

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

**ПО С Т А Н О В Л Е Н И Е № 072/04/14.3-332/2019**

о назначении административного наказания

за нарушение законодательства о рекламе

01.11.2019 г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области <...>, рассмотрев материалы дела № 072/04/14.3-332/2019, возбужденного в отношении ООО «СМС-центр» (адрес места нахождения: 115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8, ИНН 7724805644, ОГРН 1117746756489) по признакам административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ), в отсутствие законного представителя ООО «СМС-центр», надлежащим образом уведомленного о дате и времени рассмотрения дела (почтовый идентификатор № 80101239873048), которому права лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, закрепленные ст. 25.1 КоАП РФ, разъяснены в протоколе об административном правонарушении от 19.09.2019 г. № 072/04/14.3-332/2019,

**У С Т А Н О В И Л:**

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступило заявление гражданина <...>, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В заявлении было указано, что на абонентский номер <...>, зарегистрированный за гражданином, 11.03.2019 в 18:02 от абонента VM\_Hyundai через SMS-центр: +79184330011 поступило SMS-сообщение рекламного характера, следующего содержания: «Новый Hyundai Solaris с выгодой до 184000 р. Только до 31 марта! Восток Моторс, ул. Алебашевская, 11. т. +7(3452)521-700».

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № 072/05/18-17/2019 от 28.06.2019 г. вышеупомянутая реклама признана ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Ответственность за распространение ненадлежащей рекламы предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

19.09.2019 г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ООО «СМС-центр» был составлен протокол об административном правонарушении № 072/04/14.3-332/2019 по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Исследовав материалы административного дела, установлено следующее.

Согласно статьи 3 Федерального закона № 38-ФЗ от 13.03.2006 г. «О рекламе» (далее – Закон 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; 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.

Из материалов дела следует, что sms-сообщение, поступившее абоненту <...> 11.03.2019 в 18:02 от абонента VM\_Hyundai через SMS-центр: +79184330011, следующего содержания: «Новый Hyundai Solaris с выгодой до 184000 р. Только до 31 марта! Восток Моторс, ул. Алебашевская, 11. т. +7(3452)521-700», является рекламой, поскольку адресовано неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В данном случае 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.

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.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространитель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

По смыслу приведенной нормы права, 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.

Кроме того, Законом о рекламе не оговорено количество рекламораспространителей, могущих принимать участие в распространении определенной рекламы.

Таким образом, количество рекламораспространителей, участвовавших в рекламной sms-рассылке определяется не только набором и отправкой сообщения конечным лицом, но и фактически созданными и/или предоставленными возможностями для распространения рекламы иными лицами, которые осуществляют набор и отправку сообщений.

Распространение указанного sms-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ряда хозяйствующих субъектов на основании заключенных гражданско-правовых договоров.

Согласно сведениям, представленным Оператором ПАО «МТС», лицом, направившим указанное SMS-сообщение, является Заказчик рассылки ООО «СМС-центр» (адрес места нахождения: 115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8, ИНН 7724805644, ОГРН 1117746756489), с которым заключен Договор № МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017 г. (далее Соглашение).

В п. 2.1. Соглашения указано, что Оператор оказывает Заказчику рассылки SMS-рассылку в соответствии с требованиями Договора и приложениями к нему, а Заказчик рассылки обязуется оплатить оказанные услуги SMS-рассылки в соответствии с Соглашением.

Согласно п. 2.2. Соглашения фактом оказания SMS-рассылки является поступление SMS-сообщений Заказчика рассылки на SMS-центр Оператора.

П. 2.3 Соглашения предусмотрено, что Оператор не может гарантировать доставку SMS-сообщений до пользователя по технологическим особенностям.

В соответствии с п. 3.3.3. Соглашения Заказчик рассылки до начала оказания своей услуги обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями SMS-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах Заказчика рассылки.

В соответствии с п. 3.3.5. Соглашения услуги Заказчика рассылки не должны противоречить требованиям законодательства РФ.

В соответствии с п. 3.3.15. Соглашения Заказчик рассылки обязуется не предоставлять доступ к ресурсам SMS-центра и/или другому оборудованию Оператора третьим лицам и не использовать SMS-оборудование в целях, не соответствующих предмету Соглашения.

В соответствии с п. 3.3.16. Соглашения Заказчик рассылки обязуется до начала оказания своих услуг обеспечить наличие согласий от пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»), при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством РФ.

Таким образом, ООО «СМС-центр» является рекламодателем и обязано до начала оказания своей услуги получить от пользователей предварительное согласие на получение SMS -сообщений путем регистрации в информационных системах Заказчика рассылки.

ООО «СМС-центр» представило информацию о том, что СМС-сообщение на номер <...> с буквенных номеров «VM Hyundai» было отправлено ООО «ТМС-Контент» через клиентский доступ, предоставленный в рамках договора оказания услуг № 433925 от 11.03.2016 г. (далее – договор), заключенного между Заказчиком ООО «ТМС-Контент» и Исполнителем ООО «СМС-центр».

