

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-1288/77-18

«19» октября 2018 года г. Москва

Я, временно исполняющий обязанности заместителя руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве <...>, рассмотрев протокол от 05.10.2018 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-1288/77-18, возбужденного в отношении юридического лица - ООО Фирма «СТОМ» (ОГРН 1027739014291, ИНН 7705005321, КПП 774901001, дата регистрации: 24.07.2002, место нахождения: 115088, г. Москва, Симоновский вал ул., д. 26А, этаж 1, комн. 23А) по факту распространения посредством СМС сообщений на телефонный номер +7 (903) 549 04 39 рекламы следующего содержания:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17» поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom с нарушением ч 1 ст 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 ФЗ «О рекламе» выразившимся в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в отсутствие законного представителя ООО Фирма «СТОМ», надлежащим образом уведомленного о дате, месте и времени рассмотрения дела об административном правонарушении, в присутствии защитника <...> по доверенности от 02.04.2018 б/н,

УСТАНОВИЛ

Решением Комиссии Московского УФАС России от 26.06.2018 по делу № 3-18-115/77-18 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе, в действиях юридического лица - ООО Фирма «СТОМ» на основании обращения физического лица (далее - Заявитель) по факту распространения посредством СМС сообщений на телефонный номер +7 (903) 549 04 39 рекламы следующего содержания:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17» поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom, установлено нарушение

ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе выразившееся в распространении рекламы по сетям электросвязи без согласия абонента на ее получение.

Поступление указанной рекламы на номер телефона +7 (903) 549 04 39 подтверждается фотографиями экрана мобильного телефона содержащими тексты рассматриваемых сообщений а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной Заявителем в материалы дела № 3-18-115/77-18.

Согласно п. 1 ст. 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.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным адресатам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи такая индивидуализация а именно направление рекламы на конкретную электронную почту лица предполагается диспозитивной ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством исключающим рекламный характер распространенного e-mail-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом исходя из буквального толкования упомянутой нормы права следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить в том числе из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации позволяющие идентифицировать ее получателя позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица - заявителя.

Согласно п. 2 ст. 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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.

Согласно п. 3 ст. 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщений, в которых содержится информация о проведении акции «Супер гонка» в букмекерских конторах с указанием конкретного адреса, призовых местах, спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом информация, распространенная посредством отправки на номер телефона +7 (903) 549 04 39, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством sms-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

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

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в п. 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера +7 (903) 549 04 39, согласие на получение рассматриваемой рекламы он не давал.

В материалы дела представлено согласие на обработку персональных данных Заявителя данное им 07.05.2016 ООО «Стар Бет», которое по мнению Общества, является надлежащим согласием на получение абонентом рекламы.

В соответствии с пунктом 12 указанного согласия на обработку персональных данных, настоящим документом Заявитель подтверждает согласие на получение SMS уведомлений от ООО «Стар Бет» на телефонный номер <...> (903) 549 04 39, содержащих сведения, необходимые для принятия участия в азартной игре, организованной ООО «Стар Бет», информацию об услугах ООО «Стар Бет».

Вместе с тем, формулировка данного пункта согласия на обработку персональных данных не может свидетельствовать о выраженном желании Заявителя получать на свой телефонный номер именно рекламы.

Само по себе то обстоятельство что из содержания спорных сообщений следует некая новая для потребителя информация а именно о проведении акции не может свидетельствовать о переходе таких сообщений в категорию исключительно информационных а равно об отсутствии квалифицирующих признаков рекламы. Так распространение рекламы подразумевает сообщение неопределенному кругу лиц некой новой ранее неизвестной ему информации получив которую потребитель заинтересуется рекламируемым продуктом. Между тем новостная составляющая рекламы не является признаком исключющим иные цели ее распространения - стимулирование потребительского спроса и привлечение внимания потребителей к определенному продукту или побуждение покупателя приобрести продукт в определенном месте либо воспользоваться услугами определенного лица.

Кроме того наименование представленного в Московское УФАС России документа свидетельствует об иной цели его получения а именно получения согласия на обработку персональных данных, но не для получения согласия на распространение рекламы.

