

Постановление о назначении административного наказания по делу № А08-168/2015

об административном правонарушении

исх. РБ-08/3512 от 13.03.2015

Я, <...> Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан <...>, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении №А08-168/2015, возбужденного в отношении юридического лица – закрытого акционерного общества «Волгоград-GSM» (400131, г. Волгоград, ул. Коммунистическая, 19д; ИНН 3444067235; дата регистрации в качестве юридического лица 30.07.1997), в присутствии представителя по доверенности <...>,

Установил:

Поводом для возбуждения административного дела является Решение Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее – Комиссия) (исх. №РБ-08/15168 от 03.10.2014 г.) о нарушении ЗАО «Волгоград-GSM» части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента 24.03.2014 г. в 16 часов 25 минут на мобильный номер <...> с номера +79029551512, смс-центр +79020980273, с текстом: «Нужны деньги? Тел. 88005557239 звонок бесплатный. ООО Домашние деньги».

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее - Управление) поступило обращение гражданина (вх. №708/ж от 01.04.2014г.) о проверке соблюдения законодательства о рекламе по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента 24.03.2014 г. в 16 часов 25 минут, на мобильный номер <...> с номера +79029551512, смс-центр +79020980273, с текстом: «Нужны деньги? Тел. 88005557239 звонок бесплатный. ООО Домашние деньги».

В своем обращении заявитель указал, что согласия на получение данной рекламы он не давал.

По факту распространения вышеназванной рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента возбуждено дело №08-306/2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В целях установления рекламораспространителя Управлением направлен запрос информации в адрес пользователя ресурса нумерации, в состав которого входит номер смс-центра +79020980273 - ЗАО «Волгоград-GSM» (исх. № РБ-08/5533 от 21.04.2014г.).

Управлением от ЗАО «Волгоград-GSM» получены документы и сведения (вх. № 5054 от 16.05.2014г.), исходя из которых следует, что данная смс-рассылка осуществлена ООО «Крафт Телеком» в соответствии с заключенным между ЗАО «Волгоград-GSM» и ООО «Крафт Телеком» договором № 2653425 от 01.07.2012г. и дополнительным соглашением № 1 от 01.07.2012г. ЗАО «Волгоград-GSM» указывает, что согласно дополнительному соглашению № 1 от 01.07.2012г., ООО «Крафт

Телеком» подключена услуга «InfoSMS», в соответствии с условиями которой ООО «Крафт Телеком» получает возможность отправлять сообщения, используя в качестве идентификатора как федеральный номер <...> так и произвольное буквенно-цифровое наименование. Также ЗАО «Волгоград-GSM» указывает, что не занимается распространением рекламы по сетям электросвязи, а оказывает услуги подвижной связи. Услуга «InfoSMS» является услугой, технологически неразрывно связанной с услугами подвижной связи и направленной на повышение их потребительской ценности. Также указывает на то, что в соответствии с частью 63 ФЗ «О связи» ознакомление с информацией и документальной корреспонденцией, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи, осуществляются только на основании решения суда, за исключением случаев установленных федеральными законами, соответственно, ЗАО «Волгоград-GSM» не имеет правовых оснований для проверки содержания смс-сообщений на предмет их соответствия действующему законодательству. ЗАО «Волгоград-GSM» поясняет, что выступая в качестве оператора связи и оказывая услуги связи абоненту ООО «КрафтТелеком», не является рекламодателем и не должно нести ответственность за нарушение законодательства, допущенные ООО «КрафтТелеком», направившим смс-сообщение рекламного характера.

