

ООО «СМС Трафик»

проезд Южнопортовый 2-й, д. 20А, стр. 4,

подъезд 1, этаж 2, г. Москва, 115088

№ 4298/04-04 от 16.04.2018

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания в виде наложения штрафа

по делу об административном правонарушении № 04-04/21А-18

«12» апреля 2018 года г. Ярославль

Временно исполняющий обязанности заместителя руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области (далее – Ярославское УФАС России) Гудкевич Е. В., рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 04-04/21А-18, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» (далее — ООО «СМС Трафик», Общество), место нахождения: 115088, г. Москва, проезд Южнопортовый 2-й, д. 20А, стр. 4, подъезд 1, этаж 2, место фактического осуществления деятельности: 115088, г. Москва, проезд Южнопортовый 2-й, д. 20А, стр. 4, подъезд 1, этаж 2, дата регистрации в качестве юридического лица 28.01.2005 г. Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 46 по г. Москве, ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257, КПП 772301001, в отсутствие ООО «СМС Трафик», уведомленного надлежащим образом,

УСТАНОВИЛ:

ООО «СМС Трафик» направлено ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие указанного лица (вх. № 5948 от 12.04.2018).

Ярославским УФАС России в ходе проведения проверки в связи с поступившим 09 октября 2017 года от физического лица обращением установлен факт получения данным лицом смс-сообщения рекламного характера: «29,90р/10 шт на яйцо куриное С1 Чебаркульская птица 9-11.10 в О`КЕЙ Екатеринбурга» 08.10.2017 в 15:00 от отправителя «О`КЕЙ» через смс-центр +7-903-701-11-11 на номер без согласия абонента на его получение.

Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

Исходя из содержания рассматриваемой информации, она адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к товарам

супермаркета «О`КЕЙ», формирование и поддержание интереса к данным товарам и продвижения их на рынке, и, следовательно, эта информация является рекламной.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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.

Указанное сообщение получено абонентом без его согласия на получение данной информации, что не соответствует требованиям, установленным в части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 данного закона несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Получение указанного смс-сообщения 08.10.2017 в 15:00 от отправителя «О`КЕЙ» через смс-центр +7-903-701-11-11 на номер подтверждается в информации, предоставленной оператором заявителя ПАО «Вымпелком» (вх. № 12476 от 23.11.2017). Также получение указанного смс-сообщения на номер подтверждается соответствующими скриншотом, предоставленным самим заявителем.

Кроме того, ПАО «Вымпелком» в ответе на запрос Ярославского УФАС России сообщило (вх. № 12476 от 23.11.2017, № 1247 от 05.02.2018), что отправителем рассматриваемого смс-сообщения является ООО «Дэни Колл», с которым заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № 576974438 от 13.11.2015 г., а также дополнительное соглашение № 1 от 09.11.2015 г. Копия указанного договора и дополнительного соглашения представлена в материалы дела.

В соответствии с пунктом 1.1 дополнительного соглашения ПАО «Вымпелком» предоставило абоненту ООО «Дэни Колл» услуги доступа к программно-аппаратному комплексу для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами абонента и/или абонентом.

Согласно пункту 1.3 дополнительного соглашения при пользовании указанными услугами абонент ООО «Дэни Колл» самостоятельно без участия оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует текст и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские номера своих клиентов.

В пункте 1.4 указанного дополнительного соглашения содержится информация о том, что для пользования услугами абонент ООО «Дэни Колл» не ранее 3 рабочих дней до даты рассылки сообщений направляет оператору ПАО «Вымпелком» информацию, необходимую для рассылки сообщений. Форма заказа на рассылку

приведена в приложении № 1 к дополнительному соглашению. Оператор в течение 3 рабочих дней с даты получения согласовывает заказ на рассылку.

В пояснениях ПАО «Вымпелком» указано, что формой заказа на рассылку предусмотрено согласование следующих видов коротких текстовых сообщений: транзакционные, сервисные, мультиподпись. Смс-сообщения, не соответствующие согласованным в заказе видам сообщений, идентифицируются программно-аппаратным комплексом в качестве рекламных.

Согласно пункту 4.2 дополнительного соглашения ООО «Дэни Колл» обязуется осуществлять отправку сообщений только на телефонные номера тех пользователей, которые предоставили ООО «Дэни Колл» и/или партнерам согласие на получение рекламных сообщений.

Для осуществления рассматриваемой рассылки ООО «Дэни Колл» зарегистрировало в программно-аппаратном комплексе ПАО «Вымпелком» партнера ООО «Окей» с присвоением партнеру аккаунта 7826087713, а также идентификатора 0811010781.

