РЕШЕНИЕ

по жалобе на постановление об административном правонарушении

дело № 4-14.3-33/00-08-15

«02» марта 2015 г.

г. Москва

Заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы
А.Б. Кашеваров, рассмотрев жалобу ООО «СофтПрофи» (юридический адрес:
ул. Достоевского, 139/1, оф. 3, г. Уфа, 450005) на вынесенное Марийское УФАС
России постановление по делу № 03-12/2013-2014 от 26.11.2014 об
административном правонарушении о наложении штрафа, а также материалы
данного дела,

УСТАНОВИЛ:

Жалоба рассматривается в отсутствие представителей ООО «СофтПрофи» и в
отсутствии представителей Марийского УФАС России.

На основании части 1 статьи 14.3 Кодекса об административных правонарушениях
(далее – КоАП РФ) на ООО «СофтПрофи» 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 26.11.2014 по делу №
03-12/2013-2014 об административном правонарушении ООО «СофтПрофи» 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 «СофтПрофи» совершение
правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 18 Федерального закона «О
рекламе».

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

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).

Общество не представило доказательств наличия согласия конкретного абонента-

физического лица на получение рекламной информации от каких бы то ни было лиц.

Из материалов дела следует, что ООО «СофтПрофи», являясь крупным sms-агрегатором, предоставляет различным компаниям техническую возможность рассылки sms-сообщений через свой программно-аппаратный комплекс. Оборудование sms-центра +79023708397 ООО «СофтПрофи», через который осуществлялась отправка sms-сообщения, подключено к оборудованию оператора связи ОАО «СМАРТС».

В соответствии с договором №10-01-196 от 12.11.2012 ОАО «СМАРТС» оказывает ООО «СофтПрофи» услуги по передаче и маршрутизации sms-сообщений с помощью телематических каналов связи (по smrrp-протоколу). В соответствии с данным договором информационную рассылку осуществляет ООО «Софт Профи» (заказчик) с помощью своего программного комплекса по собственной абонентской базе.

В рамках указанного договора ОАО «СМАРТС» обеспечивает круглосуточное функционирование своего комплекса для получения sms-сообщений через комплекс ООО «Софт Профи». При этом под комплексом понимается совокупность аппаратно- программных средств, установленных и действующих на территории ООО «СофтПрофи» и ОАО «СМАРТС», и используемых для выполнения условий договора № 10-01-196 от 12.11.2012 (пункт 1.2 договора № 10-01 -196 от 12.11.2012).

На основании пункта 3.2.2 договора ООО «Софт Профи» обязано не использовать свой комплекс и комплекс ОАО «СМАРТС» (исполнитель) для передачи СПАМа (незапрошенное получателем сообщение рекламного характера). ООО «СофтПрофи» также обязано осуществлять рассылку sms-сообщений адресатам, которые дали согласие на получение информационных sms-сообщений. Ответственность, предусмотренную законодательством за ненадлежащее и незаконное распространение sms-сообщений и их содержание в полном объеме несет заказчик в соответствии с пунктом 5.4 договора №10-01-196 от 12.11.2012.

Согласно информации, представленной ООО «Софт Профи», по договору возмездного оказания услуг №ДУ 160812/62 от 16.08.2014 sms сообщение поступило гражданину через ООО «Такстелеком».

Согласно пункту 1.1 указанного договора №ДУ 160812/62 от 16.08.2014 ООО «Софт Профи» (исполнитель) предоставляет ООО «Такстелком» (заказчик) услуги по предоставлению доступа к программному приложению, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке коротких и длинных sms-сообщений по сети оператора. Доступ к программному приложению предоставляется через web-кабинет и через стандартные протоколы передачи информации в сети интернет (такие как SMPP, HTTP и другие).

ООО «Такстелком» было зарегистрировано в системе ООО «Софт Профи» под идентификатором (CustomerID) 209, вход был осуществлен под идентификатором пользователя (LoginID) maxkur:327, доказательством чего является регистрационная карта ООО «Такстелеком», предоставленная ООО «Софт Профи», а также детализация (выписка из системы), подтверждающая тот факт, что данное sms- сообщение было направлено в указанное время на абонентский номер <...> 927 871 97 09 гражданина.

Согласно пункту 8 Правил предоставления услуг по договору №ДУ 160812/62 от 16.08.2014 ООО «Такстелком» обязалось использовать услугу в соответствии с нормами законодательства Российской Федерации (о рекламе, о персональных данных и других правовых актов) и осуществлять рассылку только адресатам, давшим своё согласие на её получение, которое в случае необходимости может быть предъявлено в качестве безоговорочного доказательства по первому письменному требованию в трехдневный срок.

Согласно информации, представленной ООО «Такстелеком», по договору на телематические услуги №СМС-121212 от 12.12.2012 смс сообщение поступило гражданину через ООО «Единая диспетчерская служба».

