

ООО «СМС сервисы»

197110, г. Санкт-Петербург,
ул. Б. Зеленина, д. 8, к. 2, лит. А

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 49
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-226/77-14

«30» мая 2014 года

г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (____), рассмотрев протокол № А46 от 07.05.2014 и материалы дела № 4-14.3-226/77-14 об административном правонарушении, возбужденного в отношении ООО «СМС сервисы», в связи с нарушением ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившимся в распространении 31.05.2013 в 11.09 рекламы «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!» на телефонный номер (____) с короткого номера «X5 Club», без предварительного согласия абонента на ее получение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ),

в отсутствие представителя надлежащим образом уведомленного ООО «СМС Сервисы»,

УСТАНОВИЛ:

ООО «СМС сервисы» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, зарегистрировано и включено в Единый государственный реестр юридических лиц Межрайонной инспекцией Федеральной налоговой службы № 15 по Санкт-Петербургу 09.08.2011 за основным государственным регистрационным номером 1067847568480, ИНН 7813342638, КПП 781301001. ООО «СМС сервисы» 31.05.2013 в 11.09 без предварительного согласия абонента распространило на его телефонный номер (____) с короткого номера «X5 Club» рекламу следующего содержания: «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!».

Решением Комиссии Московского УФАС России по рассмотрению дела № 3-18-119/77-13 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе от 04.04.2014 в рекламе «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!», распространенной 31.05.2013 в 11.09 с короткого номера «X5 Club» на телефонный номер (___), установлен факт нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), выразившийся в распространении рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно материалам дела № 3-18-119/77-13 на номер телефона (____) 31.05.2013 в 11.09 поступила реклама следующего содержания: «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!», с указанием отправителя - «X5 Club».

Поступление указанной рекламы на номер телефона (____) подтверждается фотографией экрана телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела № 3-18-119/77-13.

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама — 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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В тексте такой рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Согласно пункту 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 ФЗ «О рекламе» под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания потребителя к товарам, реализуемым ЗАО «ТД «Перекресток», может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

ООО «СМС сервисы» не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!» исключительно в адрес одного физического лица.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона (____), направлена на привлечение внимания к товарам, реализуемым ЗАО «ТД «Перекресток» и является рекламой.

Как усматривается из материалов дела № 3-18-119/77-13, гражданином получено смс-сообщение с указанием в поле отправителя - «X5 Club» (в соответствии с детализированной выпиской с номера (____)).

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы ООО «СМС сервисы» не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Согласно обращению физического лица, своего согласия на получение рекламы посредством телефонной связи он не давал.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламодателя.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ООО «СМС сервисы» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы ООО «СМС сервисы» не представлено.

При этом не может быть принят во внимание довод ООО «СМС сервисы» (вх. № 12920 от 23.04.2014, 14988 от 12.05.2014) на положение о тайне связи в силу статьи 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», так как ответственность рекламодателя исходит из действий по распространению рекламного сообщения, а не его фактического содержания.

Таким образом, установлено нарушение ООО «СМС сервисы» ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва. Полномочия антимонопольного органа в данном случае обусловлены местом проведения административного расследования.

Время совершения административного правонарушения — 31.05.2013 в 11 часов 09 минут (время поступления рекламы «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!», распространенной с короткого номера «X5 Club» на телефонный номер () .

Исходя из материалов дела № 3-18-119/77-13, указанная реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров: договора об оказании услуг связи «Билайн» № 429988636 от 01.01.2012, заключенного между ОАО «Вымпелком» и ООО «СМС сервисы»; договора на оказание услуг № 0110/09-05 от 01.10.2009, заключенного между ООО «Айфри» (ООО «СМС сервисы») и ООО «Бифри»; договора № 2010/09 от 20.10.2009, заключенного между

ООО «Бифри» и ЗАО «ТД «Перекресток».

Предметом договора № 0110/09-05 на оказание услуг от 01.10.2009, является оказание ООО «СМС сервисы» по заданию ООО «Бифри» услуг посредством комплекса.

При этом под понятием «комплекс» согласно положениям договора № 0110/09-05 на оказание услуг от 01.10.2009 понимается совокупность аппаратно-программных средств, необходимых для оказания услуг в рамках указанного договора; под «услугами» понимается комплекс услуг, оказываемых ООО «СМС сервисы» по организации передачи смс-сообщений, включающий в себя, в том числе передачу абонентам либо клиентам посредством комплекса смс-сообщений.