К указанным пояснениям ПАО «Вымпелком» приложены копии счета № 100281106241 от 31.10.2017 г., счета-фактуры № 100281106241 от 31.10.2017 г., выписки из приложения к счету № 100281106241 от 31.10.2017 г., платежных поручений № 707 от 06.12.2017 г., № 679 от 08.12.2017 г., № 720 от 19.12.2017 г., № 701 от 20.12.2017 г.

ООО «Дэни Колл» в ответе на запрос Ярославского УФАС России сообщило (вх. № 12534 от 24.11.2017), что между ООО «Дэни Колл» и заказчиком ООО «СМС Трафик» заключен договор № 105/SMS от 01.11.2016 г., в соответствии с которым ООО «Дэни Колл» оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки смс-сообщений.

Согласно пункту 6. 4 заказчик ООО «СМС Трафик» несет полную ответственность за содержание, достоверность и полноту, законность информации в смс-сообщениях.

В соответствии с пунктом 3.2.2 указанного договора заказчик ООО «СМС Трафик» вправе при пользовании услугами исполнителя самостоятельно без участия исполнителя определять содержание смс-сообщений, редактировать и формировать текст, определять, является ли информация в сообщениях рекламой, осуществлять отправку смс-сообщений.

16.06.2017 г. в адрес ООО «Дэни Колл» со стороны ООО «СМС Трафик» был направлен запрос по электронной почте на регистрацию имени «Окей», данный запрос был принят. Далее информация была направлена на регистрацию в адрес ПАО «Вымпелком» согласно регламенту проверок, оператор проверил и включил имя «Окей» с 01.07.2017 г., что подтверждается скриншотами из личного кабинета.

Согласование текста смс-сообщений происходит на стороне ООО «СМС Трафик» с заказчиком рассылки ООО «Окей».

К указанным пояснениям, в том числе, приложены копии скриншотов из личного кабинета ПАО «Вымпелком».

ООО «СМС Трафик» в ответе на запрос Ярославского УФАС России сообщило (вх. № 12944 от 04.12.2017), что инициатором рассылки рассматриваемого смс-

сообщения является ООО «О`кей» в соответствии с договором № 192/15 от 15.04.2015 г., заключенным между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ООО «О`кей» (Заказчик). Исполнитель по заданию заказчика оказывает последнему услуги доступа к системе, обеспечивающей обработку, отправку смс-сообщений. Исполнитель ООО «СМС Трафик» никак не участвует в формировании текста сообщений, базы абонентов для отправки, не осуществляет выбор адресатов, не является распространителем рекламы.

Комиссией установлено, что в договоре № 192/15 от 15.04.2015 г. указана рассылка по базе электронных e-mail адресов. Следовательно, данный договор не относится к рассматриваемой смс-рассылке.

Вместе с тем, в материалы дела также представлен договор № 228/17 от 01.07.2017 г.

ООО «О`кей» в ответе на запрос Ярославского УФАС России сообщило (вх. № 11636 от 03.12.2017), что рекламодателем и рекламопроизводителем является ООО «О`кей». Рекламораспространителем является ООО «СМС Трафик». Копия заключенного договора № 228/17 от 01.07.2017 г. представлена. Согласие на получение рекламных сообщений получено со стороны гражданки, г.р. Копия указанной анкеты представлена. Также представлена копия акта оказанных услуг от 31.10.2017 г. по договору № 228/17 от 01.07.2017 г.

В материалы дела представлено несколько аналогичных копий анкеты гражданки. Вместе с тем в одной из копий указана дата заполнения от 2015 г., остальные копии не содержат даты их заполнения.

Рассматриваемая реклама распространялась на номера постоянных покупателей ООО «О`кей», выразивших согласие на получение смс-сообщений рекламного характера.

Кроме того, в данных пояснениях ООО «О`кей» также указано, что при заполнении анкет постоянного покупателя владельцы номеров телефонов не указывают адреса регистрации, в связи с чем определить субъекты РФ, на территории которых осуществлялось распространение рассматриваемой рекламы, не представляется возможным.

23 октября 2017 г. в связи с поступившим звонком от гражданина, не получавшего карту постоянного покупателя «О`кей» и проживающего в г. Рыбинске Ярославской области, на телефон горячей линии ООО «О`кей» абонентский номер удален из базы покупателей и отключен от рекламных рассылок.

Комиссией также установлено, что заявителем, получившим рассматриваемое смс-сообщение с рекламой и являющимся абонентом, которому принадлежит номер <...> на который поступило смс-сообщение, является другое физическое лицо, которое не давало согласия на рассылку, которому абонентский номер выделен в 2009 году. Следовательно, получение согласия в данном случае не является надлежащим.

