

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу № 106-14.3ч.1/17 об административном правонарушении

04 декабря 2017 года г. Челябинск

Я, руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области, <...>, рассмотрев материалы административного дела № 106-14.3ч.1/2017, возбужденного в отношении генерального директора общества с ограниченной ответственностью «Т Медиа» (далее – ООО «Т Медиа») <...>

(далее – <...>), по факту распространения рекламы путем рассылки СМС-сообщений от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-04 без предварительного согласия абонента с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, в присутствии <...>, являющейся представителем <...>, извещенного о месте и времени рассмотрения дела № 106-14.3ч.1/17 об административном правонарушении и заявившего ходатайство о рассмотрении дела в день составления протокола, а именно 04.12.2017 года, в присутствии специалиста-эксперта отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России <...>, исследовав материалы дела,

УСТАНОВИЛА:

В Челябинское УФАС России обратилось физическое лицо с заявлением по факту поступления 09 декабря 2016 года в 15:11 на телефонный номер <...> -912-***-28 смс-сообщения с рекламой: «Сюрприз для 7912****28 Ваш номер выбран для получения приглашения! На кону более 5 000 000 рублей! Отправьте ДА! Или любое sms на 2016 СЕЙЧАС! 12 р./день. Инфо smsluck.ru и по тел. 2016 (беспл.)» от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-04 без предварительного согласия абонента. Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, телефонный номер <...> -904-***-04 входит в ресурс нумерации оператора связи ООО «Т2 Мобайл». На запрос Челябинского УФАС России от ООО «Т2 Мобайл» поступили письменные пояснения, согласно которым по результатам проверки установлено, что 09.12.2016 в 13:11 (GMT +3 Московское время) поступило входящее смс-сообщения абоненту +7912****28 от отправителя «2016».

09.12.2016 в 13:11 (GMT +3 Московское время) рассылку смс-сообщения абоненту +7912****28 от отправителя «2016» через смс-центр ООО «Т2 Мобайл» осуществляла компания ООО «Т МЕДИА», с которой заключен Договор № 399 CONTENT от 15.09.2016 г. (далее по тексту – «Договор»).

Общество сообщает, что абонент-заявитель +7912****28 не обращался в адрес ООО «Т2 Мобайл» с заявлениями о прекращении поступления смс-сообщений от отправителя «2016» на его абонентский номер.

От ООО «Т Медиа» поступили письменные пояснения (вх. № 8075 от 26.06.2017), согласно которым ООО «Т МЕДИА» являлось организатором викторины «Поймай Миллион!», проводимой в зоне обслуживания сети связи Tele2 среди абонентов Tele2, т.е. лиц, заключивших договор об оказании услуг связи (далее по тексту – «Договор») с любым юридическим лицом, осуществляющим оказание услуг связи под товарным знаком «Tele2».

ООО «Т МЕДИА» имело договорные отношения с ООО «Т2 Мобайл» на основании договора № 399 CONTENT от 15.09.2016 года (далее «Договор»), в рамках которого ООО «Т МЕДИА» выступало в роли Исполнителя услуги по Организации викторины «Поймай Миллион!» для Заказчика данной викторины ООО «Т2 Мобайл».

При исполнении Договора, а именно п. 6.2 Договора в части соответствия контента требованиям Федерального закона от 13.02.2006 № 38-ФЗ «О Рекламе» (далее – Закон о рекламе), а именно наличия согласия от абонентов Оператора ООО «Т МЕДИА» исходило из того, что так как список Абонентов, на телефонные номера которых осуществлялась рассылка, предоставлялся Оператором. Последний, как добросовестный и законопослушный партнер, обладал всеми необходимыми правами для предоставления такого списка Абонентов ООО «Т МЕДИА» и, как следствие, осуществления рассылки на данную абонентскую базу, что не могло привести к нарушению Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 3.2.12 Договора Исполнитель (ООО «Т МЕДИА») обязан: «Осуществлять рассылку сообщений, содержащих информацию об УСЛУГАХ, исключительно в отношении тех АБОНЕНТОВ, международные номера мобильных абонентов которых предоставлены ИСПОЛНИТЕЛЮ ЗАКАЗЧИКОМ...».

Так как ООО «Т МЕДИА» организовало викторину для Абонентов Оператора, через технологический SMS-центр, в отношении абонентской базы, предоставленной Заказчиком, используя тексты рассылки, согласованные ООО «Т2 Мобайл», то по своей сути ООО «Т МЕДИА» является лишь исполнителем требований Общества и не может быть признано рекламодателем в понимании Федерального закона «О рекламе», а взаимоотношения с Абонентами в части согласия на получение рекламной информации ложатся на ООО «Т2 Мобайл».

