельства распространения рекламы, Марийское УФАС России обоснованно и правомерно привлекло ООО «СмартТелеком» к административной ответственности в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Таким образом, вина в действиях ООО «СмартТелеком», установлена, доказательства наличия вины в действиях указанного лица подтверждаются основаниями, приведенными в постановлении от 06.02.2015 по делу № 03-12/11-2015 об административном правонарушении, а также сведениями и документами, имеющимися в материалах административного дела.

Марийским УФАС России в отношении ООО «СмартТелеком» составлен протокол об административном правонарушении, вынесено постановление о наложении штрафа в размере 100 000 рублей.

Заместитель руководителя ФАС России, руководствуясь статьями 14.3, 24.5, 29.7, пунктом 1 части 1 статьи 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

РЕШИЛ:

Постановление от от 06.02.2015 по делу № 03-12/11-2015 об административном правонарушении, вынесенное Марийским УФАС России, оставить без изменения, а жалобу ООО «СмартТелеком» без удовлетворения.

В соответствии с частью 1 статьи 30.3, частями 1, 3 статьи 30.9 КоАП решение может быть обжаловано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии решения. Жалоба на решение подаётся вышестоящему должностному лицу либо в суд в порядке, предусмотренном главой 30 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.