

РЕШЕНИЕ

**по жалобе на постановление об административном правонарушении
дело № 4-14.3-276/00-08-15**

«08» июня 2015 г.

г. Москва

Заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы А.Б. Кашеваров, рассмотрев жалобу ООО «Софт Профи» (адрес: ул. Рыбкоров, 2/1, г. Уфа, 450106) на вынесенное Тюменским УФАС России в отношении ООО «СофтПрофи» постановление от 27.10.2014 по делу № А14/163-03 об административном правонарушении о наложении штрафа, а также материалы данного дела,

УСТАНОВИЛ:

Жалоба рассматривается в отсутствие представителей ООО «СофтПрофи» и представителей Тюменского УФАС России. Жалоба подана с соблюдением срока, установленного частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ на обжалование постановления по делу об административном правонарушении.

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 смс-рекламы на телефонный номер гражданина без его предварительного согласия.

С вынесенным постановлением Тюменского УФАС России от 27.10.2014 по делу № А14/163-03 об административном правонарушении ООО «СофтПрофи» не согласно, полагая, что в его действиях отсутствует состав административного правонарушения, так как общество 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».

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

Как усматривается из материалов дела, 30.10.2013 в 17:30 на абонентский номер <...> гражданина от абонента 8 (968) 389-85-83 через SMS-центр: + 7 (903) 701-11-11, поступило сообщение следующего содержания:

«Вам скидка 20% на все поездки! Такси 3059777 только новые иномарки!».

Согласия на получение рекламной sms-рассылки гражданин не давал,



соответственно данная реклама не соответствует требованиям части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе объект рекламирования — товар, средство его индивидуализации, 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.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваемой без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, формировать к нему положительное отношение и закреплять его образ в памяти потребителя.

В рассматриваемом sms-сообщении объектом рекламирования выступают услуги такси, на привлечение внимания к которым направлено sms-сообщение.

Таким образом, sms-сообщение, поступившее абоненту <...> от абонента 8 (968) 389-85-83 с предложением услуг такси является рекламой.

В соответствии с частью 1 статьей 18 Федерального 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.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

При этом Федеральный закон «О рекламе» не содержит информации о количестве рекламораспространителей, имеющих право принимать участие в распространении рекламы, соответственно количество рекламораспространителей, принимающих участие в SMS-рассылке, определяется не только набором и отправкой рекламного сообщения конечным лицом, но и фактически созданными и/или предоставленными возможностями для распространения рекламы иными лицами, осуществляющими набор и отправку таких сообщений.

Возможность передачи посредством технических и программных средств sms-сообщений ООО «СофтПрофи» была представлена ОАО «Вымпел-Коммуникации» (далее — Оператор) на основании заключенного договора № 476218040 от 01.01.2013 на оказание услуг связи (далее — Договор).

Согласно пункту 1.3 Договора права и обязанности сторон Договора не могут передаваться другим лицам иначе как в порядке, установленном законом или Договором.

Согласно подпункту 4) пункта 4.1 Договора абонент обязан не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации) для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок (под массовой рассылкой понимается рассылка сообщений не менее, чем 100 (ста) Получателям).

ОАО «Вымпел-Коммуникации» предоставляет услугу «Корпоративные SMS-сервисы», заключающуюся в возможности для организации самостоятельно отправлять sms-сообщения со своей компьютерной сети на телефоны своих клиентов, партнеров, а также других операторов сотовой связи. Подключая такую услугу, Абонент обязуется осуществить открытые рассылки, то есть рассылки без предварительного sms-запроса пользователя, только при наличии подтвержденного документально согласия пользователя.

На основании Договора №476218040 от 01.01.2013 и Дополнительного соглашения №1 от 27.08.2013 рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Софт Профи».

ООО «Софт Профи» является абонентом ОАО «Вымпел-Коммуникации», и согласно условиям договора приняло на себя обязательства не использовать предоставляемую услугу в целях распространения sms-сообщений, предназначенных по своему содержанию неопределенному кругу лиц, в адрес пользователей, не давших свое согласие на получение таких сообщений. Гражданин согласно условиям Договора является Пользователем, и наличие его письменного согласия на получение рекламной sms-рассылки является обязательным условием.

