

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-317/77-15

« 17 » июля 2015 года

г. Москва

Я, <...>, рассмотрев протокол от 13.05.2015 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-317/77-15, возбужденного в отношении ООО «СМС Трафик», в связи с нарушением ООО «СМС Трафик» ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — ФЗ «О рекламе»), выразившимся в распространении 30.07.2014 в 11 часов 39 минут рекламы «Характер имеет значение! Только до конца июля годовая клубная карта от 26 900 руб. Подробности по тел.: +7(812) 333 11 88», 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),

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Ульяновской области (далее — Ульяновское УФАС России) от 13.11.2014 по делу № 11455/05-2014 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при распространении рекламы «Характер имеет значение! Только до конца июля годовая клубная карта от 26 900 руб. Подробности по тел.: +7(812) 333 11 88», поступившей 30.07.2014 в 11 часов 39 минут на телефонный номер <...> с короткого номера «WorldClass», установлен факт нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», выразившийся в распространении рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно материалам дела № 11455/05-2014, 30.07.2014 в 11 часов 39 минут на телефонный номер <...> поступила реклама следующего содержания: «Характер имеет значение! Только до конца июля годовая клубная карта от 26 900 руб. Подробности по тел.: +7(812) 333 11 88», с указанием отправителя - «WorldClass».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской оператора связи.

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 - любое 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 товару - клубной карте сети фитнес клубов «WorldClass» и может быть воспринята любым потенциальным потребителем.

ООО «СМС Трафик» не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: «Характер имеет значение! Только до конца июля годовая клубная карта от 26 900 руб. Подробности по тел.: +7(812) 333 11 88» исключительно в адрес одного абонента.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, направлена на привлечение внимания к товару - клубной карте сети фитнес клубов «WorldClass» и является рекламой.

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-распространителя.

Исходя из того, что часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» содержит императивное указание на обязанность рекламодателя доказывать наличие согласия абонента на получение рекламы, распространенной по сетям электросвязи, а пункт 15 Постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» называет в качестве адресата исключительно лицо, на чей телефон непосредственно поступила соответствующая реклама, - рекламодатель обязан доказать наличие согласия на получение рекламы, полученного непосредственно от лица, на чей телефон она поступила.

Таким образом, по смыслу приведенного положения, в целях соблюдения требований действующего законодательства на рекламодателя возложена безусловная ответственность за объективность данных о согласии на получение рекламы, данным непосредственно теми лицами, на чей номер телефона направляется реклама посредством электронной связи.

При этом, обязанность по проверке соответствующих сведений прямо следует из толкования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» и не может быть проигнорирована рекламодателем в связи с возникающими сложностями в ее подтверждении.

Ненадлежащее исполнение обязанности по получению объективных данных о согласии на получение рекламы лица, на чей номер телефона она поступила, не может служить основанием для нарушения прав и законных интересов иных лиц.

ООО «СМС Трафик» в материалы дела № 4-14.3-317/77-15 представлена анкета корпоративного клиента сети фитнес-клубов WorldClass, согласно которой телефонный номер 89262839437 указан для получения актуальной информации по спецпредложениям и мероприятиям в фитнес-клубах WorldClass Славиным Геннадием Викторовичем.

Между тем, согласно Договору об оказании услуг связи от 28 января 2004 года между ОАО «Мегафон» и <...>, телефонный номер <...>, на который поступило спорное рекламное СМС-сообщение, выделен <...>.

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

Согласно обращению <...>, являющегося абонентом телефонного номера <...>, 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

рекламораспространителя.

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

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

Местом совершения административного правонарушения является г. Москва (место поступления 30.07.2014 в 11 часов 39 минут на телефонный номер <...> с короткого номера «WorldClass» рекламы следующего содержания: «Характер имеет значение! Только до конца июля годовая клубная карта от 26 900 руб. Подробности по тел.: +7(812) 333 11 88»). Данный факт подтверждается данными, содержащимися в детализированной выписке услуг связи).

Время совершения административного правонарушения — 30.07.2014 в 11 часов 39 минут (время поступления на телефонный номер <...> с короткого номера «WorldClass» рекламы следующего содержания: «Характер имеет значение! Только до конца июля годовая клубная карта от 26 900 руб. Подробности по тел.: +7(812) 333 11 88»).

Исходя из материалов рассматриваемого дела, указанная реклама распространялась на основании договора № МР-СМСТ-311013 от 31.10.2013 (далее - Договор), заключенного между ООО «СМС Трафик» и ЗАО «МегаЛабс».

Предметом Договора является оказание ЗАО «МегаЛабс» услуг (услуга, в соответствии с Договором - услуга по размещению рекламных материалов и/или информационных материалов ООО «СМС Трафик» с помощью каналов коммуникации среди абонентов, предоставивших свое согласие на получение рекламных материалов и информационных материалов ООО «СМС Трафик») ООО «СМС Трафик» за вознаграждение.

