

## **РЕШЕНИЕ**

**по жалобе на постановление об административном правонарушении  
дело № 4-14.3-915/00-08-14**

**«09» февраля 2015 г.**

**г. Москва**

Заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы А.Б. Кашеваров, рассмотрев жалобу ООО «СофтПрофи» (юридический адрес: ул. Достоевского, 139/1, оф. 3, г. Уфа, 450005) на вынесенное Тюменским УФАС России постановление от 22.10.2014 по делу № А14/199-04 об административном правонарушении о наложении штрафа, а также материалы данного дела,

### **УСТАНОВИЛ:**

Жалоба рассматривается в отсутствие представителя ООО «СофтПрофи» и в отсутствие представителей Тюменского УФАС России.

На основании части 1 статьи 14.3 Кодекса об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) на ООО «СофтПрофи» Тюменским УФАС России был наложен штраф в размере ста тысяч рублей за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»), выразившегося в рассылке рекламы на телефонный номер гражданина без его предварительного согласия.

С вынесенным постановлением ООО «СофтПрофи» не согласно, полагая, что в его действиях отсутствует состав административного правонарушения, так как не является рекламодателем.

Исследовав материалы дела, ФАС России приходит к выводу, что Тюменское УФАС России обоснованно вменило ООО «СофтПрофи» совершение правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», на основании следующего.

Основанием для привлечения ООО «СофтПрофи» к административной ответственности явилось распространение ООО «СофтПрофи» на телефонный номер гражданина смс-рекламы без его согласия.

В соответствии с частью 1 статьей 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием (часть 1 статьи 18 Закона о рекламе).

Общество не представило доказательств наличия согласия конкретного абонента-физического лица на получение рекламной информации от каких бы то ни было лиц.

Из материалов дела следует, что рассматриваемая реклама была направлена ООО «Софт Профи» на основании договора №10-01-196 от 12.11.2012. По данному договору ОАО «СМАРТС» предоставляет ООО «Софт Профи» услуги по созданию информационного канала. В рамках услуг Исполнитель (ОАО «СМАРТС») обеспечивает круглосуточное функционирование своего комплекса для получения смс-сообщений через комплекс Заказчика (ООО «Софт Профи») в совместный с Заказчиком информационный канал и отправки смс-сообщений абонентам.

В соответствии с пунктом 3.2.2. Договора Заказчик обязан не использовать свой комплекс и комплекс исполнителя для передачи смс-СПАМа. Заказчик посылает смс-сообщения адресатам, которые дали согласие на получение информационных смс-сообщений.

Согласно пункту 3.2.3 Заказчик обязан не рассылать смс-сообщения на адреса, полученные методом перебора абонентских телефонных номеров.

В соответствии с пунктом 3.2.4. Заказчик обязан осуществлять рассылку смс-сообщений в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Согласно пункту 5.4 договора Исполнитель не является создателем (изготовителем), распространителем смс-сообщений начиная с момента подготовки текста смс-сообщения, его редактирования и заканчивая отправкой смс-сообщений абонентам. Всю ответственность, предусмотренную действующим законодательством за ненадлежащее и незаконное распространение смс-сообщений и их содержание в полном объеме несет Заказчик.

Таким образом, гражданин, согласно условиям Договора является Пользователем, а наличие его письменного согласия на получение рекламной смс-рассылки, является обязательным условием.

При этом ООО «Софт Профи» достоверно знает, как именно будут использоваться предоставленный Заказчику (ИП Адамяну А.Э.) на основании Договора № ДУ 230813/01 от 23.08.2013 возмездного оказания услуг, не принадлежащий ему ресурс. ООО «Софт Профи» вопреки действующему Договору об оказании услуг связи, заключенному с ОАО «СМАРТС» устранилось от исполнения договорных обязательств с Оператором связи путем заключения Договора № ДУ 230813/01 от 23.08.2013 возмездного оказания услуг с ИП Адамян А.Э. и возложения на последнего обязанности получения предварительного письменного согласия абонента или адресата на обработку персональных данных, получение смс-сообщений, рекламы или другой информации.

Кроме того, ООО «СофтПрофи» не представило каких либо доказательств того, что самостоятельно предпринимало какие либо действия, направленные на получение согласия абонента обществом не представлено доказательств осуществления контроля

за массовой рассылкой Заказчика на предмет его законности и обоснованности.