Из представленных ООО «КрафтТелеком» документов (вх. №8187 от 08.08.2014г.) следует, что указанное смс-сообщение отправлено ООО «Новак» на основании заключенного между ООО «КрафтТелеком» и ООО «Новак» договора № 0103 от 01.02.2013г. (далее – Договор). ООО «КрафтТелеком» указывает на то, что ООО «КрафтТелеком» согласно пунктам 1.1., 2.1.1. Договора оказывает услуги связи, заключающиеся в предоставлении технической возможности по доступу к технической базе (системе) ООО «КрафтТелеком» и, соответственно, отправке (доставке) составленных, отредактированных ООО «Новак» сообщений. ООО «Новак» самостоятельно, без участия ООО «КрафтТелеком» определяет содержание текста сообщения и конечных абонентов, которым направляются данные сообщения. Кроме того, согласно пункту 2.4.5. Договора ООО «Новак» обязался не использовать предоставленную ООО «КрафтТелеком» возможность для отправки сообщений рекламного характера, на получение которого абонент согласия не давал. Пунктами 6.3., 6.4. Договора ООО «Новак» гарантировал и согласился с тем, что отправленные сообщения не нарушают прав третьих лиц, а рекламодателем и рекламодателем по договору является ООО «Новак».

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон «О рекламе») целями настоящего Закона являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 Закона «О рекламе», реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке; объект

рекламирования - товар, средство его индивидуализации, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 14.06.2012 г. о порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Смс-сообщение, поступившее на телефон заявителя, не носит персонализированный характер.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом «О рекламе».

Распространенная на номер заявителя информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закон «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются финансовые услуги предоставляемые ООО «Домашние деньги».

Согласно части 1 статьи 5 Закона «О рекламе», реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются. Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 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. 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.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «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. При этом 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. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

Таким образом, обязанность доказывать наличие согласия на получение рекламы возложено на рекламораспространителей.

Как следует из анализа представленных в материалы дела документов установлено, что смс-сообщение, поступившее 24.03.2014 г. в 16 часов 25 минут, на мобильный номер с номера +79029551512, смс-центр +79020980273, с текстом: «Нужны деньги? Тел. 88005557239 звонок бесплатный. ООО Домашние деньги», отправлено ООО «Новак», которому такая возможность предоставлена ООО «КрафтТелеком» на основании заключенного с ООО «КрафтТелеком» договора 0103 от 01.02.2013г. В свою очередь, ООО «КрафтТелеком» осуществило отправку этого сообщения на основании договора № 2653425 от 01.07.2012г. и дополнительного соглашения № 1 от 01.07.2012г. с использованием предоставленного ему ЗАО «Волгоград-GSM» доступа к оборудованию для отправки смс-сообщений.

Согласия абонента +79503180162 на получение вышеназванного смс-сообщения ни одним из участников данного дела не представлено.

При решении вопроса о том, кто является рекламораспространителем в рамках настоящего дела, Комиссия исходит из следующего.

Проведя анализ представленных в материалы дела документов установлено, что ЗАО «Волгоград-GSM» заключило с ООО «КрафтТелеком» договор на предоставление ООО «КрафтТелеком» услуг подвижной радиотелефонной связи № 2653425 от 01.07.2012г. Также ЗАО «Волгоград-GSM» и ООО «КрафтТелеком» заключили дополнительное соглашение № 1 от 01.07.2012г. к названному договору

на предоставление услуги «InfoSMS», согласно условиям которого ООО «КрафтТелеком» получило возможность организовывать массовую смс-рассылку абонентам ЗАО «Волгоград-GSM» и операторов других сотовых сетей. ООО «КрафтТелеком» может производить смс-рассылку используя в качестве идентификатора как федеральный номер <...> так и произвольное буквенно-цифровое наименование. Следует отметить, что данное дополнительное соглашение, в отличие от договора об оказании услуг подвижной связи, заключено именно в целях предоставления на возмездной основе ООО «КрафтТелеком» возможности массовой отправки смс-сообщений абонентам операторов сотовых сетей.

Согласно пункту 2.4. названного дополнительного соглашения №1, в рамках оказания услуги «InfoSMS» ЗАО «Волгоград-GSM» направляет смс-сообщения конечным получателям других операторов в случае если ООО «КрафтТелеком» имеет от конечного получателя письменное согласие на получение смс-сообщений от ООО «КрафтТелеком».