В п. 2.1. договора указано, что в рамках договора Исполнитель предоставляет Заказчику услуги доступа к сервису SMSC.RU для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, а также для интеграции сервисов Заказчика для отправки и приема сообщений через API (далее по тексту договора «Услуги») в соответствии с правилами предоставления услуг (приложение 1 к договору), действующими тарифами Исполнителя, согласованными сторонами (приложение 2 к договору) и на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 95480 от 26.01.2012 г.

П. 2.2. договора предусмотрено, что при пользовании услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров абонентов (адресов электронной почты) для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора.

Согласно п. 3.2.1. договора Заказчик обязан соблюдать требования законодательства Российской Федерации при исполнении договора в отношении использования услуг.

В соответствии с п. 3.2.5. договора Заказчик обязан не использовать подключение к сервису SMSC.RU: для рассылки СПАМА; для передачи сообщений, которые не соответствуют требованиям законодательства РФ о рекламе.

Согласно п. 3.3.1. договора Исполнитель вправе блокировать личный кабинет Заказчика при рассылке последним сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5 договора.

В соответствии с п. 6. договора предусмотрена ответственность сторон:

6.1. Стороны несут ответственность в соответствии с договором и действующим законодательством Российской Федерации.

6.5. Ответственность за содержание сообщений и присваиваемое имя отправителя несет заказчик. В рамках договора Исполнитель обеспечивает доступ

к сервису SMSC.RU для отправки сообщений в их неизменном содержании и объеме, в связи с этим ответственность за включение в сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика.

6.6. Заказчик гарантирует Исполнителю наличие согласий абонентов и адресатов, полученных в порядке ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» и ст. 44.1 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи». В случае предъявления претензий, связанных с отправкой сообщений Заказчиком через сервис SMSC.RU, органами ФАС и другими контролирующими организациями, в том числе предъявленных в связи с отсутствием согласия абонента на получение сообщений, Заказчик признается непосредственно распространителем сообщений и самостоятельно несет ответственность в соответствии с законодательством РФ.

Таким образом, ООО «ТМС-Контент» является рекламораспространителем и гарантирует ООО «СМС-центр» наличие согласий абонентов и адресатов, полученных в порядке ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» и ст. 44.1 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи».

Из письменных пояснений ООО «ТМС-Контент», представленных Управлению ООО «СМС-центр», следует, что отправка данного SMS-сообщения от имени VM Hyundai была осуществлена ООО «ВМ Тюмень» (адрес места нахождения: 625022, г. Тюмень, ул. Алебашевская, д. 11, ИНН 7203331794, ОГРН 1157232004181).

Предоставление ООО «ТМС-Контент» телематических услуг по доставке SMS-сообщений ООО «ВМ Тюмень» осуществляется на основании публичной оферты, опубликованной на web-сервере: [www.sms4b.ru](http://www.sms4b.ru).

В Тюменское УФАС России ООО «ВМ Тюмень» представлен договор предоставления услуг от 07.11.2016 г., (далее – договор), заключенный между Заказчиком ООО «ВМ Тюмень» и Исполнителем ООО «ТМС-Контент».

В п. 2.1. договора указано, что по договору Исполнитель оказывает, а Заказчик принимает и оплачивает телематические услуги по доставке абонентам SMS-сообщений Заказчика через телекоммуникационные сети с использованием технической базы Исполнителя в порядке и на условиях, предусмотренных договором, дополнительными соглашениями и приложениями к нему (далее – услуги).

В соответствии п. 3.3. договора Заказчик обязан:

3.3.2. получать от абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика, письменное согласие таких SMS-сообщений;

3.3.3. не использовать подключение к технической базе для отправки СПАМа.

Согласно п. 5.1. договора за невыполнение или ненадлежащее выполнение своих обязательств по договору стороны несут ответственность в соответствии с действующим законодательством и договором.

Согласно п. 5.2. договора Заказчик гарантирует, что содержание SMS-сообщений соответствует нормам действующего законодательства РФ, в том числе нормам

закона о рекламе, действующего на территории Российской Федерации.

Следовательно, ООО «ВМ Тюмень» является рекламораспространителем и обязано получать от абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией письменное согласие на получение таких SMS-сообщений.

Из анализа структуры обязательственных правоотношений между ПАО «МТС» и рекламораспространителями: ООО «СМС-центр», ООО «ТМС-Контент», ООО «ВМ Тюмень» прослеживаются взаимосвязанные действия и непосредственное участие каждого из них в распространении SMS-сообщения, содержащего рекламу. Отсутствие любого из них в этих правоотношениях делает распространение указанного сообщения невозможным.

Таким образом, ООО «СМС-центр» является одним из рекламораспространителей и обязано удостовериться в наличии письменного согласия абонента, на телефон которого планируется отправка SMS-сообщений рекламного характера.