Из анализа заключенных ООО «Софт Профи» договоров следует, что Общество предоставляет третьим лицам (заказчикам) техническую возможность направлять sms-сообщения абонентам радиотелефонной связи. Такая возможность получена Обществом в силу заключенного с оператором связи ОАО «Вымпел-Коммуникации» Договора № 476218040 от 01.01.2013 об оказании услуг связи. При этом ООО «Софт Профи» достоверно знает, как именно будет использоваться предоставленный заказчику не принадлежащий ему ресурс.

ООО «Софт Профи» заключило Договор № ДУ 230813/01 от 23.08.2013 возмездного оказания услуг с ИП Адамян А.Э. и возложило на последнего обязанность получения предварительного письменного согласия абонента или адресата на получение sms-сообщений, рекламы или другой информации, самоустранившись от выполнения своих обязательств, возникших как в силу договорных отношений с ОАО «Вымпел-Коммуникации», так и в силу закона (части 1 статьи 18 закона о рекламе).

ООО «Софт Профи» не представило каких-либо доказательств того, что самостоятельно предпринимало какие либо действия, направленные на получение

согласия абонента, также общество не представило доказательств осуществления контроля за массовой рассылкой Заказчиком смс-сообщений на предмет ее законности.

Вместе с тем заключение договоров с заказчиками не снимает такой обязанности с ООО «Софт Профи».

Согласно пункту 1.1 Договора № ДУ 230813/01 от 23.08.2013, заключенного между ООО «Софт Профи» (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 № ДУ 230813/01 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 одновременным уведомлением Заказчика через электронную почту о данном требовании, отзыве разрешения или жалобе.

Согласно пункту 4.6 Договора № ДУ 230813/01 задача (рассылка) на отправку смс формируется самостоятельно Заказчиком через WEB-интерфейс или протоколы Интернет в виде списка номеров, текста и подписи.

Согласно пункту 4.7 Договора № ДУ 230813/01 Исполнитель обеспечивает передачу этой задачи в Расчетную систему оператора для отправки, о чем в программном приложении делается отметка и сообщения считаются отправленными.

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 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 заключенного между ООО «СофтПрофи» и ИП Адамян А.Э. договора, Общество предполагает возможность использования его услуг с целью распространения смс-рекламы, рассылка которой осуществляется без надлежащего согласия пользователей - абонентов операторов связи.

Вместе с тем согласно договорным отношениям между ОАО «Вымпел-

Коммуникации» и ООО «СофтПрофи» последний принял на себя обязательства осуществлять отправку 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 (ИП Адамян А.Э.).

ООО «Софт Профи», имея обязательства по получению согласия на рекламную смс-рассылку от пользователей перед ОАО «Вымпел-Коммуникации», и право требования такого согласия, а равно и иной информации, необходимой для оказания исполнителем Услуг по Договору № ДУ 230813/01, не предпринял никаких мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Согласно договору № ДУ 230813/01 ООО «Софт Профи» 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 «Софт Профи» предусмотрел не только возможность осуществления контроля за процедурой передачи его контрагентом sms-сообщений, но и оставил за собой возможность понуждения контрагента к совершению или отказу от совершения тех или иных действий путем приостановления оказания услуг.

Частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» установлены требования к распространению рекламы исключительно при наличии предварительного согласия абонента.

ООО «Софт Профи» является лицом, которое указывает услуги по передаче sms-сообщений посредством своих технических возможностей, а не обеспечивает функционирование сети.

ООО «Софт Профи» предоставило ИП Адамян А.Э. программно-технические средства для направления вышеуказанного смс-сообщения. При этом общество имело возможность контролировать процесс передачи sms-сообщения в части наличия согласия абонента на его получение.

ООО «Софт Профи» не представило доказательств наличия согласия конкретного абонента-физического лица на получение рекламной информации от каких бы то ни было лиц.

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.

По смыслу указанной нормы рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Распространение рекламы посредством SMS-сообщения на телефон гражданина осуществлялось в результате реализации цепи договорных отношений между ОАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «СофтПрофи», ИП Адамян А.Э., что дает основания рассматривать такие отношения как взаимосвязанные действия рекламодателей.