ООО «О`кей» в материалы дела также представлена электронная переписка (вх. № 884 от 26.01.2018) о согласовании рассылки и текста смс-сообщений с ООО «СМС Трафик», из которой следует, что рассылку смс-сообщений осуществляло

ООО «СМС Трафик».

пункте 1.1 договора № 228/17 от 01.07.2017 г. указано, что Исполнитель ООО «СМС Трафик» обязуется оказывать, а заказчик ООО «О`кей» принимать и оплачивать услуги по рассылке рекламно-информационных сообщений, осуществляемой посредством сети подвижной радиотелефонной связи и электросвязи, а также обязуется оказывать дополнительные услуги, в том числе, но не ограничиваясь, разработку шаблонов и макетов указанных рассылок.

В подпункте 5 пункта 3.1 указано, что Исполнитель ООО «СМС Трафик» предоставляет Заказчику ООО «О`кей» доступ к личному кабинету (системе отчетности), расположенному на сайте www.smstraffic.ru. Доступ предоставляется заказчику в целях управления рассылками, включая, но не ограничиваясь: создание рассылок (загрузка списков получателей рассылок и внесение текста рассылки) изменение списка получателей рассылки, предварительный расчет стоимости рассылок, получение информации о балансе, а также статистики о произведенных рассылках.

Согласно подпункту 6 пункта 3.1 указанного договора Исполнитель ООО «СМС Трафик» обязан произвести интеграцию системы Исполнителя с системой «Окей» с целью получения списков получателей рассылки со стороны заказчика, получения шаблонов рекламно-информационных сообщений для дальнейшей рассылки, предоставления отчетности заказчику.

В соответствии с подпунктом 7 пункта 3.1 данного договора Исполнитель ООО «СМС Трафик» обязан проверять соответствие рекламно-информационных материалов требованиям действующего законодательства РФ о рекламе. В случае выявления несоответствия рекламно-информационных материалов требованиям действующего законодательства РФ о рекламе отклонить заявку заказчика и не осуществлять рассылку предоставленных Заказчиком ООО «О`кей» рекламно-информационных материалов.

ООО «СМС Трафик» представлены письменные пояснения (вх. № 12944 от 04.12.2017), в которых, в частности, указано, что в адрес ООО «О`кей» был направлен запрос о предоставлении предварительного согласия. ООО «О`кей» в ответ на запрос предоставило анкету гражданки г.р.

Следовательно, проверка наличия согласия на рассылку ООО «СМС Трафик» осуществлялась в данном случае после проведения рассылки.

Поскольку как следует из материалов дела, абонентский номер заявителю выделен в 2009 году, а одна из копий анкеты гражданки содержит дату заполнения от 2015 г., то в данном случае довод ООО «СМС Трафик» об обязанности лица, заполнившего анкету, уведомить об изменении номера, является также не состоятельным, так как анкета изначально получена не от владельца абонентского номера, на который рассылалась реклама.

В Письме ФАС России от 25.09.2017 г. № АК/65823/17 «О распространении рекламы по сетям электросвязи посредством смс-рассылки» указано, что признание оператора сотовой связи рекламораспространителем возможно, если есть сведения об осведомлении об использовании смс-услуг для доведения рекламной информации до абонента и у оператора имелась правовая и

техническая возможность оценить содержание смс-рассылки и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на ее получение.

Указанная позиция нашла свое подтверждение в судебной практике, в том числе в решении Арбитражного суда города Москвы от 26.08.2014, постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.12.2014, постановлении Арбитражного суда Московского округа от 30.03.2015 по делу N А40-60684/2014.

В целях соблюдения принципа справедливости юридической ответственности, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

В данном случае ООО «СМС Трафик» является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи sms-сообщений конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях данного звена, сделает распространение указанных сообщений невозможным.

Таким образом, в силу ч. 1 ст. 8, ст. 309 ГК РФ представляется возможным сделать вывод о том, что, заключив вышеупомянутые договоры, ООО «СМС Трафик»

согласилось с тем, что предоставляемые им услуги связи будут использоваться в целях распространения рекламы.

При таких обстоятельствах следует вывод, что ООО «СМС Трафик» было осведомлено о целях использования предоставляемых им услуг, в том числе распространения рекламы.

Обратного, ООО «СМС Трафик» не доказано, в связи с чем, не представляется возможным говорить о том, что на данное лицо в настоящем случае не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

Следовательно, в данном случае имеются правовые основания считать ООО «СМС Трафик» рекламораспространителем.

Кроме того, при направлении рекламного сообщения посредством использования телефонной связи рекламораспространителю надлежит проверить телефонный номер <...> на который направляется sms-сообщение.

