

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

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

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № 072/04/14.3-573/2022

об административном правонарушении

01.12.2022г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России) Полухин Дмитрий Александрович, рассмотрев материалы дела №072/04/14.3-573/2022, возбужденного в отношении ООО «СМС-Центр» (123112, г.Москва, наб.Пресненская, д.12, офис А35, ОГРН: 1117746756489, ИНН: 7724805644, КПП: 770301001, дата регистрации: 26.09.2011),

в отсутствии:

- законного представителя ООО «СМС-Центр», надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дел, заявившего ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие представителя ООО «СМС Центр» (вх.№9496-ЭП/22 от 30.11.2022г.), 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 от 08.11.2022 по делу №072/04/14.3-573/2022,

- в отсутствии потерпевшего – Малюгина Р.В., надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления и подписания протокола об административном правонарушении (о чем свидетельствует почтовое уведомление №80080678825910),

У С Т А Н О В И Л:

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе от 25.07.2022 г. по делу №072/05/18-9/2022 признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «Займ готов – Получите 25.100 руб. aael.ru/r_3au9n», распространенная 13.12.2021 в 22:10 с номера «arbitrhouse» смс-центр отправителя +79184330011, посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента +79138838623, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст.18, ч.1 ст.28 и ч.7 ст.5 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 от 10.06.2022 г. по делу №072/05/18-11/2022 признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «Ответ по заявке: Одобрено до 30 500р. zzz.ru/j_3au9n», распространенная 13.12.2021 в 22:30 с номера «zaem48.ru» смс-центр отправителя +7168960418, посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента +79138838623, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст.18, ч.1 ст.28 и ч.7 ст.5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе от 10.06.2022 г. по делу №072/05/18-12/2022 признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «VISA*2801 Зачисление 30 750р. Вывести aael.ru/1B_3au9n», распространенная 13.12.2021 в 22:50 с номера «joyzaim.ru» смс-центр отправителя +7168960418, посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента +79138838623, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст.18, ч.1 ст.28 и ч.7 ст.5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

08.11.2022г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ООО «СМС-Центр» был составлен протокол об административном правонарушении № №072/04/14.3-573/2022. При составлении протокола об административном правонарушении Малюгин Р.В. признан потерпевшей стороной по делу №023/04/14.3-573/2022.

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-Центр», без согласия абонента Малюгина Р.В. на принадлежащий ему абонентский номер 13.12.2021г. в 22:10 с номера «arbitrhouse» смс-центр отправителя +79184330011, направило смс-сообщение, следующего содержания: «Займ готов – Получите 25.100 руб. aael.ru/r_3au9n», в 22:30 с номера «zaem48.ru» смс-центр отправителя +7168960418 направило смс-сообщение следующего содержания: «Ответ по заявке: Одобрено до 30 500р. zzz.ru/j_3au9n», в 22:50 с номера «joyzaim.ru» смс-центр отправителя +7168960418 направило смс-сообщение следующего содержания: «VISA*2801 Зачисление 30750р. Вывести aael.ru/1B_3au9n».

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, 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 зависимости 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.

Распространение указанного смс-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ряда хозяйствующих субъектов на основании заключенных гражданско-правовых договоров.

Пунктом 2 Договора № 438642/МТС от 01.11.2019 заключенного между ПАО «МТС» (Исполнитель) и ООО «СМС-Центр» (Заказчик), Исполнитель оказывает Заказчику

рассылки услугу смс-рассылки в соответствии с требованиями настоящего Соглашения. Фактом оказания услуги смс-рассылки является поступление смс-сообщений Заказчика рассылки на смс-центр Оператора.

Согласно п. 3.3.5. Договора, Заказчик рассылки до начала оказания своей Услуги обязан получить от Пользователей предварительное согласие на получение sms-сообщений путем регистрации Пользователя в информационных системах Заказчика рассылки или иным законным способом по усмотрению Заказчика рассылки.