Так как оператором сотовой связи абонента (заявителя) является ЗАО «НСС», ЗАО «Волгоград-GSM» не должно было, согласно пункту 2.4. дополнительного соглашения №1, осуществить отpravку вышеназванного сообщения на номер не убедившись в том, что ООО «КрафтТелеком» получило согласие абонента +79503180162 на данную смс-рассылку. Таким образом, ЗАО «Волгоград-GSM», не убедившись в наличии согласия абонента, осознанно нарушив условия дополнительного соглашения (пункту 2.4.), осуществило отpravку названного смс-сообщения.

Доводы ООО «КрафтТелеком» о том, что ООО «КрафтТелеком» не является рекламодателем данного смс-сообщения также не состоятельны. Так, ООО «КрафтТелеком» по договору № 0103 от 01.02.2013г. предоставило ООО «Новак» за плату услуги по подключению к технической базе ООО «КрафтТелеком» для отправки (доставки) смс-сообщений, осуществило перенаправление смс-сообщения ООО «Новак» для последующей его отправки. Соответственно, ООО «КрафтТелеком», ЗАО «Волгоград-GSM» не просто фактически довели вышеназванное смс-сообщение до заявителя, но и осуществили техническое, программное обеспечение возможности ретрансляции сообщений со стороны ООО «Новак».

Таким образом рекламодателями являются ООО «КрафтТелеком», ЗАО «Волгоград-GSM», ООО «Новак». Такой вывод позволяет сделать наличие цепи договорных отношений между оператором – ЗАО «Волгоград-GSM», ретранслятором – ООО «КрафтТелеком» и ООО «Новак», что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламодателей.

Наличие в договорах соглашения об ответственности за рассылки несогласованных рекламных сообщений, во-первых, не исключает обязанности ООО «КрафтТелеком», ЗАО «Волгоград-GSM» соблюдать законодательство о рекламе, во-вторых, не отменяет ответственности за его соблюдение, так как является обеспечительной мерой в рамках гражданско-правовых отношений, а не административных.

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.

Так как ни ООО «КрафтТелеком», ни ЗАО «Волгоград-GSM», ни ООО «Новак» не представили согласия абонента 79503180162 на получение рекламы по сетям электросвязи, при распространении реклама с текстом: «Нужны деньги? Тел. 88005557239 звонок бесплатный. ООО Домашние деньги», ООО «КрафтТелеком», ЗАО «Волгоград-GSM», ООО «Новак» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей.

Из положений части 7 статьи 38 Федерального Закона «О рекламе» следует, что за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона «О рекламе», ответственность несет рекламораспространитель.

Статьей 3 Закона о рекламе определено, что рекламораспространитель это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. При этом Закон содержит понятие рекламораспространителя и не ограничивает количество таких рекламораспространителей.

Из вышеизложенного следует, что в действиях ЗАО «Волгоград-GSM», являющегося рекламораспространителем, содержится состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ – нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Факт совершения административного правонарушения подтверждается протоколом по делу №А08-168/2015 об административном правонарушении от (исх. №08-08/2562 от 26.02.2015), а также другими материалами дела.

Время совершения административного правонарушения: 24 марта 2014 года.

Место совершения: г. Казань.

В протоколе представитель ЗАО «Волгоград-GSM»<...>указал, что с выявленным нарушением не согласен в связи с неправильным применением антимонопольным органом норм материального права.

В ходе рассмотрения дела были исследованы все обстоятельства совершенного нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Объектом правонарушения являются общественные отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы.

Субъект правонарушения – юридическое лицо, ЗАО «Волгоград-GSM».

Объективная сторона данного правонарушения состоит в размещении ненадлежащей рекламы, недопустимой с точки зрения законодательства РФ.

Субъективная сторона правонарушения характеризуется виной в форме умысла. ЗАО «Волгоград-GSM» при отсутствии чрезвычайных и непредотвратимых обстоятельств со своей стороны не приняло все зависящие от него меры по соблюдению требований действующего законодательства о рекламе и недопущению совершения административного правонарушения.

