

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу об административном правонарушении № 017/04/14.3-38/2019

г. Кызыл

06.06.2019 г.
каб. 2

ул. Комсомольская, 122А, 2 этаж,

Резолютивная часть постановления объявлена 6 июня 2019 года

Постановление изготовлено в полном объеме 6 июня 2019 года

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва (далее – Тывинское УФАС России) «...», руководствуясь статьей 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), рассмотрев протокол от 21.05.2019 года и иные материалы дела № 017/04/14.3-38/2019 об административном правонарушении в отношении юридического лица – Общества с ограниченной ответственностью «ЦАН – Мировая недвижимость» (ИНН 7842383580, ОГРН 1089847165341, КПП 784201001, юридический адрес: 191063, г. Санкт-Петербург, проспект Невский, д. 107, литер В, помещение 5Н, дата регистрации 23.04.2008) (далее - ООО «ЦАН – Мировая недвижимость»), по факту совершения административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ,

УСТАНОВИЛ:

Дело об административном правонарушении № 017/04/14.3-38/2019 рассмотрено в отсутствие надлежащим образом извещенного законного представителя юридического лица – ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» (отчет об отслеживании отправления с почтовым идентификатором № 80084435947204).

Событие административного правонарушения: нарушение рекламораспространителем законодательства о рекламе, а именно нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Рассмотрев материалы дела об административном правонарушении № 017/04/14.3-38/2019, прихожу к следующему:

Данное нарушение законодательства о рекламе установлено решением Тывинского УФАС России от 26.10.2018 года по делу № 04-04-02/20-18.

В адрес Тывинского УФАС России 28.06.2018 года (вх. № 2441) поступило обращение гр. «...» (гр. «...», заявитель) о распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента, направленное с ФАС России.

27.06.2018 года в 14:12 гр. «...» на свой абонентский номер «...» получил смс-сообщение с рекламой, отправленной с абонентского номера с индивидуальной подписью Assorti47 следующего содержания:

«В продаже последние квартиры в ЖК Ассорти. Заселение в августе. Подробнее: «...» Только на 4 квартиры скидка 3000 руб/м».

Вышеуказанная реклама была распространена по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

По данному факту определением Тывинского УФАС России от 27.08.2018 года в отношении АО «МегаЛабс», АО «Загрузка», ООО «ИнфоБип» возбуждено дело № 04-04-02/20-18 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исследовав материалы дела № 04-04-02/20-18, Комиссией Тывинского УФАС России установлены следующие обстоятельства.

Согласно статьи 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.

Объект рекламирования - 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. Пунктом 3 указанной статьи товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Текст указанного смс-сообщения, в силу пунктов 1-3 статьи 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку адресован неопределенному

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

В рассматриваемом деле № 04-04-02/20-18 объектом рекламирования являются продажа квартир в жилом комплексе Ассорти и предоставление скидок.

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 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.

Согласно пунктам 1 и 35 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 года № 126-ФЗ «О связи», абонент – пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь – любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Закона о связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма закрепляет положение, согласно которому лица, участвующие в непосредственном доведении sms-сообщений до конечных получателей, совместными последовательными действиями обеспечивают направление сообщения в сеть электросвязи, в конечном итоге доводя сообщение до оператора подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации абонентский номер «...» принадлежит номерной емкости оператора сотовой связи – ПАО «МегаФон».

Тывинским УФАС России в целях установления рекламораспространителя указанной рекламы был направлен запрос в ПАО «Мегафон» (от 03.07.2018 года исх. № 4-825).

Согласно информации ПАО «Мегафон» от 12.07.2018 года (вх. № 2624) абонентский номер «...» выделен в пользование гр. «...», что подтверждается договором об оказании услуг № «...» от «...» года.

Факт получения вышеуказанного смс-сообщения гр. «...» установлен, в соответствии с детализацией оказанных услуг по абонентскому номеру +«...» за 27.06.2018 года.

Также, согласно вышеуказанному письму ПАО «Мегафон», в связи с поступившим запросом ПАО «Мегафон» проведена проверка, в результате которой установлено, что отправка указанного в запросе смс-сообщения осуществлена от АО «Связной Загрузка», действующего как конечный заказчик оператора ПАО «Мегафон».

