

РЕШЕНИЕ

по жалобе на постановление об административном правонарушении

дело № 4-14.3-201/00-08-15

«21» мая 2015 г.

г. Москва

Заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы Кашеваров А.Б., рассмотрев жалобу ООО «ИнфоБип» (адрес: ул. Ильинка, д. 4, г. Москва, 109012) на вынесенное Марийским УФАС России в отношении ООО «ИнфоБип» постановление от 06.02.2015 по делу № 03-12/12-2015 об административном правонарушении,

УСТАНОВИЛ:

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 «ИнфоБип» 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 смс-рекламы на телефонный номер гражданина без его предварительного согласия.

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

Исследовав материалы дела, ФАС России приходит к выводу, что Марийское УФАС России обоснованно вменило ООО «ИнфоБип» совершение правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

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

Как усматривается из материалов дела № 03-12/12-2015 об административном правонарушении, на абонентский номер <...> гражданина 12.02.2014 в 16:59 часов была направлена смс-реклама без предварительного согласия абонента следующего содержания: «VIP программа: от 3000р сауна, джакузи, кальян, шампанское, фрукты!2033915». Отправителем указан soblazn, sms-центр +7 916 689 03 90.

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 скидки, 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.

ООО «ИнфоБип» не представило доказательств наличия согласия конкретного абонента-физического лица на получение рекламной информации от каких бы то ни было лиц.

Материалами дела № 03-12/12-2015 установлено, что номер абонента <...> принадлежит номерной ёмкости ОАО «МТС», номер SMS-центра 916 689 03 90, с которого было отправлено SMS-сообщение — номерной емкости ОАО «МГТС».

ОАО «МТС» (письмом исх.№03-34/2472 от 08.04.2014) подтвердило то, что рассматриваемое смс-сообщение было направлено посредством sms-центра ОАО «МТС» и получено абонентом <...>. Сообщение было направлено с короткого номера 9848, который предоставлен в пользование ООО «ИнфоБип» по договору от 02.12.2013 № Р 130000043 оказания sms-услуг и который ООО «ИнфоБип» использует в качестве имени отправителя.

Из дополнительного соглашения №1 и приложения А к договору от 02.12.2013 №Р 130000043 следует, что подключение оборудования ООО «ИнфоБип» (заказчик) к SMS-центру ОАО «МТС» (исполнитель) осуществляется через сеть Интернет в следующем порядке: комплекс заказчика формирует одно или несколько коротких сообщений и обращается к оборудованию исполнителя с указанием номера мобильного абонента сети МТС, которому необходимо доставить сообщение. Оборудование исполнителя передает смс-сообщение адресату в течение 15 секунд с момента получения sms от оборудования заказчика.

В силу п.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 договора услуги заказчика не должны противоречить требованиям законодательства РФ.

Таким образом, при направлении sms-сообщения по сетям электросвязи ООО «ИнфоБип» обязано было в соблюдение требований законодательства о рекламе, договора с оператором ОАО «МТС» получить согласие абонента <...> для дальнейшей отправки SMS-сообщения через сеть ОАО «МТС».

ООО «ИнфоБип» осуществляет деятельность на основании лицензии на оказание телематических услуг связи №105618 от 04.12.2012 и имеет договорные отношения с ООО «СмартТелеком», которому оказывает услуги связи в соответствии с договором от 20.07.2012 №20072012-099. Указанным договором предусмотрено, что ООО «ИнфоБип» (исполнитель) предоставляет ООО «СмартТелеком» (заказчик) 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 договора от 20.07.2012 №20072012-099 ООО «СмартТелеком» обязано получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка смс, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена Оператору и не оставляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности Абонента на получение смс с информацией заказчика. Пунктом 9 Приложения №1 к указанному договору заказчик обязывался не использовать услугу для распространения ненужной получателю, не запрошенной информации, в частности запрещается массовая рассылка смс, рассылка множеству получателей, либо множественная рассылка одному получателю, а также запрещается рассылка информации получателям, высказавшим явное нежелание получать данную информацию.

Таким образом, ООО «ИнфоБип» предоставило ООО «СмартТелеком» программно-технические средства для направления вышеуказанного смс-сообщения.

Как усматривается из материалов дела, ООО «СмартТелеком» заключило с ООО «Прогресс» договор от 01.12.2013 № 13-12/10113-ММ, согласно которому оказывает последнему услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение по доставке SMS-сообщений. Данным договором установлена обязанность ООО «Прогресс» по получению согласия от получателей сообщения и доведения до их сведения возможности отказаться от смс-рассылки, а также установлен запрет на организацию СПАМ-рассылки и передачу смс-сообщений, содержащих недобросовестную рекламу.

ООО «Прогресс» использовало техническую базу ООО «СмартТелеком» для направления смс-сообщения рекламного характера абоненту <...>, не получив предварительного согласия абонента.

Представленная ООО «ИнфоБип» анкета обладателя клуба «Соблазн» содержала согласие на получение рекламы гражданином, не являющимся абонентом номера <...>, соответственно абонент номера <...> не давал согласие на смс-рассылку рекламы.

