

## РЕШЕНИЕ

по жалобе на постановление об административном правонарушении

дело № 4-14.3-203/00-08-15

«21» мая 2015 г. Москва

Заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы А.Б. Кашеваров, рассмотрев жалобу ЗАО «Связной Загрузка» (юридический адрес: ул. Ленинская Слобода, д. 19, г. Москва, 115280) на вынесенное Московским областным УФАС России постановление от 29.12.2014 по делу № 08-28/A1277/1-14 об административном правонарушении о наложении штрафа, а также материалы данного дела,

### УСТАНОВИЛ:

На основании части 1 статьи 14.3 Кодекса об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) на ЗАО «Связной Загрузка» Московским областным 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 рекламы на телефонный номер гражданина без его предварительного согласия.

С вынесенным постановлением ЗАО «Связной Загрузка» 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 Московское областное УФАС России обоснованно вменило ЗАО «Связной Загрузка» совершение правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», на основании следующего.

Основанием для привлечения ЗАО «Связной Загрузка» к административной ответственности явилось распространение ЗАО «Связной Загрузка» на телефонный номер гражданина sms-рекламы без его согласия.

Как усматривается из материалов дела №08-28/A1277/1-14 об административном правонарушении, 01.08.2014 в 11:05 на абонентский номер +XXXXXXXXXXXX гражданина через SMS-центр поступило сообщение следующего содержания: «Время пришло! с 1 августа 1+1=3! Третья вещь в подарок! +74956455773».

При этом согласия на получение рекламной sms-рассылки гражданин не давал, соответственно данная реклама не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального 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.

Согласно пункту 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» 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.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваемой без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, формировать к нему положительное отношение и закреплять его образ в памяти потребителя.

Рассматриваемая информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования является торговое предприятие, предлагающее на условиях специальной акции приобретать товары.

В соответствии с частью 1 статьей 18 Федерального 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

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

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

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

Вместе с тем, Закон о рекламе не содержит информации о количестве рекламодателей, имеющих право принимать участие в распространении рекламы.

С учетом изложенного количество рекламодателей, принимающих участие в sms-рассылке, определяется не только набором и отправкой рекламного сообщения конечным лицом, но и фактически созданными и/или предоставленными возможностями для распространения рекламы иными лицами, осуществляющими

набор и отправку таких сообщений.

ЗАО «Связной Загрузка» (далее — Оператор) на основании заключенного с ООО «Лоджик Телеком» договора от 01.03.2014 №А-12/14р на оказание услуг предоставило последнему технические и программные средства и для передачи sms-сообщений.

Согласно письму ООО «Лоджик Телеком» отправителем sms-сообщения с рекламой является ООО «АльпЭкип».

Указанное юридическое лицо состоит в договорных отношениях с ООО «ИНФОРМАТОР», которое предоставляет доступ к отправке sms-сообщений через программно-аппаратный комплекс ООО «Лоджик Телеком» на основании дилерского соглашения.

Из анализа указанных договоров следует, что ЗАО «Связной Загрузка» предоставляет третьим лицам (заказчикам) техническую возможность направлять sms-сообщения абонентам радиотелефонной связи. При этом ЗАО «Связной Загрузка» достоверно знает, как именно будет использоваться предоставленный заказчику не принадлежащий ему ресурс.

ЗАО «Связной Загрузка» заключило Договор № А-12/14р от 01.03.2014 возмездного оказания услуг с ООО «Лоджик Телеком» и возложило на последнего обязанность получения предварительного письменного согласия абонента или адресата на обработку персональных данных, а также согласия на получение sms-сообщений, рекламы или другой информации, самоустранившись от выполнения своих обязательств, возникших в силу закона.

ЗАО «Связной Загрузка» не представило каких-либо доказательств того, что самостоятельно предпринимало какие-либо действия, направленные на получение согласия абонента, также общество не представило доказательств осуществления контроля за массовой рассылкой Заказчиком sms-сообщений на предмет ее законности.

Вместе с тем заключение договоров с заказчиками не снимает такой обязанности с ЗАО «Связной Загрузка».

Согласно пункту 2.1.1. Договора № № А-12/14р от 01.03.2014 возмездного оказания услуг, заключенного между ЗАО «Связной Загрузка» (Исполнитель) и ООО «Лоджик Телеком» (Заказчик), Исполнитель предоставляет за плату Заказчику услугу «по осуществлению передачи СМС-сообщений от Заказчика посредством технических и программных средств Исполнителя Абонентам компании, представляющих услуги цифровой радиотелефонной связи».

Согласно пункту 3.4 Договора Исполнитель вправе запросить у Заказчика любую документацию, подтверждающую согласие Абонента на получение СМС-сообщений Заказчика.

