

ООО «СМС-центр»

Пресненская набережная, д. 12,
офис А35,

г. Москва, 123112

jurist@smcsc.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу № 025/04/14.3-867/2022 о назначении административного наказания

5 декабря 2022 года г. Владивосток

13 часов 30 минут

Я, заместитель руководителя управления – начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Управления Федеральной антимонопольной службы по Приморскому краю (далее - Приморское УФАС России) <...>, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 025/04/14.3-867/2022 в отношении юридического лица – общества с ограниченной «СМС-центр» (ОГРН 1117746756489, дата присвоения ОГРН 26.09.2011, ИНН 7724805644, КПП 770301001) (далее - ООО «СМС-центр»), в связи с нарушением требований, установленных частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), выразившегося в распространении ненадлежащей рекламной информации, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ),

УСТАНОВИЛ:

В соответствии с частью 1 статьи 33 ФЗ «О рекламе», антимонопольный

орган осуществляет в пределах своих полномочий федеральный государственный контроль (надзор) в сфере рекламы, возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

19.05.2022 по результатам рассмотрения дела № 025/05/18-378/2022, Комиссия Приморского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) признала ненадлежащей рекламу, нарушающей требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

При рассмотрении дела № 025/05/18-378/2022 Комиссией установлены следующие обстоятельства.

23.03.2022 в Приморское УФАС России поступило заявление <...> (вх. № 2010) (далее также – Заявитель) относительно получения ею без предварительного согласия рекламной информации путем поступления на её мобильный телефон <...> нежелательных sms-сообщений, что противоречит требованиям части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Рекламные sms-сообщения поступили с телефонного номера с буквенным обозначением «SOBANK.ONL» следующего содержания:

- 20.12.2021 в 18:46 *«Заполните анкету и узнайте одобренный лимит: <https://clck.ru/ZA2WM>»;*
- 24.12.2021 в 20:48 *«Заполните анкету и узнайте одобренный лимит: <https://clck.ru/Yraqo>»;*
- 07.01.2022 в 19:43 *«Заполните анкету и узнайте одобренный лимит: <https://clck.ru/Yraqo>».*

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе», под рекламой понимается информация, распространенная любым способом, в любой форме

и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц

и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Из пункта 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» следует, что 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 пункту 3 статьи 3 ФЗ «О рекламе» товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», распространение рекламы по сетям электросвязи 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.

Своего согласия на получение рекламной информации по поступившим sms-сообщениям Заявитель не давала.

Из информации, представленной ПАО «МТС» (вх. № 48 ДСП от 07.04.2022) следует, что телефонный номер с буквенным обозначением «SOBANK.ONL», с которого поступили sms-сообщения, были отправлены заказчиком рассылки ООО «СМС-центр» (далее – также Общество). Оператор связи представил копию договора № 438642/МТС от 01.11.2019, заключенного с ООО «СМС-центр», и соглашение о замене Стороны по договору № 438642/МТС от 01.11.2019. Также ПАО «МТС» представило дополнительное соглашение № 01/12-21 от 01.12.2021 к договору № 438642/МТС от 01.11.2019 в котором указан номер заказчика рассылки «SOBANK.ONL».

Проходя по ссылке в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» <https://clck.ru/ZA2WM>, указанную в sms-сообщении, открывается сайт «Содействие банкам» - информационный портал, на котором имеется возможность подать заявку и узнать предварительное решение сразу от нескольких партнеров, после чего, клиенту останется выбрать подходящее предложение и получить его. Услуги на вышеуказанном сайте оказывает ИП Самохина Е.А.

Таким образом, Приморское УФАС России установило, что sms-сообщение распространяется и в интересах ИП Самохина Е.А.