В подтверждение своих выводов ПАО «Мегафон» приложен договор, заключенный с Акционерным обществом «МегаЛабс» № «...» от «...» года, согласно которому оператор (ПАО «Мегафон») обязуется оказывать Партнеру (АО «МегаЛабс») за вознаграждение услуги, а Партнер обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Соглашением и приложениями к нему (пункт 2.1).

Под Услугой согласно пункту 1.1 Договора № «...» от «...» года понимается услуга по размещению посредством Каналов коммуникации рекламно-информационных материалов (далее - РИМ) Партнера (Клиента Партнера) среди Абонентов, а также по предоставлению доступа к Интерфейсу и поддержке функционирования Интерфейса.

Согласно разделу 3 договора № «...» от «...» года в рамках оказания Услуги Оператор обязуется предоставить Партнеру доступ к Интерфейсу для размещения рекламно-информационных материалов (далее - РИМ) Партнера среди Абонентов (пункт 3.1.).

При этом пунктом 3.6 указанного договора предусмотрено, что в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера, Партнер обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение реклам, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае использования в РИМ).

Пункт 4.3 договора предусматривает право Оператора осуществлять проверку размещаемых посредством Интерфейса SMS/MMS/USSD-сообщений, баннеров на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании

требований уполномоченных государственных органов или Оператора, и условиям Соглашения. Оператор вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения Партнером условий Соглашения.

Более того, в соответствии с пунктом 4.6 Партнер гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации.

Кроме того, пунктом 4.7 договора № «...» от «...» года предусмотрено, что Партнер при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Партнера, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы

В свою очередь, между АО «Связной Загрузка» (Заказчик) и АО «МегаЛабс» (Исполнитель) заключен договор № «...» от «...» года согласно которому Исполнитель обязуется оказывать Заказчику за вознаграждение Услуги, а Заказчик обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Договором, приложениями к нему и Заявками (пункт 2.1.).

Под Услугой согласно пункту 1.1 Договора № «...» от «...» года понимается услуга по размещению Рекламных кампаний среди Абонентов посредством Каналов коммуникации, услуга по предоставлению доступа к Интерфейсу для целей размещения РИМ Заказчиком (Клиентом Заказчика) с помощью Каналов коммуникации среди Абонентов, а также для направления Абонентам Сервисных и Транзакционных SMS-сообщений, по поддержке функционирования Интерфейса.

В рамках оказания Услуги исполнитель обязуется предоставить Заказчику доступ к Интерфейсу для размещения РИМ Заказчика среди Абонентов путем передачи Учетных данных (логина и пароля) (пункт 3.1 Договора № «...» от «...» года).

Пунктом 3.9 Договора № «...» от «...» года предусмотрено, что в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение реклам, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их упоминания в смс-сообщении) для целей размещения РИМ. Согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер <...> по которому Абонент дал согласие на получение СМС-сообщений. Согласие может быть предоставлено Абонентом либо Заказчику, либо Клиенту Заказчика.

Также пункт 4.3 договора указывает на право Исполнителя осуществлять проверку размещаемых посредством Интерфейса SMS-сообщений на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации, в том числе на основании требований уполномоченных государственных органов или Оператора, и условиям Договора. Исполнитель вправе осуществлять проверку надлежащего исполнения Заказчиком условий Договора.

При этом, Заказчик гарантирует соответствие размещаемых РИМ требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации, точность, полноту и достоверность информации, содержащейся в РИМ, соответствие такой информации требованиям Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», иным требованиям законодательства Российской Федерации (пункт 4.7 Договора № «...» от «...»).

Заказчик при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы (пункт 4.8 Договора № «...» от 01.08.2016).

Исходя из положений договоров, следует, что АО «МегаЛабс» и АО «Загрузка» 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 целях дальнейшего установления лиц, в действиях которых имеются признаки нарушения требований Закона о рекламе были направлены запросы от 17.07.2018 года за исх. № 4-889, 4-888 АО «Связной Загрузка», АО «МегаЛабс».

Согласно письму АО «МегаЛабс», поступившему в адрес Тывинского УФАС России от 01.08.2018 года (вх. № 2869), рассылка указанного смс-сообщения осуществлялось АО «Загрузка» в рамках Договора № «...» от «...».