Содержащиеся в пункте 12 согласия на обработку персональных данных условия свидетельствуют о том что Заявителем дано согласие на получение информации об услугах ООО «Стар Бет» которыми он воспользовался. Так например информационным сообщением в настоящем случае могло быть оповещение абонента о размере выигрыша размере его ставки, дате выигрыша, возможности получения выигрыша и т. п.

Само по себе понятие информации шире понятия рекламы, и реклама является лишь одним из видов информации.

Таким образом 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.

Также не могут быть приняты доводы о том что Заявитель не был ограничен в возможности отозвать свое согласие на обработку персональных данных.

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.

При этом из диспозиции ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламы по сетям электросвязи.

Между тем лица, участвующие в деле № 3-18-115/77-18, поменяют возможность абонента дать свое согласие на возможность такое согласие отозвать при отсутствии желания получать рекламу. При этом само по себе выраженное согласие на получение рассматриваемой рекламы Заявителем в рамках дела № 3-18-115/77-18 не доказано.

В данном случае представленное согласие на обработку персональных данных не может свидетельствовать о выраженном желании Заявителя получать от ООО «Стар Бет» сообщения рекламного характера.

Таким образом доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ООО Фирма «СТОМ» в материалы дела № 3-18-115/77-18 не представлено, а умолчание абонента (непредставление сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Приведенный довод также доказывает вину всех лиц, участвующих в распространении рассматриваемой рекламы, так как в случае проявления надлежащей осмотрительности и проверки наличия либо отсутствия согласия абонента на получение рекламы, было бы выявлено, что согласие абонента отсутствует. А равно распространения ненадлежащей рекламы можно было бы избежать в случае исполнения всеми субъектами своих обязанностей, предусмотренным как законодательством Российской Федерации так и договорами.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ООО Фирма «СТОМ» информации о наличии либо отсутствии согласия на получение рекламы гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, не представлено.

Согласно п. 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение на телефонный номер +7 (903) 549 04 39 рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17» поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom с нарушением ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных ст. 18 Закона о рекламе, несет

рекламораспространитель.

В силу п. 7 ст. 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из материалов дела № 3-18-115/77-18 указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 629526088 от 01.06.2017, заключенного между ПАО «Вымпелком» и ООО «Фирма «СТОМ» (далее - Договор 1) и дополнительного соглашения № 1 от 01.06.2017 к Договору 1 (далее - Дополнительное соглашение к Договору 1); Агентского договора от 29.05.2017 б/н, заключенного между ООО «Фирма «СТОМ» и ООО «Стар Бет» (далее - Договор 2).

Согласно пункту 1.1 Дополнительного соглашения к Договору 1, в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» ПАО «Вымпелком» предоставляет ООО «Фирма «СТОМ» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу ПАО «Вымпелком» для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами ООО Фирма «СТОМ» и/или ООО «Фирма «СТОМ».

В соответствии с пунктом 4.2 Дополнительного соглашения к Договору 1, ООО «Фирма «СТОМ» осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили ООО «Фирма «СТОМ» и/или партнерам свое предварительное согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, а также обязуется сообщать ПАО «Вымпелком» актуальные даты получения согласий ООО «Фирма «СТОМ» и/или партнерами до даты осуществления рассылок на номера соответствующих пользователей.

На основании изложенного Московское УФАС России приходит к выводу о том, что ПАО «Вымпелком» при заключении Дополнительного соглашения к Договору 1 взяло на себя обязательства по оказанию ООО «Фирма «СТОМ» услуг по предоставлению доступа к программно-аппаратному комплексу, в том числе для целей отправки рекламных сообщений. Более того Дополнительным соглашением к Договору 1 установлена обязанность ООО «Фирма «СТОМ» по получению согласия на распространение рекламы абоненту.

Само по себе наличие вышеуказанного договора является свидетельством осуществления ПАО «Вымпелком» определенных действий направленных на доведение рекламы до ее получателей, а равно наличия у Общества статуса рекламораспространителя.

Вместе с тем, по смыслу приведенной нормы права, а также в целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, 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.

Следовательно, невозможно каким-либо образом снять ответственность любого из лиц, участвовавших в распространении рекламы посредством сетей электросвязи в связи с осуществлением таким лицом даже исключительно технических функций.