19.05.2022 на заседание Комиссии стороны не явились, из письменных

пояснений (вх. № 2960 от 27.04.2022) ООО «СМС-центр» установлено, что сообщения от буквенного номера «SOBANK.ONL» абоненту были переданы заказчиком рассылки ООО «ДиСиАй Проджектс» в рамках договора № 304793 от 22.05.2017, заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «ДиСиАй Проджектс». Вместе с тем, ООО «СМС-центр» указывает, что является обществом которое предоставляет юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям технический доступ к сервису smsc.ru для самостоятельной передачи сообщений операторам связи с помощью различных протоколов передачи данных (SMPP, SMPT, HTTP, SOAP), следовательно ООО «ДиСиАй Проджектс» самостоятельно осуществило отправку указанных sms-сообщений (в том числе набор текста и ввод номера абонента, определение места и времени отправки) через выделенный доступ к технической платформе сервиса, соответственно ООО «СМС-центр» получает команду от заказчика только на маршрутизацию сообщения конкретному оператору связи, однако не имеет юридического права и технической возможности контролировать либо изменять содержание каждого сообщения и проверять наличие согласия абонентов на их получение, так как в рамках договора уже получило гарантию об их наличии.

Комиссией установлено, исходя из письменных пояснений ООО «ДиСиАй Проджектс», что общество не занимается самостоятельным проведением рассылок сообщений на номера абонентов сотовых операторов, а лишь предоставляет услуги по доступу к программному и аппаратному обеспечению своим партнёрам, которые в свою очередь занимаются заключением договоров с конечными заказчиками рассылок сообщений. Также в пояснении указано, что отправка сообщений на номер <...> производилась в рамках договора № 20170701-3-П-dci с партнером ООО «Авиатор». По результату электронного запроса Ticket#2022011040000434 от 11.01.2022 направленного в адрес ООО «Авиатор», стало известно, что конечным заказчиком рассылки является ИП Видякин И.А. (ИНН 663304915641) с которым у ООО «Авиатор» заключён договор на оказание услуг № 9453-A20 от 16.10.2020.

Согласие Заявителя на получение на получение рекламной информации в материалы дела не представлено.

Комиссия отмечает, в случаях при передаче доступа к программе третьим лицам, ООО «СМС-центр» остается лицом, за которым закреплен номер отправителя и который обеспечивает отправку направленных sms-сообщений, так как изначально именно с ООО «СМС-центр» и оператором связи ПАО «МТС» заключен договор на предоставление доступа к программному обеспечению, таким образом, ООО «СМС-центр» является рекламораспространителем.

В соответствии с частями 6, 7, 8 статьи 38 ФЗ «О рекламе», ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламодатель, рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в частях 6 и 7 настоящей статьи, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

В рассматриваемом случае рекламодателем является ООО «СМС-центр», рекламопроизводителем является ИП Самохина Е.А.

В соответствии с частью 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе», нарушение законодательства о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение законодательства о рекламе, 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, в действиях ООО «СМС-центр», как рекламодателя, следствием которых явилось распространение рекламы с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», усматривается состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Датой совершения административного правонарушения следует считать 20.12.2021 (дата поступления рекламы).

Местом совершения правонарушения следует считать г. Владивосток.

В связи с вышеизложенным, 30.09.2022 Приморским УФАС России было направлено уведомление о составлении протокола (исх. № 7041/07) и направлено ООО «СМС-центр» по адресу регистрации. Указанное уведомление было вручено адресату 07.10.2022 (почтовый идентификатор № 80080677504205).

18.11.2022 на составление протокола об административном правонарушении законный представитель ООО «СМС-центр» либо представитель по доверенности не явился.

Установлено, что 15.11.2022 от ООО «СМС-центр» поступило ходатайство

об отложении даты составления протокола (вх. № 8196-ЭП/22) которое приобщено к материалам дела.

Из системного толкования («Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2008 года», утвержденный постановлениями Президиума Верховного Суда РФ от 25.03.2009, от 04.03.2009) статей 23.1, 28.2, 28.3, 29.1 и части 6 статьи 29.7 КоАП РФ следует, что КоАП РФ не предусматривает возможности обсуждения ходатайства лица, привлекаемого к административной ответственности, должностным лицом, уполномоченным составлять протокол об административном правонарушении.