06.08.2018 года (вх. № 2956) в адрес Тывинского УФАС России поступил ответ от АО «Загрузка», согласно которого рассылка смс-сообщения с рекламой была осуществлена по заказу ООО «ИнфоБип» в рамках исполнения договора № «...» от «...» года, заключенного между АО «Загрузка» (Исполнитель) и ООО «ИнфоБип» (Заказчик).

В соответствии с данным договором Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему технологическую услугу по обработке, отправке

Сообщений, формируемых и отправляемых Заказчиком (Клиентом Заказчика) и организацию взаимодействия между Заказчиком и Абонентом при помощи Системы (далее - услуги), а Заказчик обязуется оплатить оказанные услуги (пункт 21.1 Договора № «...» от «...» года)

Согласно пункту 1.3 Договора № «...» от «...» года под «Сообщениями» понимаются SMS-сообщения – совокупность систематизированных алфавитно-текстовых и цифровых знаков информационно-сервисного содержания, которая генерируется Заказчиком и предназначена к передаче Абонентам в электронной форме, согласно принятым стандартам передачи коротких текстовых сообщений (SMS) – рекомендация GSM 03.40 - по сети подвижной связи Оператора.

При этом, в условиях Договора № «...» от «...» года предусмотрена обязанность Заказчика (ООО «ИнфоБип») не отправлять через Систему Исполнителя (ЗАО «Связной Загрузка») сообщения, которые будут соответствовать признакам СПАМ, сообщения оскорбительного или клеветнического характера, разжигающие национальную, расовую или религиозную рознь, сообщения порнографической направленности, сообщения, нарушающие нормы действующего законодательства РФ (пункт 3.2.5).

Согласно пункту 1.4 указанного договора «СПАМ» - сообщение, отправленное Заказчиком и предназначенное по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленное Абоненту (Абонентам) без его (их) предварительного согласия и/или не позволяющее определить отправителя этого Сообщения, в том числе содержащее несуществующее или фальсифицированное Имя отправителя, а также сообщение, соответствующее критериям недобросовестной/недостоверной рекламы, содержащимся в Федеральных закона «О рекламе» и «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

Кроме того, пунктом 3.2.2 Договора № А-58/14р от 01.08.2014 года предусмотрено обязательство Заказчика не использовать права и (или) технические возможности, полученные в соответствии с настоящим договором, для осуществления действий, запрещенных законодательством РФ (таких как проведение азартных игр, направление Абонентам информации без согласия последних на ее получение и т.д.).

При этом, пункт 5.3 вышеназванного договора указывает, что ответственность за содержание исходящих от Заказчика сообщений несет сам Заказчик. Ни при каких обстоятельствах Исполнитель по настоящему договору не является ни рекламодателем, ни рекламопроизводителем, ни рекламораспространителем в понимании

ст. 3 Закона о рекламе.

18.09.2018 года (вх. № 3480) в адрес Тывинского УФАС России от АО «Загрузка» поступили письменные пояснения на определение от 27.08.2018 года с указанием доводов аналогичных представленной АО «Загрузка» информации от 06.08.2018 года (вх. № 2956), при этом к указанному письму приложены пояснения ООО «ИнфоБип», согласно которым, между ООО «ИнфоБип» и контрагентом, осуществлявшим СМС-рассылку на абонентский номер «...» был заключен Договор оказания услуг (далее - Договор), на основании которого им осуществлялась СМС-рассылка. Согласно указанному Договору ООО «ИнфоБип» предоставляет Заказчику только техническую возможность отправки СМС-сообщения и не несет ответственность за содержание сообщений и получения согласия абонентов. При этом, ООО «ИнфоБип» оказывает услуги по приему и передаче Оператором подвижной радиотелефонной связи электронных сообщений – СМС, - являясь технологическим посредником между заказчиками. Также в пояснениях ООО «ИнфоБип» указано, что Общество является оператором связи по смыслу ст. 2 Федерального закона от 7 июля 2003 года № 126-ФЗ «О связи», обладающее лицензией № «...» от «...» года. Кроме того, в соответствии с условиями Договора ООО «ИнфоБип» был направлен запрос контрагенту с требованиями пояснить соответствие Закону о рекламе направленного указанному абоненту СМС-сообщения и представить подтверждение наличия согласия на получение СМС-сообщения.

Вместе с тем, к указанным пояснениям ООО «ИнфоБип» не приложена копия Договора оказания услуг с контрагентом и не указано наименование контрагента.