Напротив, Общество, заключив Договор с ИП Адамян А.Э., наложило на последнего обязательство получения согласия абонента на смс-рассылку, самоустранившись от выполнения своих обязательств, возникших в силу договорных отношений с ОАО «СМАРТС», так и в силу закона (части 1 статьи 18 закона о рекламе).

Вместе с тем, заключение договоров с Заказчиками не снимает такой обязанности с ООО «СофтПрофи».

Согласно пункту 1.1 Договора № ДУ 230813/01 от 23.08.2013 г. возмездного оказания услуг, заключенного между ООО «СофтПрофи» (Исполнитель) и ИП Адамян А.Э. (Заказчик), Исполнитель предоставляет за плату Заказчику услугу «Доступ к Программному приложению» (в Дальнейшем - Услуга).

Согласно пункту 3.12 Договора Исполнитель вправе прекратить оказание услуги на определенный (-ые) номер Абонентов в случае поступления жалобы или отзыва своего разрешения Абонента и/или по требованию (определению) федерального органа/службы, с одновременны уведомлением Заказчика через электронную почту о данном требовании, отзыве разрешения или жалобе.

Согласно пункту 4.6 Договора Задача (рассылка) на отправку смс формируется самостоятельно Заказчиком WEB-через интерфейс или протоколы Интернет в виде списка номеров, текста и подписи.

Согласно пункту 4.7 Договора Исполнитель обеспечивает передачу этой задачи в Расчетную систему оператора для отправки. О чем в программном приложении делается отметка и сообщения считаются отправленными, что может служить основанием для изменения баланса на виртуальном счете Заказчика (зависит от тарифного плана Заказчика).

Согласно пункту 6.1 Договора в случае передачи информации рекламного характера Заказчик действует как рекламораспространитель (Федеральный закон «О рекламе» №38-ФЗ статья 18 пункты 1 и 2), так как текстовая часть информации находится в сфере контроля Заказчика (и не может быть проконтролирована Исполнителем) Заказчик несет полную ответственность за достоверность и содержание информации размещенной в передаваемом смс-сообщении, и ее возможное несоответствие требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе, иному применимому законодательству Российской Федерации, а также за несоблюдение принадлежащих третьей стороне прав (включая, но не ограничиваясь, авторскими и смежными правами).

Согласно пункту 6.6. Договора Исполнитель не несет ответственности за содержание (текст), подпись и используемые номера в смс, передаваемых Заказчиком.

Согласно пункту 6.7. Договора при поступлении Исполнителю информации о нарушении законодательства Российской Федерации (от Абонентов, Операторов в виде жалобы на «спам» или другие нарушения), Исполнитель проводит внутреннее расследование. В случае выявления признаков нарушения со стороны Заказчика Правил Предоставления Услуг и законодательства Российской Федерации, Исполнитель немедленно приостанавливает предоставление Услуг и законодательства Российской Федерации, Исполнитель проводит внутреннее расследование. В случае выявления признаков нарушения со стороны Заказчика Правил Предоставления Услуг

и законодательства Российской Федерации, Исполнитель немедленно приостанавливает предоставление Услуг Заказчику на номер Абонента путем внесения его в лист блокировки («Черный список»), либо временной остановки оказания услуг в случае факта рассылки «спама» на более чем один номер Абонентов, затем в течении одного календарного дня уведомляет Заказчика о полученной информации и приостановке услуг до устранения нарушения. Заказчик обязуется устранить нарушение и принести письменные извинения Абоненту (заверенную твердую копию письма предоставить Исполнителю).

Согласно пункту 6.8 Договора если нарушение не устранено в течении 3 (трех) календарных дней с даты отправки Исполнителем уведомления о таком нарушении, настоящий договор может быть расторгнут исполнителем в течении 3 (трех) календарных дней. В этом случае настоящий договор считается расторгнутым с даты, указанной в письменном уведомлении Исполнителя.

Исходя из содержания, указанного выше договора, заключенного между ООО «СофтПрофи» и ИП Адамян А.Э., Общество предполагает возможность использования его услуг с целью распространения смс-сообщений рекламного характера, рассылка которых осуществляется без надлежащего согласия пользователей - абонентов операторов связи.