Согласно пункту 1.1 данного договора №СМС-121212 от 12.12.2012 ООО «Такстелеком» (исполнитель) предоставляет за плату ООО «Единая диспетчерская служба» (заказчик) услуги по передаче данных посредством рассылки sms-сообщений.

Согласно пункту 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодателем 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 смс-сообщения на телефон гражданина осуществлялось в результате реализации цепи договорных отношений между ОАО «СМАРТС» и ООО «СофтПрофи», ООО «Такстелеком» и ООО «Единая диспетчерская служба», что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламодателей.

В цепочке данных отношений ООО «Софт Профи» осуществлял непосредственные действия по рассылке смс-рекламы без согласия абонента, обеспечив доступ ООО «Такстелеком» к своему программно-техническому комплексу через web-кабинет и через стандартные протоколы передачи информации в сети интернет, а также передав смс-сообщение в последующем на платформу SMS-центра ОАО «СМАРТС».

Следовательно, ООО «Софт Профи» является непосредственным рекламодателем смс-рекламы, и отсутствие в цепочке договорных отношений рекламодателя ООО «Софт Профи» привело бы к невозможности доставки рассматриваемого смс-сообщения абоненту.

ООО «Софт Профи» согласно договору оказания услуг №10-01-196 от 12.11.2012 с ОАО «СМАРТС», соблюдая действующее законодательство о рекламе, обязано было запросить согласие абонента на получение рекламного смс-сообщения для дальнейшей его отправки через программно-аппаратный комплекс ОАО «СМАРТС» для дальнейшего направления sms-сообщения по сетям электросвязи абоненту.

Вместе с тем ООО «СофтПрофи» не представило каких-либо доказательств согласия абонента на получение смс-рекламы, а также обществом не представлено доказательств осуществления контроля за массовой рассылкой

Заказчика на предмет его законности и обоснованности.

Согласно договорным отношениям между ОАО «СМАРТС» и ООО «СофтПрофи» последний принял на себя обязательства осуществлять отправку смс-сообщений пользователям только при наличии их согласия на получение таких сообщений. Указанное обстоятельство свидетельствует о необходимости осуществления со стороны общества определенного контроля за действиями своего контрагента по договору №СМС-121212 от 12.12.2012 (ООО «Такстелеком»).

ООО «СофтПрофи», имея обязательства по получению согласия на рекламную смс-рассылку от пользователей перед ОАО «СМАРТС», и право требования такого согласия, а равно и иной информации необходимой для оказания исполнителем Услуг по настоящему Договору, не предпринял никаких мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе. Кроме того, в ходе рассмотрения дела № 03-12/2013-2014 ООО «СофтПрофи» не представило объективных доказательств невозможности предварительного выяснения у лица, передающего сообщения, факта наличия у него согласия пользователя на получение рекламы.

Кроме того, согласно договору №СМС-121212 от 12.12.2012 ООО «СофтПрофи» предусмотрел возможность приостановить оказание услуг в случае если передача или содержание сообщений, передача которых осуществляется в рамках оказания услуг связи, противоречит применимому законодательству, моральным и (или) этическим нормам, либо нарушает права Абонентов, Операторов или третьих лиц.

Таким образом, ООО «СофтПрофи» в настоящем случае предусмотрел не только возможность осуществления контроля за процедурой передачи его контрагентом смс-сообщений, но и оставил за собой возможность понуждения контрагента к совершению или отказу от совершения тех или иных действий путем приостановления оказания услуг по договору, в связи с чем, говорить об отсутствии у него возможности получения информации относительно наличия согласия абонента на получение рекламы не приходится.

Доводы ООО «СофтПрофи» в указанной части направлены не на защиту своих нарушенных прав и законных интересов, а исключительно на изыскание возможных способов отмены принятого по делу решения.

Таким образом, ООО «СофтПрофи» имел возможность контролировать процесс передачи смс-сообщения в части наличия согласия абонента на его получение.

Кроме того, требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространяются на условия распространения рекламы, а именно исключительно при наличии предварительного согласия абонента.

ООО «СофтПрофи» является рекламораспространителем в силу того, что передало смс-сообщение от ООО «Такстелеком» до ОАО «СМАРТС», посредством предоставления доступа к своим техническим возможностям, которые используются исключительно для передачи сообщений.

Доводы общества о том, что оно не формирует смс-сообщение и не является инициатором его отправки, не могут быть приняты, поскольку ООО «СофтПрофи»

предоставило такую возможность ООО «Такстелеком» и обеспечило прохождение рассматриваемого смс-сообщения до абонента, следовательно, принимало непосредственное участие в его передаче, и не опровергает того, что ООО «СофтПрофи» является рекламораспространителем.