13.09.2018 года (вх. № 3439) в адрес Тывинского УФАС России, поступили письменные пояснения АО «МегаЛабс» на определение от 27.08.2018 года с аналогичными доводами, указанными в письме от 01.08.2018 года (вх. № 2869)

В назначенное определением о возбуждении дела от 27.08.2018 года время на рассмотрение дела № 04-04-02/20-18 законный представитель ООО «ИнфоБип» не явился, представителя с должным образом оформленными полномочиями не направил, ходатайств не заявлял, а у Тывинского УФАС России отсутствовали доказательства надлежащего извещения законного представителя ООО «ИнфоБип» о времени и месте рассмотрения дела № 04-04-02/20-18.

Кроме того, ООО «ИнфоБип» в адрес Тывинского УФАС России не представлена информация, запрошенная определением от 27.08.2018

года по делу № 04-04-02/20-18, в связи с чем, рассмотрение дела отложено.

Определением Тывинского УФАС России от 19.09.2018 года (исх. № 4-1240) у ООО «ИнфоБип» были повторно запрошены документы, свидетельствующие получение от гр. Шевелева А.С. предварительного согласия на получение смс-сообщения с указанной рекламой, а также всю имеющуюся информацию о лицах, состоявших в указанной цепочке, посредством которого осуществлена смс-рассылка с рекламой.

Запрашиваемые сведения ООО «ИнфоБип» в адрес Тывинского УФАС России не представлены, в связи с чем Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/20-18 пришла к выводу об отсутствии у ООО «ИнфоБип» предварительного согласия заявителя на получение смс-сообщения с рекламой от ООО «ИнфоБип» на абонентский номер заявителя.

Согласно статьи 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 делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

В соответствии с частью 1 статьи 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности. В этой связи гражданские права и обязанности возникают, в том числе, из договоров.

Исходя из материалов дела № 04-04-02/20-18, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

- Договор № «...» от «...» года, заключенный между ПАО «Мегафон» и АО «МегаЛабс»;
- Договор № «...» от «...» года между АО «Связной Загрузка» (Заказчик) и АО «МегаЛабс» (Исполнитель);
- Договор № «...» от «...» года, заключенный между ООО «ИнфоБип» и ЗАО «Связной Загрузка».

Исходя из анализа упомянутых положений договоров представляется возможным сделать вывод о том, что распространение СМС-сообщений осуществляется путем их передачи последовательно в целях

непосредственного доведения таких сообщений до их конечных получателей.

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

ООО «ИнфоБип», АО «Загрузка», АО «МегаЛабс» в настоящем случае не предприняли 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 лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке СМС-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ООО «ИнфоБип», АО «Загрузка», АО «МегаЛабс» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на Общества не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

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 лиц, участвующих в деле, 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 части 2

статьи 10 ГК РФ не подлежит защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, 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 ООО «ИнфоБип», АО «Загрузка», АО «МегаЛабс» 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.

Названное обстоятельство свидетельствует о необходимости осуществления со стороны ООО «ИнфоБип», АО «Загрузка», АО «МегаЛабс» определенного контроля за действиями своих контрагентов по договорам.

Однако ООО «ИнфоБип», АО «Загрузка», АО «МегаЛабс» в настоящем случае не предприняты достаточные меры, направленные на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

При этом, каких-либо доказательств невозможности предварительного выяснения у лица, передающего сообщения, факта наличия согласия абонента на получение рекламы ООО «ИнфоБип», АО «Загрузка», АО «МегаЛабс» не представлены.

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 передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ООО «ИнфоБип», АО «Загрузка», АО «МегаЛабс» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Таким образом, в нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе ООО «ИнфоБип», АО «Загрузка» и АО «МегаЛабс» 27.06.2018 года в 14 часов 12 минут с абонентского номера с индивидуальной подписью Assorti47 осуществили рассылку смс-сообщения с рекламой следующего содержания: *«В продаже последние квартиры в ЖК*

Ассорти. Заселение в августе. Подробнее: «...» Только на 4 квартиры скидка 3000 руб/м» на абонентский номер гр. «...» без предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Законом о рекламе определены понятия «рекламодатель», «рекламораспространитель» и «рекламопроизводитель». В соответствии с пунктами 5 - 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании изложенного, Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/20-18 всесторонне, полно и объективно исследовав, и оценив имеющиеся в деле доказательства, пришла к выводу, что рекламораспространителями рассматриваемой рекламы являются ООО «ИнфоБип», АО «Загрузка» и АО «МегаЛабс».