Обратное может привести либо к необоснованному возложению на лицо ответственности за чужие нарушения и, как следствие, несоблюдению конституционно закрепленного ч. 1 ст. 19 Конституции Российской Федерации принципа всеобщего равенства перед законом и судом и предусмотренного ч. 1 ст. 1 Гражданского кодекса

Российской Федерации (далее - ГК РФ) принципа юридического равенства участников гражданских правоотношений, либо, наоборот, к злоупотреблению своими правами со стороны участников таких правоотношений, стремящихся одновременно извлечь выгоду из своего незаконного поведения и избежать ответственности за совершенные нарушения, что противоречит законодательно закрепленным принципам добросовестности участников гражданских правоотношений (ч. 3 ст. 1 ГК РФ), недопустимости извлечения преимуществ из своего незаконного и недобросовестного поведения (ч. 4 ст. 1 ГК РФ), запрету на злоупотребление правом (ч. 1 ст. 10 ГК РФ).

Из совокупного толкования положений Дополнительного соглашения к Договору 1 с очевидностью усматривается, что оказываемые ПАО «Вымпелком» услуги используются, в том числе, в целях рекламного характера для продвижения ООО «Фирма «СТОМ» и/или его партнеров товаров, работ и услуг на рынке и привлечения к ним максимально возможного внимания со стороны потенциальных потребителей.

В соответствии с пунктом 1.1 Агентского договора ООО «Стар Бет» поручает а ООО «Фирма «СТОМ» принимает на себя обязательство за вознаграждение совершать от имени ООО «Стар Бет» смс-информирование клиентов ООО «Стар Бет» по заявкам ООО «Стар Бет» для чего ООО «Фирма «СТОМ» обязуется от своего имени заключить соответствующие договоры на услуги связи.

При этом в соответствии с пунктом 2.1.4 Агентского договора, ООО «Фирма «СТОМ» обязуется осуществлять смс-информирование клиентов ООО «Стар Бет» в соответствии с заявками ООО «Стар Бет», в которых должны содержаться данные об адресатах смс-информирования, сроки проведения смс-информирования, текст смс-информирования.

Кроме того согласно пункту 1.3 Агентского договора, ООО «Стар Бет» предоставляет ООО «Фирма «СТОМ» персональные данные своих клиентов в объеме необходимом для осуществления смс-информирования, для чего ООО «Стар Бет» получено согласие клиентов.

Также в соответствии с пунктом 2.3.1 Агентского договора, ООО «Стар Бет» обязуется получить письменное согласие субъектов персональных данных на их обработку и передачу третьим лицам.

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение смс-сообщений осуществляется путем их передачи от ООО «Стар Бет» к ООО «Фирма «СТОМ», от него ПАО «Вымпелком» в целях непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

Таким образом, каждое из указанных лиц является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Согласно ст. 309 ГК РФ 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 или иными обычно предъявляемыми требованиями.

ООО Фирма «СТОМ» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований

действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

В этой связи действия ООО Фирма «СТОМ» противоречат ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данное лицо было осведомлено о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке смс-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ООО Фирма «СТОМ» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общество не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателю.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание вышеназванных лиц получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче смс-сообщений, в том числе, рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу ч. 2 ст. 10 ГК РФ не подлежит судебной защите.

Кроме того, согласно ч. 1 ст. 2 ГК РФ, предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив вышеупомянутые договоры, ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» приняли на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» рекламодателем в понимании п. 7 ст. 3 Закона о рекламе.

Установлено, что ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» осуществили распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер +7 (903) 549 04 39 в силу имеющихся между ними

гражданско - правовых отношений.

Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату - Заявителю. В случае отсутствия последовательности вышеустановленных действий ПАО «Вымпелком» ООО «Фирма «СТОМ» ООО «Стар Бет» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата - потребителя рекламы.

На основании изложенного ООО Фирма «СТОМ» является рекламодателем рекламы, поступившей на телефонный номер +7 (903) 549 04 39 рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, не законной по способу распространения потребителю рекламы, ООО Фирма «СТОМ» не представлено. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Ссылки на Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), в частности на тот факт, что данным законом исключается ответственность оператора связи за рассылку его клиентами смс-сообщений, не соответствующих требованиям закона и условиям договора, не могут быть приняты в связи со следующим.

Согласно ч. 3 ст. 3 Закона о связи, отношения в области связи, не урегулированные Законом о связи, регулируются другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации в области связи.