Согласно пункту 2 Договора оказания услуг №297647 от 07.06.2017г., заключенного между ООО «СМС-центр» (Исполнитель) и ООО «Инновационные технологии» (Заказчик), Исполнитель предоставляет заказчику Услуги доступа к Сервису smsc.ru для самостоятельной отправки Сообщений из Личного кабинета. При пользовании Услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров Абонентов для рассылки Сообщений, определяет содержание Сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку Сообщений Абонентам.

Согласно п. 3.2.3. Договора, Заказчик обязан получить от Абонента или адресата согласие на получение Сообщений, выраженного посредством совершения действий, однозначно идентифицируемых этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение Сообщений, в форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

Согласно пункту 2 Договора № ИН-014/01/19 от 01.05.2019 г., заключенного между ООО «Инновационные технологии» (Исполнитель), а ИП Ермак (Васильевой) (Заказчиком), Исполнитель берет на себя обязательства по оказанию услуги по предоставлению Заказчику через Личный кабинет доступа к КПИ для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы Заказчика либо Клиента Заказчика, формируемых и отправляемых Заказчиком, для дальнейшей отправки смс-сообщений Заказчика Абонентам.

Согласно пункту 2 договора о предоставлении услуг № В-002/21 от 11.02.2021г. где ИП Ермак Е.Ю. (Васильева) (Исполнитель) предоставляет за плату ИП Касий Е.М. (Заказчик) услуги доступа к Сервису через Личный кабинет для самостоятельного осуществления Заказчиком отправок созданных, сформированных и изготовленных Заказчиком sms-сообщения на мобильные терминалы Абонентов через Оператора. Заказчик самостоятельно определяет содержание Сообщений, формирует их текст и определяет список Абонентов/Адресатов и их абонентских телефонных номеров/адресов эл. почты. Исполнитель не редактирует и не составляет Сообщения, не предоставляет номера Абонентов.

Согласно п. 3.2.3. Договора, Заказчик обязан обеспечить получение от Абонента, которому планируется отправка сообщений, согласия на получение таких сообщений в такой форме, которая будет являться надлежащей и достаточной для Оператора и государственных органов, для подтверждения наличия согласия Абонента на получение сообщений.

Таким образом, установлен круг лиц, непосредственно принимавших участие в

последовательной передаче рекламного сообщения заявителю, среди которых и ООО «СМС Центр».

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон 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 разъяснениям ФАС России, изложенных в письмах от 05.12.2014 N АК/49919/14 «О применении новых положений Закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок» и от 25.09.2017 N АК/65823/17 «О распространении рекламы по сетям электросвязи посредством SMS-рассылки», 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.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые 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 (то есть, например, с использованием "коротких" или "буквенных" номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

Статья 44.1 Федерального 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 Федерального закона "О связи".

В соответствии с частью 1 статьи 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 частью 2 статьи 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.

Согласно статье 3 Федерального закона "О рекламе" рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, в случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с "коротких" и "буквенных" номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, признается рекламодателем.

Согласно пунктам 1.2 и 2.1. Договора №438642/МТС от 01.11.2019г. оператор связи ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки ООО «СМС-Центр» услугу по передаче коротких текстовых сообщений от заказчика рассылки пользователям.

Договор был заключен в целях предоставления Заказчиком рассылки Пользователям, которые одновременно являются абонентами ПАО «МТС», справочно-информационных услуг.

Согласно п.3.3.5 Договора заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями sms-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах заказчика рассылки.

Из анализа указанного договора и законодательства Российской Федерации следует, что ООО «СМС-Центр» участвовало в передаче рассматриваемого SMS-сообщения рекламного характера, а следовательно, является рекламодателем и обязано при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки.

Согласно письменным пояснениям, представленным ООО «СМС-Центр», сообщение на абонентский номер +79138838623 было передано Заказчиком рассылки ООО «Инновационные технологии» в рамках договора оказания услуг №297647 от 07.06.2017г. (далее – Договор), заключенного между ООО «СМС-центр» (Исполнитель) и ООО «Инновационные технологии» (Заказчик).