Вместе с тем согласно договорным отношениям между ОАО «СМАРТС» и ООО «СофтПрофи» последний принял на себя обязательства осуществлять отpravку смс-сообщений пользователям только при наличии их согласия на получение таких сообщений. Указанное обстоятельство свидетельствует о необходимости осуществления со стороны общества определенного контроля за действиями своего контрагента по договору № ДУ 230813/01 от 23.08.2014 (ИП Адамян А.Э.).

ООО «СофтПрофи», имея обязательства по получению согласия на рекламную смс-рассылку от пользователей перед ОАО «СМАРТС», и право требования такого согласия, а равно и иной информации необходимой для оказания исполнителем Услуг по настоящему Договору, не предпринял никаких мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе. Кроме того, в ходе рассмотрения дела №А14/199, ООО «СофтПрофи» не было представлено объективных доказательств невозможности предварительного выяснения у лица, передающего сообщения, факта наличия у него согласие пользователя на получение рекламы.

Кроме того, согласно договору № ДУ 230813/01 от 23.08.2014 ООО «СофтПрофи» предусмотрел возможность приостановить оказание Услуг в случае, если факт передачи или содержание сообщений, передача которых осуществляется в рамках оказания услуг связи противоречит Применимому законодательству, моральным и (или) этическим нормам, либо нарушает права Абонентов, Операторов или третьих лиц.

Таким образом, ООО «СофтПрофи» в настоящем случае предусмотрел не только возможность осуществления контроля за процедурой передачи его контрагентом смс-сообщений, но и оставил за собой возможность понуждения контрагента к совершению или отказу от совершения тех или иных действий путем приостановления оказания услуг по договору, в связи с чем, говорить об отсутствии у него возможности получения информации относительно наличия согласия абонента

на получение рекламы не приходится.

Доводы ООО «СофтПрофи» в указанной части направлены не на защиту своих нарушенных прав и законных интересов, а исключительно на изыскание возможных способов отмены принятого по делу решения.

Таким образом, ООО «СофтПрофи» имел возможность контролировать процесс передачи смс-сообщения в части наличия согласия абонента на его получение.

Кроме того, требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространяются на условия распространения рекламы, а именно исключительно при наличии предварительного согласия абонента.

ООО «СофтПрофи» является рекламораспространителем в силу того, что передало смс-сообщение от ИП Адамян А.Э. до ОАО «ВымпелКом», посредством предоставления доступа к своим техническим возможностям, которые используются исключительно для передачи сообщений.

Довод общества о том, что рекламораспространителем не может быть признано лицо, которое обеспечивает функционирование сети связи, используемой для передачи информации до конечного получателя информации не может быть принят, поскольку ООО «СофтПрофи» обязуется оказывать услуги по передаче Сообщений Заказчика через смс-центр Исполнителя до смс-центра Оператора, с целью последующий передачи Абонентам посредством технологии «смс», а Заказчик обязуется принимать оказанные Исполнителем Услуги и оплачивать их в соответствии с условиями настоящего договора.

Таким образом, ООО «СофтПрофи» является лицом, которое указывает услуги по передаче смс-сообщений посредством своих технических возможностей, а не обеспечивает функционирование сети.

Довод общества о том, что оно не участвовало в формировании самого сообщения и не знало о его содержания, не могут быть приняты, поскольку ООО «СофтПрофи» предоставило такую возможность ИП Адамян А.Э. и обеспечило прохождение рассматриваемого смс-сообщения до абонента, следовательно, принимало непосредственное участие в его передаче.

Кроме того, ООО «СофтПрофи» не представило каких-либо доказательств того, что самостоятельно предприняло какие-либо действия, направленные на получение согласия абонента, а также осуществляло контроль за массовой рассылкой Заказчика на предмет ее законности и обоснованности.

Напротив, ООО «СофтПрофи», заключив Договор с ИП Адамян А.Э., наложил на последнего обязательство получения согласия абонента на смс-рассылку, самоустранившись от выполнения своих обязательств, возникших как в силу договорных отношений с ОАО «ВымпелКом» так и в силу требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Вместе с тем заключение договоров с Заказчиками не снимает такой обязанности с ООО «СофтПрофи».

Учитывая изложенное, ООО «СофтПрофи» является рекламораспространителем и обязано было получить согласие абонента на смс-рассылку рекламы.