Так отношения по распространению посредством средств связи рекламной информации регулируется законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.

Нормы Закона о связи сами по себе не исключают ответственность того или иного лица в соответствии с Законом о рекламе.

Как установлено выше, ПАО «Вымпелком», ООО «Фирма «СТОМ», ООО «Стар Бет» осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению смс-рассылок, в том числе рекламного характера, подпадающих под понятие СПАМ. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков.

Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако, данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договора, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения

законодательства Российской Федерации.

Таким образом ООО Фирма «СТОМ» признается рекламодателем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Таким образом в действиях ООО Фирма «СТОМ» установлено нарушение ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер +7 (903) 549 04 39 рекламы посредством СМС сообщений:

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom;

«В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom.

В данном случае имеются все основания считать ООО Фирма «СТОМ» рекламодателем в понимании п. 7 ст. 3 Закона о рекламе.

Таким образом ответственным за распространение рассматриваемой рекламы с нарушением ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе является ООО Фирма «СТОМ».

Ответственность за невыполнение требований установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее - КоАП РФ).

В соответствии с ч. 1 ст. 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В соответствии с ч. 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 КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

При составлении протокола об административном правонарушении защитником ООО Фирма «СТОМ» представлены письменные объяснения, согласно которым в процессуальных актах Московского УФАС России в рамках производства по делу об административном правонарушении недопустима ссылка на решения Комиссии Управления по делу № 3-18-115/77-18 поскольку в данном решении на стр. 4 (абз. 9) указаны обстоятельства, не относящиеся к действиям ООО Фирма «СТОМ».

В свою очередь, должностное лицо административного органа оценивает заявленный довод как основанный на неверном толковании норм процессуального права, в связи с тем, что дело об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ может быть возбуждено должностным лицом, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, только при наличии хотя бы одного из поводов, предусмотренных ч.ч. 1, 1.1 и 1.2

ст. 28.1 КоАП РФ, и достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения. И как следует из п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», вступление в силу решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей не является таким поводом, как это предусмотрено ч. 1.2 ст. 28.1 КоАП РФ в отношении вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым устанавливается факт нарушения антимонопольного законодательства.

Учитывая вышеуказанное, должностное лицо административного органа приходит к выводу о том, что в решении по делу № 3-18-115/77-18 на стр. 4 (абз 9) содержится описка, которая не влияет на существо допущенного ООО Фирма «СТОМ» нарушения положений Закона о рекламе, и ко всему прочему не содержится в протоколе об административном правонарушении, которым установлен состав административного правонарушения, вменяемого ООО Фирма «СТОМ».

При составлении протокола об административном правонарушении защитником ООО Фирма «СТОМ» представлены объяснения идентичные тем, которым была дана оценка при вынесении решения по делу № 3-18-115/77-18. Иных доводов по существу рассматриваемого дела защитником № 3-18-115/77-18 не заявлено.

При рассмотрении дела защитник ООО Фирма «СТОМ» настаивал на заявленной позиции относительно дачи Заявителем согласия на получение рекламных сообщений.

Вместе с тем, должностным лицом административного органа установлено, что защитником не учтена правовая позиция Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, на которую Московское УФАС России делало ссылку и при вынесении решения по делу № 3-18-115/77-18, и при составлении протокола об административном правонарушении, а именно п. 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

В настоящем случае отсутствует выражение согласия Заявителя именно на получение рекламы.

В настоящем случае содержание п. 12 согласия на обработку персональных данных Заявителя «sms уведомления от ООО «Стар Бет». содержащие сведения, необходимые для принятия участия в азартной игре, организованной ООО «Стар Бет». информацию об услугах ООО «Стар Бет» не позволяет потребителю однозначно определить характер информации, на получение которой дано согласие.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на

получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Следует отметить что предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Защитник ООО Фирма «СТОМ» при рассмотрении дела отметил что Заявитель осознанно подписал имеющееся в материалах дела согласие поскольку в случае отсутствия у него такового желания Общество готово было предоставить другой бланк для заполнения исключительно в целях получения персональных данных лица.