В силу части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 указанного закона, несет рекламораспространитель.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рекламы гр. «...» на его абонентский номер без его предварительного согласия на получение рекламы в материалы дела № 04-04-02/20-18 не представлено, в связи с чем Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению настоящего дела также пришла к выводу о необходимости выдачи рекламораспространителям предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

11.12.2018 года (вх. № 5016) в адрес Тывинского УФАС России от ООО «ИнфоБип» поступили письменные пояснения во исполнение предписания, выданного на основании решения по делу № 04-04-02/20-18 от 26.10.2018 из которых следует, что между ООО «ИнфоБип» и ООО «Имобис» (ИНН 7840343366, ОГРН 5067847184114, юридический адрес: 194156, г. Санкт-Петербург, проспект Энгельса, д. 33, корпус 1, литер А, оф. 307-308, дата регистрации 28.07.2006) (далее – ООО «Имобис») заключен Договор оказания услуг № 1501201001 от 15.01.2010 года. При этом, ООО «ИнфоБип» неоднократно запрашивало у ООО «Имобис» подтверждения наличия согласия абонента +»...».

Согласно Договору оказания услуг № 1501201001 от 15.01.2010 года

Исполнитель (ООО «Телематик») предоставляет за плату Заказчику (ООО «ИМОБИС») услуги по предоставлению доступа к Системе в течении определенного периода в определенном объеме в соответствии с действующими тарифами Исполнителя, согласованными Сторонами, и Правилами предоставления услуг (пункт 2.1).

Согласно пункту 1.5 Договора оказания услуг № 1501201001 от 15.01.2010 года система – информационная система Исполнителя, комплекс программно-технических средств и организационных мероприятий, позволяющий Заказчику зарегистрироваться, формировать, отправлять, отслеживать статус и получать подтверждение о доставке SMS, контролировать свой счет и статистику операций с SMS.

При этом Заказчик в обязательном порядке должен получить от Абонента, на телефон которого планируется отправка SMS с информацией Заказчика, согласие на получение таких сообщений в такой форме, которая может быть предъявлена Оператору и не оставляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности Абонента на получение SMS с информацией Заказчика (пункт 3.2.2).

Согласно сведениям из Единого государственного реестра юридических лиц, наименование юридического лица с ИНН 7840343366 - Общество с ограниченной ответственностью «Информационные мобильные сервисы».

В рамках рассмотрения дела № 04-04-02/20-18 информация об участии ООО «Имобис» в распространение смс-сообщения с рекламой отсутствовала.

По данному факту определением от 24.12.2018 года было возбуждено дело об административном правонарушении № А86-14.3/18 в отношении ООО «Имобис» по признакам нарушения части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и проведено административное расследование.

Согласно письменным пояснениям, представленным ООО «Имобис» (вх. № 787 от 27.02.2019 года) в рамках административного расследования, указанную рассылку осуществляло ООО «Информер» (ИНН 7840487294, ОГРН 1137847136283).

27.02.2019 года (вх. № 788) от ООО «Информер» поступили письменные пояснения, согласно которым ООО «Информер» обеспечивает доступ к Системе ООО «Информер» для отправки сообщений Абонентам, но инициатором рассылки не является. Рассылку указанного сообщения осуществляло ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» (ИНН 7842383580, ОГРН 1089847165341). ООО «ЦАН-Мировая недвижимость» предоставило

информационное письмо от 20.08.2018 года о том, что «...» является клиентом компании ООО «ЦАН-недвижимость» на основании договора оказания услуг № «...» от «...» года. При этом, согласно Политики в отношении обработки персональных данных, пользователь соглашается на обработку и использование его персональных данных при заполнении первичной заявки, в том числе на получение рекламных акций.

25.03.2019 года от ООО «Информер» также поступили письменные пояснения, аналогичные письму от 27.02.2019 года (вх. № 788).