Согласно п. 2. Договора, Исполнитель предоставляет заказчику Услуги доступа к Сервису smsc.ru для самостоятельной отправки Сообщений из Личного кабинета. При пользовании Услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров Абонентов для рассылки Сообщений, определяет содержание Сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку Сообщений Абонентам.

Согласно п. 3.2.3. Договора, Заказчик обязан получить от Абонента или адресата согласие на получение Сообщений, выраженного посредством совершения действий, однозначно идентифицируемых этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение Сообщений, в форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

Согласно п. 3.2.5. Договора, Заказчик обязан не использовать подключение к Сервису для рассылки СПАМА.

Согласно п. 3.3.1 Договора, Исполнитель вправе, блокировать Личный кабинет Заказчика при рассылке последним Сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5.

Таким образом, ООО «Инновационные технологии» несет персональную ответственность перед ООО «СМС-центр» и должно размещать рассылку только среди Абонентов, которые выразили свое согласие на получение рекламы.

Вместе с тем, при заключении Договора №438642/МТС от 01.11.2019г. ООО «СМС Центр» обязалось перед ПАО «МТС» (п.3.3.5 Договора) до начала оказания услуги рассылки получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями sms-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах заказчика рассылки.

Наложение ООО «СМС-Центр» обязанности в получении надлежащим образом оформленных согласий Абонента на ООО «Инновационные технологии», согласно Договору №297647 от 07.06.2017г., заключенному между ООО «СМС-Центр» и ООО «Инновационные технологии», не снимает с самого Общества обязанности исполнения договорных обязательств перед ПАО «МТС» в части получения указанного согласия абонента. Таким образом, ООО «СМС Центр» обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Договора №438642/МТС от 01.11.2019г. обязательствах перед ПАО «МТС». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента Малюгина Р.В. на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ООО «СМС Центр» не представлено.

Согласно ст.309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии

таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Согласно части 3 статьи 401 «Гражданского кодекса Российской Федерации» (часть первая) если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств.

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

Кроме того, отсутствие ООО «СМС Центр» в цепочке рекламораспространителей привело бы к невозможности формирования сообщения доставки смс-сообщения абоненту.

Довод о том, что Общество не формировало SMS-сообщение и не являлось инициатором его отправки, не имеет правового значения для определения его статуса в качестве рекламораспространителя, поскольку законодательно установленное определение рекламораспространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Однако, по смыслу приведенной нормы права 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.

С учетом конкретных обстоятельств дела, исходя из положений Федерального закона "О рекламе" и существующих договорных обязательств, ООО «СМС Центр» является рекламораспространителем указанного выше sms-сообщения, поскольку именно действиями Общества осуществлялось непосредственное доведение sms-сообщений до конечных получателей.

Таким образом, ООО «СМС Центр» также является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи sms-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях такого звена, как ООО «СМС Центр», сделает распространение указанных сообщений невозможным. Желание Общества получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче sms-сообщений и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительно злоупотребление правом.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению sms-сообщений до их конечных получателей осуществлены, в том числе ООО «СМС Центр», а также то, что оно было осведомлено относительно целей оказания им соответствующих услуг по смс-

рассылке, ООО «СМС Центр» является рекламораспространителем применительно к п. 7 ст. 3 Закона о рекламе.

ИП Касий Е.М. в материалы дела предоставила доказательства получения согласия Пользователя - Малугина Романа Владиславовича, (тел. 79138838623) в виде заполненной формы на сайте.

Учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам, следует руководствоваться более жесткими требованиями и в каждом конкретном случае учитывать именно наличие прямого согласия абонента на получение рекламы.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Следовательно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно сначала получить такое согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.

Пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", установлено, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Сам факт направления заявки путем заполнения стандартной формы не подтверждает согласия на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление пользователя исключительно на получение услуг, связанных с получением займа, при этом согласие на получение рекламы и порядок направления заявки на сайте вынуждают его (осознанно либо неосознанно) согласиться на получение рекламных уведомлений в целях получения желаемых услуг.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Нахождение подачи заявки на получение займа в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по подаче рассматриваемой заявки как дачу им своего согласия на получение рекламной информации, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие будет действовать до тех пор, пока абонент не обратит внимание на не имеющее отношения к подаче заявки на предоставление займа, условие.

Данное обстоятельство не позволяет признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления.

Добровольность волеизъявления означает, что лицо действительно без каких-либо вынуждающих условий, желает и выражает свое согласие на получение рекламы, даже при наличии одновременной возможности отказаться.

Таким образом, при подаче заявки на получение услуг на рассматриваемых сайтах у пользователя отсутствует возможность добровольного выбора, согласиться на получение рекламы или отказаться.

Добровольность волеизъявления означает, что лицо действительно без каких-либо вынуждающих условий, желает и выражает свое согласие на получение рекламы, даже при наличии одновременной возможности отказаться.

Распространение рекламы в данном случае не должно нарушать права абонента на добровольное получение информации, а также создавать неудобства, связанные с поиском возможности отказаться от получения навязанной вопреки воле рекламы и совершением каких-либо дополнительных действий для отказа.

Таким образом, в рассматриваемых случаях у ООО «СМС Центр» отсутствуют надлежащим образом выраженное согласие абонента Малюгина Р.В. 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.

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 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.

Между тем, Малюгин Р.В. своего согласия на получение упомянутого ранее сообщения не давал.

Доказательств наличия такого согласия никем из участвующих в деле лиц представлено не было.

Исходя из положений, заключенных обществом гражданско-правовых договоров, у ООО «СМС Центр» имелась возможность предварительного выяснения у лица, передающего сообщения, наличие согласия абонента на получение рекламы, однако, им не были предприняты достаточные меры для соблюдения требований действующего законодательства, в связи с чем, ООО «СМС Центр» признается виновным в совершении вмененных ему правонарушений (ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ).

Ненадлежащее отношение к своим публично-правовым обязанностям в части проверки согласия абонента на получение рекламных сообщений влечет для рекламораспространителя наступление неблагоприятных последствий в виде привлечения к административной ответственности. Такое отношение рекламораспространителя к своим обязанностям является предпринимательским риском в силу ч. 1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации. В рассматриваемом случае общество предпочло направить sms-сообщение и привлечь внимание к рекламируемому товару, не проверив надлежащим образом наличие согласия абонента на получение сообщения рекламного характера. 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.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса,

– влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Объектом правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ, являются общественные отношения в области рекламы, а также регламентированный порядок осуществления предпринимательской деятельности.

Объективную сторону состава административного правонарушения образует распространение рекламы с нарушением требований законодательства о рекламе, а именно части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Правонарушение, предусмотренное ч.1 ст.14.3 КоАП РФ, представляет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям пренебрежительным отношением лица к исполнению своих публично-правовых обязанностей, к требованиям, предусмотренным Законом о рекламе, что посягает на установленный порядок в области распространения рекламы.

Ч.1 ст.14.3 КоАП РФ предусматривает наступление административной ответственности вне зависимости от наличия/отсутствия отрицательных последствий распространения ненадлежащей рекламы.

Субъектом административного правонарушения по делу №072/04/14.3-573/2022 выступает – ООО «СМС-Центр» (123112, г.Москва, наб.Пресненская, д.12, офис А35, ОГРН: 1117746756489, ИНН: 7724805644, КПП: 770301001, дата регистрации: 26.09.2011).

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

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дела – 13.12.2021г.

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.

Поскольку субъективная сторона правонарушения характеризуется формой вины, а Кодекс об административных правонарушениях (ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ) формы вины юридических лиц не выделяет, административный орган учитывает, что у заявителя имелась возможность соблюдения требований закона, но им не были предприняты все зависящие от него меры по его соблюдению.

Антимонопольным органом установлено, что ООО «СМС-Центр» 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.