На основании изложенного ООО «Т Медиа» считает, что Общество не могло нарушить и не нарушал п. 1 ст. 18 ФЗ «О Рекламе».

Также Общество сообщает, что с 05.01.2017 г. услуги по договору № 399 CONTENT от 15.09.2016 года не оказываются, а договорные отношения между ООО «Т МЕДИА» и ООО «Т2 Мобайл» соглашением от 05.01.2017 г. прекращены.

При исполнении Договора, а именно п. 6.2 Договора в части соответствия контента требованиям Закона о рекламе, а именно наличия согласия от абонентов Оператора ООО «Т МЕДИА» исходило из того, что так как список Абонентов, на телефонные номера которых осуществлялась рассылка, предоставлялся Оператором, последний должен был обладать всеми необходимыми разрешениями от Абонентов на осуществление рассылки, что, как следствие, не могло привести к нарушению Федерального закона от 13.02.2006 № 38-ФЗ «О Рекламе». Также ООО «Т Медиа» обращает внимание, что иных претензий к качеству и содержанию рассылок, либо иных нарушений законодательства в действиях Общества не усматривается.

В тексте смс-сообщения содержится ссылка на Интернет-ресурс smsluck.ru.

По сведениям, размещенным на официальном сайте АНО «Координационный центр национального домена сети Интернет» www.cctld.ru, регистратором доменного имени smsluck.ru является ООО «Регистратор доменных имен REG.RU».

В ответ на запрос от «31» мая 2017 г. исх. 6250/08 ООО «Регистратор доменных имен REG.RU» сообщает следующее: администратором доменного имени smsluck.ru в соответствии с регистрационными данными является Общество с ограниченной ответственностью «СитиСервис», ИНН: 7842483577, адрес: 194021, Санкт-Петербург, ул. Новороссийская 28 к. 2, пом 6Н, телефон: +7 921****38, e-mail: d.ukrainkiy@cityservices.ru.

В ответ на запрос Челябинского УФАС России о предоставлении информации № 8478/08 от 17.07.2017 года ООО «СитиСервис» подтверждает информацию, предоставленную ООО «Регистратором доменных имен REG.RU», касательно того, что ООО «СитиСервис» является администратором доменного имени www.smsluck.ru, кроме того дополнительно сообщают, ООО «СитиСервис» передало доменное имя www.smsluck.ru во временное пользование своему партнеру ООО «Арбуст» начиная с «01» сентября 2016 года и по сей день.

Основываясь на предоставленной информации ООО «СитиСервис» считает, что Общество не имеет отношения к отправке сообщений

на указанный в запросе телефонный номер.

Заявителю на его телефонный номер <...> декабря 2016 года поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без его предварительного согласия.

Согласно статье 3 Федерального закона «О рекламе» под рекламой понимается 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.

Информация, поступившая 09 декабря 2016 года заявителю на его телефонный номер <...> в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к конкретному мероприятию, проводимому ООО «Т Медиа» (викторина «Поймай Миллион»).

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закон от 07.07.2003 N 126-ФЗ (ред. от 07.06.2017) «О связи», это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального 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, не докажет, что такое согласие было получено.

Материалами дела установлено, что рекламораспространителем СМС-сообщения с рекламой: «Сюрприз для 7912****28 Ваш номер выбран для получения приглашения! На кону более 5 000 000 рублей! Отправьте ДА! Или любое sms на 2016 СЕЙЧАС! 12 р./день. Инфо smsluck.ru и по тел. 2016 (беспл.)», от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 является ООО «Т Медиа», что подтверждается договором № 399 CONTENT от 15.09.2016 г., заключенным между ООО «Т2 Мобайл» и ООО «Т Медиа».

Согласие абонента на получение смс-сообщений рекламного характера от ООО «Т Медиа» при рассмотрении дела не представлено и антимонопольным органом не получено. В материалах отсутствуют документы, свидетельствующие о получении ООО «Т Медиа» предварительного согласия абонента +7-912-***-**-28 на распространение ему рекламы по сетям электросвязи.

Довод ООО «Т Медиа» о том, что предварительное согласие абонента должно быть получено ООО «Т2 Мобайл» Комиссией не принят во внимание, поскольку из анализа договора № 399 CONTENT от 15.09.2016 г. следует, что пунктом 3.2.12 Договора предусмотрена обязанность ООО «Т Медиа» осуществлять рассылку смс-сообщений исключительно в отношении абонентов, номера телефонов которых предоставлены ООО «Т Медиа». При этом обязанность получения ООО «Т2 Мобайл» согласия абонентов на осуществление рассылки, исходящей от ООО «Т Медиа», указанным пунктом договора не предусмотрена.