В соответствии с п. 4.7 Договора, ООО «СМС Трафик», при размещении рекламных материалов, гарантирует полученное и надлежащим образом оформленное согласие адресата на получение рекламы, кроме того, согласно пп. 4.6 Договора, ООО «СМС Трафик» гарантирует соответствие размещаемых рекламных материалов требованиям Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе». Согласно пп. 7.6 Договора, ООО «СМС Трафик» несет полную ответственность перед третьими лицами за нарушение их законных прав и интересов в отношении содержащейся в предоставленных ЗАО «МегаЛабс» по настоящему Договору рекламных и информационных материалов. Согласно п.1.2 Приложения № 4 к Договору, в рамках оказания услуги по размещению информационных материалов и/или рекламных материалов для работы с интерфейсами ООО «СМС Трафик» присваиваются индивидуальные учетные данные, идентифицирующие ООО «СМС Трафик». Согласно п. 1.5 Приложения № 4 к Договору ООО «СМС Трафик» обязуется не предоставлять третьим лицам предоставленные ему учетные данные. Все действия пользователя интерфейса с использованием учетных данных признаются действиями ООО «СМС Трафик». Кроме того, согласно п. 1.4 Приложения № 4 к Договору, Приложения № 4 к Договору в случае возникновения необходимости рассылки рекламных материалов и/или информационных

материаловформирует ЗАО «МегаЛабс» Заказ (Заказ, в соответствии с Приложением № 4 к Договору — направляемое с помощью интерфейса конкретное поручение на осуществление рекламной или информационной рассылки в рамках согласованной ООО «СМС Трафик» и ЗАО «МегаЛабс» заявки, содержащее текст сообщения, которое ООО «СМС Трафик» желает направить абонентам, а также список абонентских номеров, по которым необходимо осуществить рассылку) с помощью интерфейса.

На основании изложенного, представляется возможным сделать вывод о том, что в рамках достигнутых между ООО «СМС Трафик» и ЗАО «МегаЛабс» соглашений, ООО «СМС Трафик» обязалось не распространять смс-сообщения рекламного характера, предварительное согласие на получение которых получено не было.

Исходя из вышеприведенных положений Договора и Приложения № 4 к Договору установлено, что ООО «СМС Трафик» было заранее известно на какие конкретно телефонные номера будет распространена реклама. Вместе с тем, ООО «СМС Трафик» не проявило должной осмотрительности и осторожности при формировании списка абонентских номеров и проверке наличия согласия абонентов на получение рекламы.

Кроме того, ООО «СМС Трафик» представлен договор № 179/14 от 01.04.2014 (далее - Договор), заключенный между ООО «СМС Трафик» и ЗАО «Связной Загрузка», согласно которому ООО «СМС Трафик» оказывает ЗАО «Связной Загрузка» услуги доступа к Системе, обеспечивающей обработку, отправку сообщений и организацию взаимодействия между ЗАО «Связной Загрузка» и абонентом. Согласно пп. 11.1 Приложения № 2 к Договору, ООО «СМС Трафик» имеет право заблокировать доступ (в том числе на определенное время) ЗАО «Связной Загрузка» к использованию услугами, если тот будет неоднократно оперировать сообщениями, которые соответствуют признакам СПАМ (СПАМ, в соответствии с Договором — сообщение отправленное ЗАО «Связной Загрузка» и предназначенное по своему содержанию неопределенному кругу лиц, доставленное абоненту (абонентам) без его (их) предварительного согласия или не позволяющее определить отправителя этого сообщения).

Таким образом, у ООО «СМС Трафик» имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ООО «СМС Трафик» обладало возможностью осуществления контроля за действиями ЗАО «Связной Загрузка».

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, согласие на получение которых не получена, возложена на ЗАО «Связной Загрузка», 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 Трафик» на себя обязательства посредством заключения рассматриваемых договоров, должностное лицо Московского УФАС России приходит к выводу о том, что ООО «СМС Трафик» 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 Трафик» 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 Трафик» является лицом, осуществившим распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> путем направления сообщения в силу имеющихся между ООО «СМС Трафик» и ЗАО «МегаЛабс», а также ООО «СМС Трафик» и ЗАО «Связной Загрузка» 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 Трафик» является распространителем рекламы следующего содержания: «Характер имеет значение! Только до конца июля годовая клубная карта от 26 900 руб. Подробности по тел.: +7(812) 333 11 88», поступившей 30.07.2014 в 11 часов 39 минут на телефонный номер <...> с короткого номера «WorldClass».

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 Трафик» состоит в распространении 30.07.2014 в 11 часов 39 минут на телефонный номер <...> с короткого номера «WorldClass» рекламы следующего содержания: «Характер имеет значение! Только до конца июля годовая клубная карта от 26 900 руб. Подробности по тел.: +7(812) 333 11 88», 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 Трафик».

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 Трафик».

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 Трафик» (125190, г. Москва, Ленинградский проспект, д. 80, к. 37, ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257, КПП 774301001) 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 Трафик», перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе:

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 770101001

БИК 044583001

р/с 40101810800000010041

КБК 161 1 16 26000 01 6000140

ОКТМО 45375000

Назначение платежа: административный штраф по делу № 4-14.3-317/77-15.

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.