Согласно п. 3.3.1 договора № 0110/09-05 на оказание услуг от 01.10.2009 ООО «СМС сервисы» обязалось произвести настройку и обеспечить круглосуточное, бесперебойное функционирование и техническое обслуживание комплекса для оказания услуг ООО «Бифри» в соответствии с условиями настоящего договора таким образом, чтобы обеспечить прием смс-сообщений на свой комплекс с предоставлением ООО «Бифри» технической возможности отправки не менее 5 смс-сообщений в секунду.

В соответствии с п. 3.3.4 договора № 0110/09-05 на оказание услуг от 01.10.2009 ООО «СМС сервисы» обязано вести учет отправленных посредством комплекса смс-сообщений.

Обязанность получать согласие абонентов на получение смс-сообщений, а также обязанность не использовать подключение к комплексу для отправки СПАМ и массовых смс-сообщений, содержание которых противоречит законодательству Российской Федерации, возложена пунктами 3.1.2 и 3.2.7 рассматриваемого договора на ООО «Бифри».

Согласно п. 1.6 договора № 0110/09-05 на оказание услуг от 01.10.2009 СПАМ — сообщения рекламного характера, рассылка которых осуществляется без предварительного согласия абонентов или заведомо вводящая абонентов в заблуждение относительно характера этих сообщений или их отправителя.

Пунктом 5.2 договора № 0110/09-05 на оказание услуг от 01.10.2009 предусмотрено, что в случае нарушения ООО «Бифри» пунктов 3.1.2 и 3.2.7 договора ООО «СМС Сервисы» оставляет за собой право в одностороннем порядке расторгнуть настоящий договор.

Дальнейшее распространение рассматриваемого смс-сообщения осуществлялось в рамках договора об оказании услуг связи «Билайн» № 429988636 от 01.01.2012, заключенного между ОАО «Вымпелком» и ООО «СМС сервисы», путем передачи ООО «СМС сервисы» спорного сообщения от ООО «Бифри» к ОАО «Вымпелком» для доведения его содержания до сведения абонента.

При этом в рамках достигнутых между ОАО «Вымпелком» и ООО «СМС сервисы» соглашений ООО «СМС сервисы» обязалось не распространять смс-сообщения, подпадающие под понятие СПАМ, в том числе и сообщения рекламного характера. Кроме того, ООО «СМС сервисы» обязалось осуществлять отправку смс-сообщений пользователю, только при наличии согласия пользователя,

подтвержденного документально. В случае возникновения претензии со стороны пользователя, ООО «СМС сервисы» обязалось предоставить ОАО «Вымпелком» документальное подтверждение согласия пользователей на получение смс-сообщений, отправленных ООО «СМС сервисы».

Таким образом, у ООО «СМС Сервисы» имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений подпадающих под понятие «СПАМ» в случае возникновения такой необходимости, и, соответственно, ООО «СМС Сервисы» обладало возможностью осуществления контроля за действиями ООО «Бифри».

Согласно ст. 309 Гражданского кодекса Российской Федерации 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.

Наличие в рассматриваемом договоре положений, в силу которых обязанность не распространять смс-сообщения, подпадающие под понятие СПАМ возложена на ООО «Бифри», оценивается должностным лицом Московского УФАС России критически, поскольку достигнутые в рамках гражданско-правовых договоренностей соглашения не освобождают участников таких соглашений от исполнения возложенных на них публично-правовых обязанностей.

Таким образом, исследовав процесс создания и распространения рассматриваемой рекламы, изучив принятые ООО «СМС Сервисы» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемого договора, должностное лицо Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ООО «СМС Сервисы» осуществлялось фактическое распространение рассматриваемой рекламы с целью дальнейшего его доведения до сведения абонента.

Правовых доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения, потребителю рекламы, ООО «СМС Сервисы» не представлено.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодатель — лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Установлено, что ООО «СМС Сервисы» является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер путем направления сообщения в силу имеющихся между ООО «СМС сервисы» и ООО «Бифри», а также ОАО «Вымпелком» и ООО «СМС сервисы» гражданско — правовых отношений. Каждый из хозяйствующих субъектов осуществил конкретные фактические действия, в силу которых рассматриваемая реклама

была доставлена конечному адресату — заявителю.

Таким образом, установлено, что ООО «СМС Сервисы» является рекламодателем рекламы следующего содержания: «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!» на телефонный номер .