Исходя из содержания заключенного между ЗАО «Связной Загрузка» и ООО «Лоджик Телеком» договора, ЗАО «Связной Загрузка» имел возможность контролировать процесс передачи sms-сообщения в части наличия согласия абонента на его получение.

ЗАО «Связной Загрузка» представило копию анкеты на получение дисконтной карты №33252, с указанием персональных данных абонента. Представленного документа недостаточно для идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя либо рекламораспространителя.

Таким образом, ЗАО «Связной Загрузка» не представило доказательств наличия согласия конкретного абонента-физического лица на получение рекламной информации от каких бы то ни было лиц.

Согласно пункту 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

По смыслу указанной нормы рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Таким образом, распространение рекламы посредством SMS-сообщения на телефон гражданина осуществлялось в результате реализации цепи договорных отношений между ЗАО «Связной Загрузка», ООО «Лоджик Телеком», ООО «АльпЭкип», ООО «ИНФОРМАТОР», что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламораспространителей.

В цепочке данных отношений ЗАО «Связной Загрузка» осуществлял непосредственные действия по рассылке SMS-рекламы без согласия абонента, обеспечив доступ ООО «Лоджик Телеком» к своим программно-техническим средствам для формирования и доставки смс-сообщений и подключив программно-технический комплекс ООО «Лоджик Телеком» к своему сервису, а также передав смс-сообщение в последующем на платформу SMS-центра оператора связи, оказывающего услуги связи гражданину.

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

Следовательно, ЗАО «Связной Загрузка» является непосредственным рекламораспространителем смс-рекламы, обязано было получить согласие абонента на смс-рассылку рекламы, и отсутствие в цепочке договорных отношений рекламораспространителя ЗАО «Связной Загрузка» привело бы к невозможности доставки рассматриваемого смс-сообщения абоненту.

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

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

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в

любой форме и с использованием любых средств.

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

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

Таких доказательств ЗАО «Связной Загрузка» не представило.

Как разъяснено в пункте 15 Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

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

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

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

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

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.

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

Наступление общественно опасных последствий в виде причинения ущерба при совершении правонарушений с формальным составом не доказывается,

возникновение этих последствий презимируется самим фактом совершения действий или бездействий.

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

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

ЗАО «Связной Загрузка» должно было знать требования законодательства о рекламе, а также меру ответственности за его нарушение. При этом, тот факт, что общество самостоятельно не формирует SMS-сообщение и не является инициатором его отправки, не опровергает тот факт, что ЗАО «Связной Загрузка» является рекламодателем.

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

Напротив, ЗАО «Связной Загрузка», заключив договор с ООО «Лоджик Телеком», наложив на последнего обязательство получения согласия абонента на SMS-рассылку, самоустранившись от выполнения своих обязательств, возникших в силу требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Договор оказания услуг, заключенный между ЗАО «Связной Загрузка» и ООО «Лоджик Телеком», устанавливающий ответственность ООО «Лоджик Телеком» за несоблюдение рекламного законодательства, является обеспечительной мерой в рамках гражданско-правовых отношений между указанными лицами, а не административных, и не исключают обязанности ЗАО «Связной Загрузка» соблюдать рекламное законодательство, а также не отменяют ответственность за его несоблюдение.

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

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

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

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламодателем, рекламораспространителем, 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 правонарушителей, 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.

ЗАО «Связной Загрузка» виновно в совершении административного правонарушения, так как оно имело возможность обеспечить соблюдение требований, предусмотренных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», но не приняло все зависящие от него меры по соблюдению вышеуказанных требований, в результате чего смс-реклама распространялась в отсутствие согласия абонента.

Принимая во внимание обстоятельства распространения рекламы, Московское областное УФАС России обоснованно и правомерно привлекло ЗАО «Связной Загрузка» к административной ответственности в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Таким образом, вина в действиях ЗАО «Связной Загрузка», установлена, доказательства наличия вины в действиях указанного лица подтверждаются основаниями, приведенными в постановлении от 29.12.2014 по делу № 08-28/А1277/7-14 об административном правонарушении, а также сведениями и документами, имеющимися в материалах административного дела.

Московским областным УФАС России в отношении ЗАО «Связной Загрузка» составлен протокол об административном правонарушении, вынесено постановление о наложении штрафа в размере 100 000 рублей.

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

С учетом изложенного оспариваемое постановление Московского областного УФАС России от 29.12.2014 по делу № 08-28/А1277/7-14 об административном правонарушении является законным и обоснованным.

Заместитель руководителя ФАС России, руководствуясь статьями 14.3, 24.5, 29.7, пунктом 1 части 1 статьи 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

РЕШИЛ:

Постановление от 29.12.2014 по делу № 08-28/A1277/1-14 об административном правонарушении, вынесенное Московским областным УФАС России, оставить без изменения, а жалобу ЗАО «Связной Загрузка» 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.