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Закон о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно пункту 16 статьи 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно пункту 32 статьи 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Закона о Связи.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка 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.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Таким образом, ООО «СМС-центр» обязано иметь соответствующее согласие абонента как в силу закона (части 1 статьи 18 Закона о рекламе, части 1 статьи 44.1 Закона о Связи), так и в силу заключенного Договора.

ООО «ВМ Тюмень» в качестве доказательства получения согласия от <...> в материалы дела представлены аудиозаписи телефонных звонков, в которых абонент с номером телефона <...> интересовался вопросами: где собирается Хёндай Крета и ценой автомобиля базовой комплектации. На данные вопросы менеджер компании Восток Моторс предоставил абоненту ответ.

Согласие абонента на исходящий телефонный звонок от специалиста Восток Моторс не является согласием абонента на получение смс-рассылки рекламного характера.

Поскольку иных доказательств получения предварительного согласия <...> на распространение sms-сообщений рекламного характера не представлено, следовательно, в действиях ООО «СМС-центр» имеются нарушения требований части 1 статьи 18 Закона 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 настоящего Кодекса,

– 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.

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 (ч. 2 ст. 2. 1 КоАП РФ).

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

Объективную сторону состава административного правонарушения образует распространение рекламы с нарушением требований законодательства о

рекламе, а именно ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Правонарушение, предусмотренное ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ, представляет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям пренебрежительным отношением лица к исполнению своих публично-правовых обязанностей, к требованиям, предусмотренным Законом о рекламе, что посягает на установленный порядок в области распространения рекламы.

Ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ предусматривает наступление административной ответственности вне зависимости от наличия/отсутствия отрицательных последствий распространения ненадлежащей рекламы.

Субъектом административного правонарушения по делу № 072/04/14.3-332/2019 выступает – ООО «СМС-центр» (адрес места нахождения: 115419, г. Москва, 2-й Роцинский проезд, д. 8, ИНН 7724805644, ОГРН 1117746756489).

Субъективная сторона административного правонарушения выражена виной ООО «СМС-центр» и состоит в том, что Общество не выполнило установленных Законом о рекламе требований и не предприняло всех зависящих от него мер по их соблюдению. При должной внимательности и осмотрительности при распространении рекламы оно могло предвидеть последствия – возможность нарушения законодательства о рекламе, имело возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законом требований, при рассмотрении дела не установлены.

Таким образом, ООО «СМС-центр», распространяя вышеуказанную рекламу с нарушением рекламного законодательства, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Дата и время совершения административного правонарушения, установленное материалами дела – 11.03.2019 г. в 18 ч. 02 мин.

Дело об административном правонарушении № 072/04/14.3-332/2019 в соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ООО «СМС-центр» административного правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности совершенного правонарушения, при рассмотрении дела не установлено.

Совершенное ООО «СМС-центр» правонарушение посягает на установленные нормативными правовыми актами гарантии на защиту потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку требования законодательства о рекламе, а также установление в части 1 статьи 14.3 КоАП РФ административной ответственности за их нарушение направлены на охрану прав потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку потребители признаются слабой стороной данных отношений, не обладающих специальными познаниями.

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

Наступление общественно опасных последствий в виде причинения ущерба при совершении правонарушений с формальным составом не доказывается, возникновение этих последствий презюмируется самим фактом совершения действий или бездействий.

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

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

ООО «СМС-центр» должно было знать требования законодательства о рекламе, а также меру ответственности за его нарушение.

Учитывая характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, можно сделать вывод о том, что совершенное ООО «СМС-центр» правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем, отсутствуют основания для признания его малозначительным.

На основании изложенного, принимая во внимание доказанность имеющимися материалами дела события и состава допущенного ООО «СМС-центр» административного правонарушения, руководствуясь статьями 2.10, 4.5, 14.3, 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

## **ПОСТАНОВИЛ:**

1. Применить к ООО «СМС-центр», (адрес места нахождения: 115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8, ИНН 7724805644, ОГРН 1117746756489) меру ответственности в виде административного штрафа в размере **100 000 (ста тысяч)** рублей за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3. КоАП РФ.

2. Сумму штрафа надлежит уплатить по следующим реквизитам:

Наименование получателя: Управление федерального казначейства  
Министерства финансов России по Тюменской области (Тюменское УФАС России)

ИНН 7202081799, КПП 720301001

счет 40101810965770510005

банк получателя: отделение Тюмени, г. Тюмень

БИК 047102001, ОКТМО 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 26000 01 6000 140

УИН 16100500000000294545

Назначение платежа: ч.1 ст.14.3 КоАП РФ.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного 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 пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1 КоАП, а также частью 1 статьи 30.3 КоАП постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно статье 31.1 КоАП 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.

Заместитель

руководителя управления <...>