Доводы ООО «СМС Сервисы» относительно отсутствия в действиях Общества события административного правонарушения, изложенные в письменных пояснениях (вх. № 14988 от 12.05.2014), должностным лицом Московского УФАС России отклонены как основанные на неправильном толковании норм материального права, поскольку обязанность рекламодателя по соблюдению требований ст. 18 ФЗ «О рекламе» является безусловной, а факт распространения ООО «СМС Сервисы» рассматриваемой рекламы установлен решением Комиссии Московского УФАС России по рассмотрению дела № 3-18-119/77-13 о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе от 04.04.2014.

Также подлежат отклонению доводы ООО «СМС Сервисы» относительно отсутствия у Московского УФАС России полномочий на рассмотрение настоящего дела, ввиду его подведомственности Санкт-Петербургскому УФАС России, в связи со следующим.

В соответствии с ч. 1 ст. 29.5 КоАП РФ дело об административном правонарушении рассматривается по месту его совершения.

В настоящем случае спорная реклама поступила на телефонный номер физического лица, проживающего в г. Уфе.

Таким образом, местом совершения рассматриваемого административного правонарушения, с учетом особенностей распространения рекламы по сетям электросвязи, является г. Уфа.

В тоже время, ч. 1 ст. 29.5 КоАП РФ предусмотрено право лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, ходатайствовать о рассмотрении дела по месту жительства данного лица.

ООО «СМС Сервисы» в адрес Московского УФАС России в ходе рассмотрения настоящего дела ходатайство о рассмотрении дела по месту нахождения Общества не заявлялось.

Согласно ч. 2 ст. 29.5 КоАП РФ дело об административном правонарушении, по которому было проведено административное расследование, рассматривается по месту нахождения органа, проводившего административное расследование.

Административное расследование представляет собой комплекс требующих значительных временных затрат процессуальных действий должностных лиц, направленных на выяснение всех обстоятельств административного правонарушения, их фиксирование, юридическую квалификацию и процессуальное оформление.

При этом к таким процессуальным действиям могут быть отнесены, в частности, направление поручений и запросов по делу об административном правонарушении, истребование сведений.

Должностным лицом Московского УФАС России в связи с необходимостью получения дополнительных сведений, требующей значительных временных затрат, было принято решение о необходимости проведения по настоящему делу административного расследования.

Таким образом, полномочия Московского УФАС России в данном случае обусловлены местом проведения административного расследования.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 ч. 2 ст. 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.

Вина ООО «СМС Сервисы» состоит в распространении 31.05.2013 в 11.09 рекламы «Свежее предложение от Перекрестка! Только с 28 мая по 4 июня яйцо куриное С1 — 29 руб. за 10 шт. Бедро куриное, охлажденное — 89 руб. за кг. И еще более ста товаров со скидкой! Мы Вас ждем!» на телефонный номер с короткого номера «X5 Club», с нарушением требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе». Московским УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

Таким образом, ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ несет ООО «СМС Сервисы».

В соответствии с ч. 3 ст. 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.

Должностным лицом Московского УФАС России не установлено обстоятельств, отягчающих административную ответственность, а также обстоятельств, смягчающих административную ответственность ООО «СМС Сервисы».

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан — от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц — от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; юридических лиц — от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Таким образом штраф, подлежащий взысканию, составляет 100 000 рублей.

Руководствуясь ст.-ст. 33, 38 ФЗ «О рекламе», ст.-ст. 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

За нарушение ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ назначить ООО «СМС Сервисы» административное наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 (ста тысяч) рублей.

Согласно ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных ст. 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 5 ст. 32.2 КоАП РФ при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в ч. 1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

В соответствии с ч. 5 ст. 3.5 КоАП РФ сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, зачисляются в соответствующие бюджеты в соотношении:

- 40% в Федеральный бюджет;
- 60% в бюджет субъекта Российской Федерации, на территории которого зарегистрировано ООО «СМС Сервисы», перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе (квитанция прилагается):

Получатель: УФК МФ РФ по г. Москве (для Московского УФАС России)
Банк получателя: Отделение 1 Главного управления Центрального банка Российской Федерации по Центральному Федеральному округу г. Москва
(краткое: Отделение 1 Москва)
ИНН 7706096339
КПП 770601001

БИК 044583001

р/с 40101810800000010041

КБК 161 1 16 26000 01 6000140

ОКТМО 45384000

Назначение платежа: административный штраф по делу № 4-14.3-226/77-14.

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

В соответствии с ч. 3 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражном суде в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии с п. 1 ст. 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.

Заместитель руководителя

(_____)

Исполнитель: тел: 8 (495) 784-75-05 (доб. 159)