В свою очередь должностное лицо административного органа оценивает заявленный довод как несостоятельный поскольку защитником ООО Фирма «СТОМ» не представлено каких-либо документальных доказательств заявленного довода ни при рассмотрении дела о нарушении законодательства о рекламе ни при составлении протокола об административном правонарушении, ни при рассмотрении настоящего дела.

Таким образом, виновные действия ООО Фирма «СТОМ» состоят в распространении на телефонный номер +7 (903) 549 04 39 рекламы посредством СМС сообщений: «В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 17.11.2017 также Вас ждет STRIPTIZ аппетитная пицца и роллы в 21:00. Большая Серпуховская 38 к8», поступившего 17.11.2017 в 15:00 от отправителя BingoBoom; «В самом разгаре «Супер Гонка»!40млн.руб! 120 ПРИЗОВЫХ МЕСТ! 24.11 Фуршет и STRIPTIZ в 20:00! Маршала Василевского 17», поступившего 24.11.2017 в 12:29 от отправителя BingoBoom. с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Должностным лицом Московского УФАС России не установлено объективных обстоятельств делающих невозможным ООО Фирма «СТОМ» соблюдение указанных требований.

Доказательств, свидетельствующих о принятии ООО Фирма «СТОМ» каких-либо мер по соблюдению законодательства Российской Федерации в сфере рекламы в данной части, не представлено.

Вина ООО Фирма «СТОМ» в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, доказана.

Местом совершения административного правонарушения - г. Москва.

Время совершения административного правонарушения - дата поступления на телефонный номер +7 (903) 549 04 39 вышеуказанной рекламы - 17.11.2017, 24.11.2017.

В соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ, при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Согласно п. 7 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ обстоятельством, смягчающим административную ответственность, признается добровольное

исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) и муниципальный контроль.

В соответствии с представленными в Московское УФАС России документами (в х. 39944/18 от 09.08.2018) ООО Фирма «СТОМ» исполнило предписание по делу № 3-18-115/77-18.

Таким образом, установлено обстоятельство смягчающее административную ответственность ООО Фирма «СТОМ».

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность ООО Фирма «СТОМ», не установлено.

Обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности допущенного правонарушения, не выявлено.

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, 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.

Таким образом, с учетом обстоятельств, смягчающих административную ответственность ООО Фирма «СТОМ», штраф, подлежащий взысканию составляет **100 000,00 руб.**

Руководствуясь ст.-ст. 33, 38 Закона о рекламе, ст.-ст. 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать юридическое лицо - ООО Фирма «СТОМ» (ОГРН 1027739014291, ИНН 7705005321, КПП 774901001, дата регистрации: 24.07.2002, место нахождения: 115088, г. Москва, Симоновский вал ул., д. 26А, этаж 1, комн. 23А) виновным в совершении правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить юридическому лицу - ООО Фирма «СТОМ» (ОГРН 1027739014291, ИНН 7705005321, КПП 774901001, дата регистрации: 24.07.2002, место нахождения: 115088, г. Москва, Симоновский вал ул., д. 26А, этаж 1, комн. 23А) наказание в виде административного штрафа в размере **- 100 000,00 руб. (Ста тысяч рублей 00 копеек).**

Согласно ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ, административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных ст. 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 5 ст. 32.2 КоАП РФ, при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в ч. 1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

В соответствии с ч. 5 ст. 3.5 КоАП РФ, сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, зачисляются в соответствующие бюджеты в соотношении:

40% в Федеральный бюджет;

60% в бюджет субъекта Российской Федерации, на территории которого зарегистрировано ПАО «ВымпелКом», перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе (квитанция прилагается):

Получатель:	УФК по г. Москве (для Московского УФАС России, л/с 04731324890)
Банк получателя:	ИНН/КПП: 7706096339 / 770101001 ГУ Банка России по ЦФО р/с 40101810045250010041 БИК 044525000 ОКТМО: 45375000 КБК 161 1 16 26000 01 6000140
Назначение платежа:	Административный штраф, зачисляемый в федеральный бюджет по делу № 4-14.3-1288/77-18

Согласно ч. 1 ст. 20.25 КоАП РФ, неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двухкратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.

В соответствии с ч. 3 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражном суде в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии с п. 1 ст. 31.1 КоАП РФ, 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: квитанция на 1 листе.

Временно исполняющий обязанности
заместителя руководителя <...>