В связи с указанными обстоятельствами, 15.03.2019 года Тывинским УФАС России в адрес ООО «ИнфоБип» направлен запрос о предоставлении договора с ООО «Информер», заключенного в целях передачи 27.06.2018 года в 14:12 на абонентский номер «...», принадлежащий гр. «...» смс-сообщения с рекламой, отправленной с абонентского номера с индивидуальной подписью Assorti4.

22.03.2019 года (вх. № 1099) в адрес Тывинского УФАС России от ООО «Информер» поступили письменные пояснения с приложением подтверждающих документов, согласно которым следует, что между ООО «ИнфоБип» и ООО «Информер» заключен договор № «...» от «...» года. В пункте 3.2.3. Договора указанного Договора установлена обязанность Заказчика (ООО «Информер») использовать Услугу только для передачи информации Абонентам, от которых получено предварительное письменное согласие на получение таких сообщений. Согласно пункта 3.2.4. заказчик (ООО «Информер») обязуется не использовать услугу для распространения СПАМа.

По факту предоставления ООО «ИнфоБип» данных в отношении ООО «Информационные мобильные сервисы» указано, что информация была предоставлена в виду добросовестного заблуждения об участии ООО «Информационные мобильные сервисы» в данной рассылке, поскольку переписка между ООО «ИнфоБип» и ООО «Информер» велась с доменного имени @imobis.ru.

Согласно письменных пояснений от 11.04.2019 года (вх. № 1403), представленных ООО «Информер» в рамках возбужденного дела об административном правонарушении № А19-14.3/19 ООО «Информер» обеспечивает доступ к Системе ООО «Информер» для отправки сообщений Абонентам, но инициатором рассылки не является. Доступ предоставляется на основании Договора публичной оферты оказания услуг «Рассылка сообщений», расположенной по адресу: «...». В подтверждение представлен Акцепт (на публичную оферту об оказании услуги «Рассылка сообщений»), заполненный ООО «ЦАН-Мировая недвижимость» от 14.10.2016 года.

Договором публичной оферты оказания услуги «Рассылка сообщений» (в редакции от 01.06.2016 года) (далее – Договор публичной оферты), размещенной по адресу: «...», предусмотрено, что в соответствии с настоящей Офертой (Договором), Исполнитель (ООО «Информер») на возмездной основе оказывает Заказчику услуги по обеспечению доступа к Системе (далее - Услуги), в соответствии с действующими Тарифами Исполнителя, закрепленными в Личном кабинете (пункт 3.1.).

Согласно пункту 2 указанного Договора публичной оферты «Система» - комплекс программных средств Исполнителя, обеспечивающих Заказчику возможность пользоваться услугами «СМС-рассылка», «МЭЙЛ-рассылка», «Вайбер-рассылка», а также возможность контроля своего электронного виртуального счета.

Пунктом 4.1.2. Договора публичной оферты предусмотрено, что Исполнитель (ООО «Информер») обязан через собственные технические средства сформировать реквизиты доступа Заказчика к Системе и передать их на электронную почту Заказчика.

В свою очередь Заказчик обязан не передавать реквизиты доступа к Системе третьим лицам и сохранять их конфиденциальность. При этом стороны согласились считать все действия, произведенные с помощью реквизитов доступа Заказчика к системе, как сделанные Заказчиком, а также по воле и с согласия Заказчика (пункт 4.3.2. Договора публичной оферты).

Таким образом, анализ вышеуказанных пунктов договора, свидетельствует, что ООО «ЦАН-Мировая недвижимость» совершало действия по формированию СМС-сообщения, определяло получателей СМС-сообщения, и в связи, с чем действия Общества отвечают понятию «рекламораспространитель» (лицо, осуществляющее распространение рекламы с использованием любых средств).

Кроме того, согласно информации ООО «ЦАН – Мировая недвижимость», предоставленной ООО «Информер» «...» является клиентом компании ООО «ЦАН-недвижимость» на основании договора оказания услуг № «...» от «...» года. При этом, согласно Политики в отношении обработки персональных данных, пользователь соглашается на обработку и использование его персональных данных при заполнении первичной заявки, в том числе на получение рекламных акций.

Между тем, согласно Информационному письму ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» предоставить данные по первичной заявке «...» не представляется возможным, т.к. срок хранения первичных заявок составляет 30 дней.

При этом, условиями договора оказания услуг № «...» от «...» года, заключенного между ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» и гр. «...» также не предусмотрено согласие абонента на получение смс-сообщения с рекламой.