Какие-либо сомнения распространителя рекламы относительно достоверности и полноты содержащейся в анкете информации не должны приводить к нарушению прав абонента. В рассматриваемом случае отсутствие необходимой проверки не помешало обществу направить sms-сообщение потенциальному получателю, не проверив наличие согласия на его получение. Ненадлежащее отношение к своим публично-правовым обязанностям в части проверки согласия абонента на получение рекламных сообщений влечет для рекламораспространителя наступление неблагоприятных последствий в виде привлечения к административной ответственности. Такое отношение рекламораспространителя к своим обязанностям является предпринимательским риском в силу ч. 1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации. В рассматриваемом случае общество предпочло направить sms-сообщение и привлечь внимание к

рекламируемому товару, не проверив надлежащим образом наличие согласия абонента на получение сообщения рекламного характера.

На основании изложенного, в соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «СМС Трафик», поскольку как следует из представленных в материалы дела документов и пояснений, данное лицо было осведомлено о рекламном характере рассылки, непосредственно участвовало в отправке рассматриваемого смс-сообщения, являлось неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений абонентам, и при этом не предприняло необходимых мер для проверки и получения надлежащего согласия абонента.

Следовательно, ООО «СМС Трафик» как рекламодатель рассматриваемой рекламы нарушило требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

ООО «СМС Трафик» представлены письменные пояснения (вх. № 5085 от 26.03.2018, № 5072 от 26.03.2018, № 5948 от 12.04.2018), в которых, в частности, указано, что данная организация не считает себя рекламодателем, все необходимые меры для соблюдения законодательства РФ о рекламе предприняты, отправку смс-сообщения с рекламой осуществляло ООО «О`кей», являющееся заказчиком по договору № 228/17 от 01.07.2017 г.

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

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 «О рекламе» предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, согласно которой, за нарушение рекламодателем законодательства о рекламе предусмотрена административная ответственность в виде наложения 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.

В соответствии с частью 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.

Согласно части 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 настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Материалы дела позволяют сделать вывод о том, что ООО «СМС Трафик» имело возможность предотвратить совершение административного правонарушения. Общество могло и должно было предотвратить и не допустить распространение ненадлежащей рекламы.

Учитывая изложенное, должностное лицо Управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области Гудкевич Е. В. приходит к выводу о совершении ООО «СМС Трафик» виновного действия, образующего состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Согласно статье 4.1 КоАП РФ при назначении ООО «СМС Трафик» административного наказания учитывается характер совершенного административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, на основании документов, представленных в материалы дела.

Кроме того, учитывается, то, что ООО «СМС Трафик» в 2017, 2018 году и ранее неоднократно привлекалось к административной ответственности за однородное нарушение требований части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, в частности, постановлением № А61-14.3/17 от 13.07.2017 г. УФАС по Республике Тыва, № 255/09-АДМ/2017 от 20.07.2017 г. Кемеровским УФАС России, № 43/18 от 22.01.2018 г. Иркутским УФАС России.

Руководствуясь статьями 4.1, 23.48, 29.9, а также частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, временно исполняющий обязанности заместителя руководителя Ярославского УФАС России Гудкевич Е. В.,

ПОСТАНОВИЛ:

Привлечь общество с ограниченной ответственностью «СМС Трафик» (ИНН 7705642257) за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ в связи с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», выразившимся в распространении рекламы по сетям электросвязи посредством смс-сообщения без согласия абонента на ее получение, к административной ответственности в виде административного штрафа в размере 100 000 (сто тысяч) рублей.

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 РФ.

Сумма штрафа, уплачиваемого за нарушения законодательства о рекламе, в полном объеме подлежит зачислению на единый счет по учету доходов Управления федерального казначейства по Ярославской области. При оформлении платежного документа необходимо указать следующие реквизиты:

Получатель: ИНН 7604009440, КПП 760401001

УФК МФ РФ по Ярославской области (администратор Ярославское УФАС России)

Банк получателя: ГРКЦ ГУ Банка России по Ярославской области г. Ярославль

БИК 047888001

Счет № 40101810700000010010

УИН 16160041800001174260

Кроме того, на полях 104, 105 платежного документа необходимо указать код бюджетной классификации 16111626000016000140 и код ОКТМО 78701000 .

Копию документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, лицо, привлеченное к административной ответственности, направляет должностному лицу, вынесшему постановление (факс (4852) 32-93-71).

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа.

соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно пункту 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.

В соответствии с частью 7 статьи 21 Федерального закона от 02.10.2007г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение двух лет со дня его вступления в законную силу.

Постановление вступает в законную силу «___» _____2018 г.

Срок предъявления к исполнению 2 (два) года со дня вступления постановления в законную силу.

Врио заместителя руководителя

Ярославского УФАС России Е. В. Гудкевич

Дата выдачи постановления «___» _____

(подпись) (расшифровка подписи)