ООО «ИнфоБип», ООО «СмартТелеком», ООО «Прогресс» не предоставили доказательств наличия согласия абонента, которому была направлена рассматриваемое смс-сообщение, свидетельствовавших о действительном волеизъявлении данного абонента на получение рекламы посредством смс-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 рекламодателем 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 рекламодателей.

В цепочке данных отношений ООО «ИнфоБип» осуществлял непосредственные действия по рассылке SMS-рекламы без согласия абонента, обеспечив доступ ООО «СмартТелеком» к своим программно-техническим средствам для формирования и доставки смс-сообщений и подключив программно-технический комплекс ООО «СмартТелеком» к своему сервису, а также передав смс-сообщение в последующем на платформу SMS-центра ОАО «МТС».

ООО «ИнфоБип», используя программно-технические средства, в том числе программно-технические средства оператора связи ОАО «МТС», осуществило непосредственные действия по рассылке смс-рекламы на телефонный номер гражданина без согласия абонента, что не допускается частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Следовательно, ООО «ИнфоБип» является непосредственным рекламодателем смс-рекламы, обязано было получить согласие абонента на смс-рассылку рекламы, и отсутствие в цепочке договорных отношений рекламодателя ООО «ИнфоБип» привело бы к невозможности доставки рассматриваемого смс-сообщения абоненту.

Статьей 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность рекламодателей, рекламопроизводителей и рекламодателей за нарушение законодательства о рекламе.

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

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

Состав вмененного ООО «ИнфоБип» по основаниям части 1 статьи 14.3 КоАП РФ правонарушения образует нарушение рекламодателем предусмотренного частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» порядка распространения рекламы по сетям радиосвязи, а именно отсутствие у рекламодателя предварительного согласия конкретного гражданина на направление смс-рекламы в его адрес.

При этом закон возлагает на рекламодателя обязанность доказать, что предварительное согласие абонента или адресата на распространение рекламы по сетям электросвязи в его адрес было получено.

Таких доказательств ООО «Инфобип» не представило.

Как разъяснено в пункте 15 Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласно части 1 статьи 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.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, каждый из участников рекламной деятельности (рекламодатель, рекламодателем, рекламодателем) обязан предварительно получать согласие абонентов на распространение рекламы в их адрес, и такое согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя или рекламодателем.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во первых, относиться к конкретному рекламодателю или рекламодателем, во вторых, должно быть выражено явно.

ООО «Инфобип» не представило согласия гражданина на получение им смс-рекламы, следовательно, «Инфобип» нарушило требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Рекламодателем 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.

Состав административного правонарушения, предусмотренный ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, является формальным, и для квалификации действий по названной норме не требуется обязательного наступления неблагоприятных последствий.

Наступление общественно опасных последствий в виде причинения ущерба при совершении правонарушений с формальным составом не доказывается, возникновение этих последствий презимируется самим фактом совершения действий или бездействий.

Административные правонарушения, совершаемые в сфере рекламы, посягают на нарушение установленных законодательством о рекламе требований и предписаний, в связи с чем вред, причиненный этими правонарушениями, наносится общественным интересам, а не конкретным физическим и юридическим лицам.

Общественный вред выражается в пренебрежении установленными законодательством нормами, обязательными для исполнения всеми без исключения лицами.

ООО «ИнфоБип» 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 «ИнфоБип» является рекламодателем.

Этому выводу соответствует и пункт 3.3.7. договора об оказании SMS-услуг от 02.12.2013 № P150000043, заключенного между ОАО «МТС» и ООО «ИнфоБип», которым установлена обязанность ООО «ИнфоБип» осуществлять распространение рекламы только среди пользователей, давших обществу предварительное и надлежащее согласие на получение рекламы по сетям электросвязи.

Доводы общества о том, что оно не формирует SMS-сообщение и не является инициатором его отправки, не могут быть приняты, поскольку ООО «ИнфоБип» предоставило такую возможность ООО «СмартТелеком» и обеспечило прохождение рассматриваемого SMS-сообщения до абонента, следовательно, принимало непосредственное участие в его передаче, и не опровергает того, что ООО «ИнфоБип» является рекламодателем.

Напротив, ООО «ИнфоБип», заключив договор с ООО «СмартТелеком», наложил на последнего обязательство получения согласия абонента на SMS-рассылку, самоустранившись от выполнения своих обязательств, возникших как в силу договорных отношений с ОАО «МТС» так и в силу требований части 1 статьи 18 Федерального закона «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 «ИнфоБип» соблюдать рекламное законодательство, а также не отменяют ответственность за его несоблюдение.

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

ООО «ИнфоБип» не приняло мер для получения предварительного согласия абонента на распространение своей рекламы в его адрес, а также устранилось от соблюдения требований закона.

ООО «ИнфоБип» является лицом, осуществившим действия по распространению рекламы по сетям электросвязи без согласия абонента, что повлекло нарушение закона, соответственно является лицом, ответственным за нарушение законодательства о рекламе.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламодателем, 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 «ИнфоБип» 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 смс-реклама распространялась в отсутствие согласия абонента.

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

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

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

Порядок привлечения ООО «ИнфоБип» к административной ответственности не нарушен, наказание назначено в минимальном размере санкций части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

С учетом изложенного оспариваемое постановление Марийского УФАС России от 06.02.2015 по делу № 03-12/12-2015 об административном правонарушении является законным и обоснованным.

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