Кроме того, согласно информации, гр. «...» от 15.04.2019 года (вх. № 1455), он не давал согласия на распространение ему рассматриваемой рекламы.

В связи с указанными обстоятельствами, определением от 23.04.2019 года было возбуждено дело об административном правонарушении № 017/04/14.3-38/2019 в отношении ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» по признакам нарушения части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и проведено административное расследование.

Согласно информации, представленной ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» (вх. Тывинского УФАС России № 1994 от 21.05.2019 года) в рамках административного расследования, Общество также указывает, что срок хранения заявок с сайта компании от потенциальных клиентов составляет 30 календарных дней, поскольку с даты отправления рассылки прошло более 10 месяцев, предоставить персональное согласие на получение информации от «...» невозможно. При этом в качестве косвенного доказательства Обществом представлено дополнительное соглашение к договору № «...» от «...» года в котором, как отмечает Общество, со стороны гр. Шевелева А.С. имеется подтверждение отсутствия каких-либо претензий в адрес компании.

Кроме того, Общество указывает, что ООО «Информер» перед осуществлением рассылки в адрес гр. «...» не отправляло запрос для подтверждения наличия (либо отсутствия) согласия гр. «...» на получение СМС-рассылки.

Вместе с тем, необходимо отметить, что для признания надлежащим факта получения рекламораспространителем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть явно выраженное желание абонента либо адресата на получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта.

Ссылка ООО «Цан-Мировая недвижимость» на дополнительное соглашение, где имеется подтверждение об отсутствии со стороны гр. «...» каких-либо претензий в адрес компании отклоняется, в связи с тем, что указанное обстоятельство не свидетельствует о предоставлении гр. «...» согласия на рассылку на его абонентский номер СМС-сообщения с рекламой. Кроме того, на момент подписания указанного соглашения гр. «...» не было известно о том, что указанная реклама распространена ООО «Цан-Мировая недвижимость».

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи рассылка также признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Следовательно, ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» не представило согласие гр. «...» на получение рекламы посредством совершения последним именно активных действий, в том числе, письменного согласия.

Как сообщил заявитель, он не давал согласия на распространение ему рассматриваемой рекламы. Материалы, подтверждающие дачу согласия абонентом – владельцем указанного номера, на рассылку ему рекламных SMS-сообщений, отсутствуют.

Таким образом, ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» также является неотъемлемой частью правоотношений, сложившихся в процессе передачи СМС-сообщения конечному потребителю, в данном случае – гр. «...». Отсутствие Общества в этих правоотношениях сделало бы распространение указанного сообщения невозможным.

ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе, несмотря на то, что было осведомлено о цели использования предоставляемых ему услуг, а именно о рассылке смс-сообщений информационного и рекламного характера.

Согласно статье 2.10 КоАП РФ, юридические лица подлежат административной ответственности за совершение административных правонарушений в случаях, предусмотренных статьями раздела II КоАП РФ (в том числе статьей 14.3) или законами субъектов Российской

Федерации об административных правонарушениях,

В соответствии с частью 1 статьи 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 частью 2 статьи 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.

За нарушение Закона о рекламе рекламодатель несет административную ответственность, предусмотренную частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем 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.

Объектом правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, являются общественные отношения в области рекламы, а также регламентированный порядок осуществления предпринимательской деятельности.

Объективная сторона состава административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, состоит в действиях рекламодателя, признанных недопустимыми законодательством Российской Федерации о рекламе: распространение рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Субъектами данного правонарушения являются юридические и должностные лица, которые ненадлежащим исполнением своих обязанностей обусловили совершение административного правонарушения.

Субъектом административного правонарушения в данном случае

выступает юридическое лицо – ООО «ЦАН – Мировая недвижимость».

Вина ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» состоит в распространении 27.06.2018 года в 14:12 гр. посредством смс-сообщений на телефонный номер «...» рекламы: «*В продаже последние квартиры в ЖК Ассорти. Заселение в августе. Подробнее: «...» Только на 4 квартиры скидка 3000 руб/м*» с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе. Должностным лицом Тывинского УФАС России не установлено, а ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» не представлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

Действующее законодательство Российской Федерации, в том числе и Закон о рекламе, является общедоступной, а не закрытой информацией, поэтому ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» имело возможность и должно было изучить действующее законодательство, проявить должное отношение к осуществлению деятельности рекламодателя, предвидеть и не допустить установленное нарушение законодательства о рекламе.