В цепочке данных отношений ООО «СофтПрофи» осуществлял непосредственные действия по рассылке SMS-рекламы без согласия абонента, обеспечив доступ ИП Адамян А.Э. к своим программно-техническим средствам для

формирования смс-сообщений и в последующем доставки на платформу SMS-центра ОАО «Вымпел-Коммуникации».

ООО «СофтПрофи», используя программно-технические средства, в том числе программно-технические средства оператора связи ОАО «Вымпел-Коммуникации», осуществило непосредственные действия по рассылке смс-рекламы на телефонный номер гражданина без согласия абонента, что не допускается частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Следовательно, ООО «СофтПрофи» является непосредственным рекламодателем смс-рекламы, обязано было получить согласие абонента на смс-рассылку рекламы, и отсутствие в цепочке договорных отношений рекламодателя ООО «СофтПрофи» привело бы к невозможности доставки рассматриваемого смс-сообщения абоненту.

Таким образом, довод общества о том, что оно не участвовало в распространении рекламы и не знало о его содержания, не могут быть приняты, и при направлении sms-сообщения по сетям электросвязи ООО «Софт Профи» обязано было в соблюдение требований законодательства о рекламе и договора с оператором ОАО «Вымпел-Коммуникации» получить согласие абонента <...> для дальнейшей отправки SMS-сообщения через сеть Билайн.

Статьей 14.3 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность рекламодателей, рекламопроизводителей и рекламодателем за нарушение законодательства о рекламе.

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

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Состав вмененного ООО «Софт Профи» по основаниям части 1 статьи 14.3 КоАП РФ правонарушения образует нарушение рекламодателем предусмотренного частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» порядка распространения рекламы по сетям радиосвязи, а именно отсутствие у рекламодателя предварительного согласия конкретного гражданина на направление смс-рекламы в его адрес.

При этом закон возлагает на рекламодателя обязанность доказать, что предварительное согласие абонента или адресата на распространение рекламы по сетям электросвязи в его адрес было получено.

ООО «Софт Профи» не представило доказательств наличия согласия конкретного абонента-физического лица на получение рекламной информации от каких бы то ни было лиц.

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 о том, что ООО «СофтПрофи» является рекламодателем и виновно в нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Как разъяснено в пункте 15 Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, каждый из участников рекламной деятельности (рекламодатель, рекламодателем) обязан предварительно получать согласие абонентов на распространение рекламы в их адрес, и такое согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя или рекламодателем.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно, во-первых, относиться к конкретному рекламодателю или рекламодателем, во-вторых, должно быть выражено явно.

ООО «СофтПрофи» не представило согласия гражданина на получение им смс-рекламы, следовательно, ООО «СофтПрофи» нарушило требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Состав административного правонарушения, предусмотренный частью 1 статьи 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 презимируется 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 «СофтПрофи» не приняло мер для получения предварительного согласия абонента на распространение своей рекламы в его адрес, а также устранилось от соблюдения требований закона.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламодателем, рекламопроизводителем законодательства 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, правонарушителем, 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 имело возможность обеспечить соблюдение требований, предусмотренных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», но не приняло все зависящие от него меры по соблюдению вышеуказанных требований, в результате чего смс-реклама распространялась в отсутствие согласия абонента.

Таким образом, вина в действиях ООО «СофтПрофи» установлена, доказательства наличия вины в действиях указанного лица подтверждаются основаниями, приведенными в постановлении от 27.10.2014 по делу № А14/163-03 об административном правонарушении, а также сведениями и документами, имеющимися в материалах административного дела.

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.

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

Порядок привлечения ООО «СофтПрофи» к административной ответственности не нарушен, наказание назначено в минимальном размере санкций части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

С учетом изложенного оспариваемое постановление Тюменского УФАС России от 27.10.2014 по делу № А14/163-03 об административном правонарушении является законным и обоснованным.

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 27.10.2014 по делу № А14/163-03 об административном правонарушении, вынесенное Тюменским УФАС, 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.