Следовательно, ООО «СофтПрофи» нарушило требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Довод ООО «СофтПрофи» о том, что нарушением процессуальных сроков является направление 22.11.2014 в адрес общества постановления о наложении штрафа по делу №А14/199-04 об административном правонарушении, которое было составлено 22 октября 2014 г., не может являться основанием для отмены постановления о назначении административного наказания.

Согласно пункту 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», нарушение административным органом при производстве по делу об административном правонарушении процессуальных требований, установленных КоАП РФ, является основанием для отказа в удовлетворении требования административного органа о привлечении к административной ответственности (часть 2 статьи 206 АПК РФ) либо для признания незаконным и отмены оспариваемого постановления административного органа (часть 2 статьи 211 АПК РФ) при условии, если указанные нарушения носят существенный характер и не позволяют или не позволили всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело.

Существенный характер нарушений определяется исходя из последствий, которые данными нарушениями вызваны, и возможности устранения этих последствий при рассмотрении дела.

Направление постановления № А14/199-04 о назначении административного наказания за нарушение законодательства о рекламе позже, указанного в КоАП РФ срока не является существенным нарушением, поскольку не нарушает права ООО «СофтПрофи» на обжалование указанного ненормативного акта вышестоящему должностному лицу или в суд, и соответственно не может являться основанием для отмены данного постановления, поскольку не нарушает, не ограничивает права ООО «Софт Профи».

Таким образом, доводы ООО «СофтПрофи» не обоснованы и опровергаются имеющимися материалами дела.

Таким образом, постановление №А14/199-04 о назначении административного наказания за нарушение законодательства о рекламе по делу №А14/199 об административном правонарушении Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области является законным и обоснованным.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», несет рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламодатель обязан соблюдать требования статьи 18 Федерального закона «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сети электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента.

Таким образом, ООО «СофтПрофи» является лицом, ответственным за нарушение законодательства о рекламе.

Исследовав материалы дела, ФАС России пришел к заключению об

обоснованности и правомерности выводов Тюменского УФАС России о том, что ООО «СофтПрофи» является рекламодателем и виновно в нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламой, рекламопроизводителем, рекламодателем, рекламораспространителем, законодательством о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно части 1 статьи 3.1 КоАП РФ наказание является установленной государством мерой ответственности за совершения правонарушений и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самих правонарушителей, так и другими лицами.

Согласно части 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. При этом 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 данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

ООО «СофтПрофи» виновно в совершении административного правонарушения, так как оно должно было обеспечить соблюдение требований, предусмотренных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», но не обеспечило соблюдение вышеуказанных требований, в результате чего смс-реклама распространялась в отсутствие согласия абонента.

Принимая во внимание обстоятельства распространения рекламы, Тюменское УФАС России обоснованно и правомерно привлекло ООО «СофтПрофи» к административной ответственности в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Таким образом, вина в действиях ООО «СофтПрофи», установлена, доказательства наличия в действиях указанного лица подтверждаются основаниями, приведенными в постановлении от 22.10.2014 по делу № А14/199-04, а также сведениями и документами, имеющимися в материалах административного дела.

Тюменским УФАС России в отношении ООО «СофтПрофи» составлен протокол об административном правонарушении, вынесено постановление о наложении штрафа в размере 100 000 рублей.

При составлении протокола и рассмотрении дела об административном правонарушении лицу, привлекаемому к административной ответственности – ООО «СофтПрофи», Тюменским УФАС России обеспечены все предусмотренные статьей 28.2 КоАП РФ права и учтены законные интересы.

Порядок привлечения ООО «СофтПрофи» к административной ответственности не нарушен. Срок давности привлечения должностного лица к ответственности на момент вынесения постановления не истек, и наказание назначено с учётом положений статьи 4.1 КоАП РФ в минимальном пределе санкций

части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Заместитель руководителя ФАС России, руководствуясь статьями 14.3, 24.5, 29.7, пунктом 1 части 1 статьи 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

**РЕШИЛ:**

Постановление от 22.10.2014 по делу № А14/199-04 об административном правонарушении, вынесенное Тюменским УФАС России, оставить без изменения, а жалобу ООО «СофтПрофи» без удовлетворения.

В соответствии с частью 1 статьи 30.3, частями 1, 3 статьи 30.9 КоАП решение может быть обжаловано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии решения. Жалоба на решение подаётся вышестоящему должностному лицу либо в суд в порядке, предусмотренном главой 30 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.