Применение нормы 2.9 КоАП РФ в части освобождения ЗАО «Волгоград-GSM» от административной ответственности ввиду малозначительности административного правонарушения и вынесении устного замечания в рассматриваемом случае не представляется возможным, поскольку Закон о рекламе носит формальный характер, и наступление вреда, а также каких-либо иных негативных правовых последствий в случае его нарушения не требуется для назначения административного наказания.

Как указано в пунктах 18 и 18.1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения.

Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, свидетельствующими о малозначительности правонарушения. Данные обстоятельства в силу частей 2 и 3 статьи 4.1 КоАП РФ учитываются при назначении административного наказания.

При квалификации административного правонарушения в качестве малозначительного надлежит учитывать, что статья 2.9 КоАП РФ не содержит оговорок о ее неприменении к каким-либо составам правонарушений, предусмотренном КоАП РФ.

Возможность или невозможность квалификации деяния в качестве малозначительного может быть установлена абстрактно, исходя из сформулированной в КоАП РФ конструкции состава административного правонарушения, за совершение которого установлена ответственность.

Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 18 названного постановления применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния. При этом применение положений о малозначительности должно быть мотивировано.

Наличие в действиях ЗАО «Волгоград-GSM» состава правонарушения,

ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, в полной мере доказано и подтверждено материалами дела.

Неисполнение требований закона свидетельствует об отсутствии у руководства ЗАО «Волгоград-GSM» осознания ответственности за исполнение возложенных на него публично-правовых обязанностей, значительность которых для государства подтверждается высоким размером установленного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ штрафа.

Срок давности привлечения ЗАО «Волгоград-GSM»<...>к административной ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, на момент вынесения настоящего постановления не истек.

ЗАО «Волгоград-GSM» было надлежащим образом извещено о дате, времени и месте рассмотрения дела №А08-168/2015 об административном правонарушении посредством телеграммы.

Рассмотрение дела об административном правонарушении состоялось 10 марта 2015 года в присутствии представителя <...>

Решая вопрос о виде и размере административного наказания, учитывается характер совершенного административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица (личность виновного, его имущественное положение) обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

При рассмотрении дела обстоятельств, предусмотренных статьями 4.2 и 4.3 КоАП РФ, смягчающих и отягчающих административную ответственность, не установлено.

На основании изложенного, руководствуясь ч. 1 ст. 14.3, ст. 23.48, ч. 1 ст. 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

Постановил:

Признать юридическое лицо – ЗАО «Волгоград-GSM» (400131, г. Волгоград, ул. Коммунистическая, 19д; ИНН 3444067235; дата регистрации в качестве юридического лица 30.07.1997) виновным в совершении административного правонарушения ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ и назначить ему наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 (сто тысяч) рублей 00 копеек.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 КоАП.

В соответствии с частью 5 статьи 5 КоАП РФ сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Согласно пункту 2 Бюджетного кодекса Российской Федерации суммы денежных

взысканий (штрафов) за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе и неисполнение предписаний антимонопольного органа подлежат зачислению в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации в следующем порядке:

в федеральный бюджет - по нормативу 40 процентов;

в бюджет субъекта Российской Федерации, на территории которого зарегистрированы юридические лица или индивидуальные предприниматели, допустившие нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, - по нормативу 60 процентов;

Штраф должен быть оплачен плательщиком в доход бюджета на счет 40101810800000010001 по следующим реквизитам:

Банк получателя: Отделение – НБ Республика Татарстан;

Получатель: УФК РТ (Татарстанское УФАС России);

ИНН получателя: 1653003714;

КПП: 165501001;

БИК Банка: 049205001;

ОКТМО: по месту регистрации;

КБК: 161 116 26000 01 6000 140;

Назначение платежа: Уплата административного штрафа по делу А08-168/2015 за ненадлежащую рекламу.

Копию документа, подтверждающего уплату административного штрафа, лицо, привлеченное к административной ответственности, направляет должностному лицу, вынесшему постановление, по факсу (843) 238-19-46.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1, статьей 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течении 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 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.