Также в соответствии с пунктом 6.2 Договора предусмотрена ответственность ООО «Т Медиа» за соответствие контента и порядка его распространения требованиям действующего законодательства, в том числе статье 18 Закона о рекламе.

Контент – это информационно-развлекательная услуга, предоставляемая Абоненту Исполнителем по его запросу через Сервисы Заказчика (пункт 1.34 Договора).

Таким образом, обязанность по получению предварительного согласия абонента на рассылку смс-сообщений с рекламой возложена на ООО «Т Медиа», что следует из договора № 399 CONTENT от 15.09.2016 года.

Пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 данного Закона несет рекламораспространитель.

Часть 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» устанавливает, что рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем является ООО «Т Медиа» на основании договора № 399 CONTENT от 15.09.2016 года.

От ООО «Т Медиа» поступили письменные сведения о должностном лице, ответственном за направление смс-сообщений с рекламой – генеральный директор ООО «Т Медиа» <...>.

Распространение ненадлежащей рекламы также установлено решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 06 сентября 2017 года.

Частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-5 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 пятьсот рублей; должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста до пятидесяти тысяч рублей.

Статья 1.5. КоАП РФ устанавливает, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Согласно части 3 статьи 2.1 КоАП РФ назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

Материалами дела установлено, что <...> в отсутствие объективно непреодолимых препятствий, имел реальную возможность не распространять рекламу путем рассылки СМС-сообщений от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», однако им не были приняты соответствующие меры, что доказывает факт наличия у <...> вины в совершении вменяемого ему нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Вина <...> выразилась в ненадлежащем исполнении обязанности по соблюдению требований рекламного законодательства при распространении рекламы путем рассылки СМС-сообщения от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента, в результате чего были нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Срок давности привлечения к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, составляет один год со дня совершения административного правонарушения (часть 1 статьи 4.5 КоАП РФ).

Согласно правовой позиции, изложенной в пункте 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 8.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» рассматривая дела о привлечении лиц к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе, суды должны учитывать, что срок давности привлечения к административной ответственности начинается течь с момента совершения такого правонарушения, а не с момента принятия антимонопольным органом решения о нарушении законодательства о рекламе.

09 декабря 2016 года поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под обозначением «2016» через SMS-центр +7-904-***-**-04 без предварительного согласия абонента.

Таким образом, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ годичный срок давности для привлечения <...> к административной ответственности в связи с распространением рассматриваемой рекламы истекает 09 декабря 2017 года в связи с чем привлечение

<...> к административной ответственности осуществляется в пределах срока давности.

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих <...> надлежащему соблюдению требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», Челябинским УФАС России не выявлено.

У <...> отсутствовали препятствия и имелась возможность для соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно – для соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». Однако <...> не принял необходимых и достаточных мер по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе.

При таких обстоятельствах <...> признается виновным в совершении административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обстоятельств, исключающих вину <...> в совершении данного административного правонарушения, а также обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении при совершении данного административного правонарушения, не установлено.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность, предусмотренных статьей 4.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не установлено.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, предусмотренных статьей 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не установлено.

Федеральным законом от 03.07.2016 N 316-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» статья 4.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях дополнена статьей 4.1.1, устанавливающей, что являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

В соответствии со статьей 2 указанного закона данные изменения вступают в силу со дня официального опубликования (опубликовано на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 04.07.2016).

Согласно выписке из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства ООО «Т Медиа» является субъектом малого предпринимательства (малое предприятие).

В силу части 2 статьи 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

<...> впервые совершил нарушение рекламного законодательства, материалы, свидетельствующие о причинении имущественного ущерба либо вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, отсутствуют.

С учетом изложенного, при наличии обстоятельств, установленных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса административное наказание <...> в виде административного штрафа, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях подлежит замене на предупреждение.

С учетом положений ч. 1 ст. 3.1 КоАП РФ, закрепившей цели административного наказания, предупреждение является официальным предостережением юридического лица от возможности совершения им противоправного действия.

Применение предупреждения влечет для нарушителя соответствующие правовые последствия. Лицо, которому назначено предупреждение, считается подвергнутым данному наказанию в течение одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении предупреждения. Если в течение года такое лицо совершит новое административное правонарушение, то к нему может быть применено более строгое административное наказание.

Руководствуясь статьями 4.1.1., 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать генерального директора общества с ограниченной ответственностью «Т Медиа» (далее – ООО «Т Медиа») <...>

виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. В соответствии со статьей 4.1.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях объявить <...> официальное порицание в форме предупреждения за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Частью 3 статьи 30.1. и частью 1 статьи 30.3. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в Арбитражный суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

Постановление объявлено 04 декабря 2017 года в присутствии <...>, являющейся представителем <...>