Таким образом, удовлетворение ходатайства лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, должностным лицом, уполномоченным составлять протокол об административном правонарушении, недопустимо.

В случае заявления такого ходатайства при составлении протокола об административном правонарушении должностное лицо, возбудившее дело об административном правонарушении, должно занести его в протокол об административном правонарушении, который должен быть направлен на рассмотрение.

В соответствии с частью 1 статьи 25.1 КоАП РФ, частью 5 статьи 25.5 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении (в том числе его защитник/представитель) вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, а также пользоваться иными процессуальными правами в соответствии с КоАП РФ.

В соответствии с частью 4 статьи 25.5 КоАП РФ защитник и представитель допускаются к участию в производстве по делу об административном правонарушении с момента возбуждения дела об административном правонарушении.

Согласно части 4.1 статьи 28.2 КоАП РФ, в случае неявки лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, если оно извещено в установленном порядке, протокол об административном правонарушении составляется в его отсутствие. Копия протокола об административном правонарушении направляется лицу, в отношении которого он составлен, в течение трех дней со дня составления указанного протокола.

Протокол составлен в отсутствие представителя ООО «СМС-центр».

Определением от 18.11.2022 (исх. № 8255/22) дело назначено к рассмотрению (почтовый идентификатор № 80095078263187).

05.11.2022 на рассмотрение дела представитель ООО «СМС-центр» не явился.

Установлено, что 05.12.2022 от ООО «СМС-центр» поступили письменные пояснения (вх. № 9006-ЭП/22) из которых следует, что общество не согласно с вменяемым нарушением и указывает, что в Арбитражном суде Приморского края находится на рассмотрении дело № А51-16360/2022 в рамках которого обжалуется дело № 025/05/18-378/2022 в связи с чем общество просит рассмотрение административного производства отложить до принятия решения Арбитражным судом.

Обращаю внимание, что принятое решение в рамках ФЗ «О рекламе» не является **основанием либо поводом** для возбуждения дела об административном правонарушении по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ (часть 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе»).

Таким образом, оснований для отложения или приостановления административного производства отсутствуют.

Исследовав имеющиеся в материалах дела документы, прихожу к заключению, что распространенная информация ООО «СМС-центр» является рекламой и распространялась/размещалась с нарушением требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Установлено, что ранее ООО «СМС-центр» не привлекалось Приморским УФАС России к административной ответственности за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе в течение года.

Согласно статье 3.1 КоАП РФ, административное наказание является установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений, как самим правонарушителем, так и другими лицами.

При назначении административного наказания лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

В соответствии с частью 2 статьи 4.2 КоАП РФ должностное лицо,

рассматривающие дело об административном правонарушении, может признать смягчающими обстоятельства, не указанные в КоАП РФ или в законах субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с пунктом 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ, являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II КоАП РФ или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 КоАП РФ, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 статьи 4.1.1 КоАП РФ.

Согласно пункту 3 статьи 3.4 КоАП РФ в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II КоАП РФ или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа может быть заменено являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, или юридическому лицу, а также их работникам на предупреждение в соответствии со статьей 4.1.1 КоАП РФ.

Правонарушение не нанесло вредных последствий, не повлекло угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, безопасности государства, а также не причинило имущественного ущерба. Учитывая изложенное, считаю возможным административное наказание в виде административного штрафа заменить на предупреждение.

Рассмотрев материалы дела, учитывая характер правонарушения, а также отсутствие отягчающих обстоятельств, установленных статьей 4.3 КоАП РФ, руководствуясь статьями 4.1.1, 14.3, 23.48, КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать юридическое лицо - ООО «СМС-центр» (ОГРН 1117746756489, дата присвоения ОГРН 26.09.2011, ИНН 7724805644, КПП 770301001) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, выразившегося в распространении рекламы с нарушением требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Применить к ООО «СМС-центр» меру ответственности в виде предупреждения.

В соответствии с частью 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Заместитель руководителя управления - начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции

2022-1837