Вина ООО «СМС-Центр» состоит в том, что оно не выполнило установленных Законом о рекламе требований и не предприняло всех зависящих от него мер по их соблюдению.

Дело об административном правонарушении №072/04/14.3-573/2022 в соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера, совершенного ООО «СМС-Центр» правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Совершенное ООО «СМС-Центр» 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 обладающих специальными познаниями.

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 презюмируется 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 «СМС-Центр» должно было знать требования законодательства о рекламе, а также меру ответственности за его нарушение.

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

Согласно статье 4.6 КоАП РФ 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.

ООО «СМС-Центр» в 2021 году уже привлекалось к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе.

Постановлением Марийского УФАС России от 30.12.2020г. №012/04/14.3-890/2020 к ООО «СМС-Центр» применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 105 000 рублей. Данное постановление вступило в силу 15.01.2021г. Штраф оплачен 07.05.2021г.

Постановлением Марийского УФАС России от 21.07.2021г. №012/04/14.3-527/2021 к ООО «СМС-Центр» применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 125 000 рублей. Данное постановление вступило в силу 07.12.2021г. Штраф оплачен 19.10.2021г.

Постановлением Московского УФАС России от 22.07.2021г. №077/04/14.3-10523/2021 к ООО «СМС-Центр» применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 200 000 рублей. Штраф оплачен 12.01.2022г.

Постановлением Московского УФАС России от 10.08.2021г. №077/04/14.3-11314/2021 к ООО «СМС-Центр» применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 200 000 рублей. Штраф оплачен 19.01.2022г.

Рассматриваемое в настоящем деле правонарушение совершено обществом 13.12.2021 г., то есть как раз в период, когда оно считалось подвергнутым наказанию за совершение однородного правонарушения.

Поскольку общество уже совершило административное правонарушение, за которое привлечено к ответственности, рассматриваемое в настоящем деле правонарушение не является впервые совершенным обществом.

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,

ПО С Т А Н О В И Л:

1. Применить к ООО «СМС-Центр» (123112, г.Москва, наб.Пресненская, д.12, офис А35, ОГРН: 1117746756489, ИНН: 7724805644, КПП: 770301001, дата регистрации: 26.09.2011), меру ответственности в виде административного штрафа в размере **150 000 (сто пятьдесят тысяч)** рублей за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3. КоАП РФ.

2. Сумму штрафа надлежит уплатить по следующим реквизитам:

Получатель платежа: Управление Федерального казначейства по Тюменской области (Тюменское УФАС России)

Наименование банка: Отделение Тюмень Банка России/УФК по Тюменской области г. Тюмень

ЕКС (номер банковского счета): 40102810945370000060

Номер казначейского счета: 031006430000000016700

БИК: 017102101

ИНН: 7202081799

КПП: 720301001

ОКТМО: 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 01141 01 0003 140

УИН: 16100500000001549897

Назначение платежа: «Нарушение ч.1 ст.14.3 КоАП РФ».

Согласно статьи 32.2 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.

В соответствии с ч.1.3. ст. 32.2 КоАП РФ, при уплате административного штрафа лицом, привлеченным к административной ответственности за совершение

административного правонарушения, предусмотренного главой 12 настоящего Кодекса, за исключением административных правонарушений, предусмотренных частью 1.1 статьи 12.1, частями 2 и 4 статьи 12.7, статьей 12.8, частями 6 и 7 статьи 12.9, статьей 12.10, частью 3 статьи 12.12, частью 5 статьи 12.15, частью 3.1 статьи 12.16, статьями 12.24, 12.26, частью 3 статьи 12.27 настоящего Кодекса, не позднее двадцати дней со дня вынесения постановления о наложении административного штрафа административный штраф может быть уплачен в размере половины суммы наложенного административного штрафа.

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 РФ, 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.

Приложение: платежное поручение на оплату штрафа – на 1 л. в 1 экз.

Заместитель

руководителя управления Д.А. Полухин