О д н а к о ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» как рекламодатель, не проявило должной степени ответственности и осмотрительности, что привело к совершению им действий по распространению рассматриваемой ненадлежащей рекламы, содержащих событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП.

Таким образом, определяя степень виновности ООО «ЦАН – Мировая недвижимость», следует отметить, что ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» не выполнило установленные действующими нормативными правовыми актами обязанности по соблюдению требований законодательства Российской Федерации о рекламе.

Следовательно, юридическое лицо – ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» совершило административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Согласно части 3 статьи 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.

Обстоятельства, отягчающие административную ответственность ООО «ЦАН – Мировая недвижимость», предусмотренные статьей 4.3 КоАП РФ,

в ходе рассмотрения дела не установлены.

В соответствии со статьей 4.2 КоАП РФ обстоятельством, смягчающим административную ответственность ООО «ЦАН – Мирская недвижимость», является совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, впервые.

Обстоятельства, свидетельствующие о малозначительности совершенного административного правонарушения, не выявлены.

Вместе с тем, частью 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ установлено, что 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 настоящего Кодекса 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 настоящей статьи.

В соответствии с частью 2 статьи 4.1.1 КоАП РФ административное наказание в виде административного штрафа не подлежит замене на предупреждение в случае совершения административного правонарушения, предусмотренного статьями 14.31 - 14.33, 19.3, 19.5, 19.5.1, 19.6, 19.8 - 19.8.2, 19.23, частями 2 и 3 статьи 19.27, статьями 19.28, 19.29, 19.30, 19.33 КоАП РФ.

В соответствии с частью 2 статьи 3.4 КоАП РФ предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 24.07.2007 N 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в

Российской Федерации» субъекты малого и среднего предпринимательства – это хозяйствующие субъекты (юридические лица и индивидуальные предприниматели), отнесенные в соответствии с условиями, установленными названным Федеральным законом, к малым предприятиям, в том числе к микропредприятиям, и средним предприятиям.

Согласно представленной Обществом 21.05.2019 года (вх. № 1994) информации и сведениям из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» включено в данный реестр под категорией микропредприятие.

Согласно части 2 статьи 1.7 КоАП РФ закон, смягчающий или отменяющий административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом улучшающий положение лица, совершившего административное правонарушение, имеет обратную силу, то есть распространяется и на лицо, которое совершило административное правонарушение до вступления такого закона в силу и в отношении которого постановление о назначении административного наказания не исполнено. Закон, устанавливающий или отягчающий административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом ухудшающий положение лица, обратной силы не имеет.

Таким образом, с учетом положений статьей 1.7, 3.4, 4.1.1 КоАП РФ за совершенное ООО «ЦАН – Мировая недвижимость» правонарушение административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене предупреждением.

Местом совершения административного правонарушения является город Санкт-Петербург.

Временем совершения административных правонарушений является дата направления вышеуказанного смс-сообщения на номер заявителя, а именно: 27.06.2018 в 14 часов 12 минут.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать юридическое лицо – Общество с ограниченной ответственностью «ЦАН – Мировая недвижимость» (ИНН 7842383580,

ОГРН 1089847165341, КПП 784201001, юридический адрес: 191036, г. Санкт-Петербург, проспект Невский, д. 107, литер В, помещение 5Н, дата регистрации 23.04.2008), виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Назначить юридическому лицу – Обществу с ограниченной ответственностью «ЦАН – Мировая недвижимость» (ИНН 7842383580, ОГРН 1089847165341, КПП 784201001, юридический адрес: 191036, г. Санкт-Петербург, проспект Невский, д. 107, литер В, помещение 5Н, дата регистрации 23.04.2008), по факту совершения им административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, административное наказание в виде предупреждения.

В соответствии со статьей 31.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление, об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного на его обжалование, если постановление не было обжаловано или опротестовано, либо после истечения срока, установленного для обжалования решения по жалобе, протесту, если указанное решение не было обжаловано или опротестовано.

Постановление по делу об административном правонарушении в соответствии со статьями 30.1, 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях может быть обжаловано вышестоящему должностному лицу, либо в суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Руководитель управления

"..."