Напротив, ООО «СофтПрофи», заключив договор с ООО «Такстелеком», наложило на последнего обязательство получения согласия абонента на смс-рассылку, самоустранившись от выполнения своих обязательств, возникших как в силу договорных отношений с ОАО «СМАРТС» так и в силу требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Договор оказания услуг, заключенный между ООО «Софт Профи» и ООО «Такстелеком», устанавливающий ответственность ООО «Такстелеком» за несоблюдение рекламного законодательства, а также договор, заключенный между ООО «Единая диспетчерская служба» и ООО «Такстелеком», устанавливающий ответственность ООО «Единая диспетчерская служба» за несоблюдение законодательства о рекламе, являются обеспечительной мерой в рамках гражданско-правовых отношений между указанными лицами, а не административных, и не исключают обязанности ООО «Софт Профи» соблюдать рекламное законодательство, а также не отменяют ответственность за его несоблюдение. Кроме того, положения пунктов 3.2.2, 5.4. договора №10-01-196 от 12.11.2012, заключенного между ООО «Софт Профи» и ОАО «СМАРТС» устанавливают ответственность ООО «СофтПрофи» за рассылку абонентам смс-сообщений без их предварительного согласия, а также запрет на организацию СПАМ-рассылки.

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

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

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

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

Довод ООО «СофтПрофи» о том, что нарушением процессуальных сроков является направление 17.12.2014 в адрес общества постановления о наложении штрафа по делу № 03-12/2013-2014 об административном правонарушении, которое было составлено 26 ноября 2014 г., не может являться основанием для отмены постановления о назначении административного наказания.

Согласно пункту 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», нарушение административным органом

при производстве по делу об административном правонарушении процессуальных требований, установленных КоАП РФ, является основанием для отказа в удовлетворении требования административного органа о привлечении к административной ответственности (часть 2 статьи 206 АПК РФ) либо для признания незаконным и отмены оспариваемого постановления административного органа (часть 2 статьи 211 АПК РФ) при условии, если указанные нарушения носят существенный характер и не позволяют или не позволили всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело.

Существенный характер нарушений определяется исходя из последствий, которые данными нарушениями вызваны, и возможности устранения этих последствий при рассмотрении дела.

Направление постановления по делу № 03-12/2013-2014 о назначении административного наказания за нарушение законодательства о рекламе позже, указанного в КоАП РФ срока не является существенным нарушением, поскольку не нарушает права ООО «СофтПрофи» на обжалование указанного ненормативного акта вышестоящему должностному лицу или в суд, и соответственно не может являться основанием для отмены данного постановления, поскольку не нарушает, не ограничивает права ООО «Софт Профи».

Таким образом, доводы ООО «СофтПрофи» не обоснованы и опровергаются имеющимися материалами дела.

Таким образом, постановление Марийского УФАС России от 26.11.2014 по делу № 03-12/2013-2014 об административном правонарушении о назначении административного наказания за нарушение законодательства о рекламе является законным и обоснованным.

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 рекламодатель.

Рекламодатель 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 «СофтПрофи» является лицом, ответственным за нарушение законодательства о рекламе.

Исследовав материалы дела, ФАС России пришел к заключению об обоснованности и правомерности выводов Марийского УФАС России о том, что ООО «СофтПрофи» является рекламодателем и виновно в нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона «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 «СофтПрофи» виновно в совершении административного правонарушения, так как оно должно было обеспечить соблюдение требований, предусмотренных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», но не обеспечило соблюдение 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 «СофтПрофи» к административной ответственности в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Таким образом, вина в действиях ООО «СофтПрофи», установлена, доказательства наличия в действиях указанного лица подтверждаются основаниями, приведенными в постановлении от 26.11.2014 по делу № 03-12/2013-2014 об административном правонарушении, а также сведениями и документами, имеющимися в материалах административного дела.

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

При составлении протокола и рассмотрении дела об административном правонарушении лицу, привлекаемому к административной ответственности – ООО «СофтПрофи», Марийским УФАС России обеспечены все предусмотренные статьей 28.2 КоАП РФ права и учтены законные интересы.

Постановление о привлечении ООО «Софт Профи» к административной ответственности было вынесено в отсутствие представителя ООО «Софт Профи», при этом юридическое лицо было надлежащим образом уведомлено о дате, месте, времени рассмотрения дела об административном правонарушении.

Порядок привлечения ООО «СофтПрофи» к административной ответственности не нарушен. Срок давности привлечения должностного лица к ответственности на момент вынесения постановления не истек, и наказание назначено с учётом положений статьи 4.1 КоАП РФ в минимальном пределе санкций части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

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 26.11.2014 по делу № 03-12/2013-2014 об административном правонарушении, вынесенное Марийским УФАС России, оставить без изменения, а жалобу ООО «СофтПрофи» 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.