



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания в виде административного штрафа
по делу № 25АПР/18 об административном правонарушении
(ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ)

28 марта 2018 года

г. Екатеринбург

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области <...>, рассмотрев на основании ст.23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) и в порядке ст.29.7 КоАП РФ протокол от 14.03.2018 и иные материалы дела об административном правонарушении в отношении **ООО «ДЭНИ КОЛЛ»** (ИНН 4345404971, КПП 231001001, ОГРН 1144345040883, дата присвоения ОГРН: 26.12.2014, юр. адрес: 350015, Краснодарский край, г. Краснодар, ул. Новокузнецкая, д. 67, офис 32/2) по ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ,

УСТАНОВИЛ:

Поводом к возбуждению дела согласно п.1 ч.1 ст.28.1 КоАП РФ явилось непосредственное обнаружение должностным лицом Свердловского УФАС России достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения при принятии Решения по делу № 107 от 06.02.2018, которым установлен факт распространения ненадлежащей рекламы: *«28/10 TOUS празднует свое открытие в Гринвич. Подарки и шампанское!»* 28.10.2017 в 10:04 на абонентский номер +7 912-626-... с короткого номера «TOUS», нарушающей требование ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закона о рекламе), что выразилось в рассылке смс-сообщения рекламного характера без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Дело об административном правонарушении согласно п. 3 ч. 4 ст. 28.1. КоАП РФ возбуждено 14.03.2018 путем составления протокола на основании ч. 4.1 ст. 28.2 КоАП РФ в отсутствие законного представителя (защитника) ООО «ДЭНИ КОЛЛ», извещенного в порядке ст. 25.15 КоАП РФ о месте и времени его составления, что подтверждается поступившим в Свердловское УФАС России ходатайством ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (вх. № 01-278 от 11.01.2018) о составлении протокола об административном правонарушении в отсутствие ООО «ДЭНИ КОЛЛ».

Определением от 14.03.2018 рассмотрение дела об административном правонарушении (ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ) в отношении ООО «ДЭНИ КОЛЛ» назначено на 28.03.2018 в 12 час. 00 мин.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» направило ходатайство (вх. № 01-5251 от 22.03.2018) о рассмотрении дела об административном правонарушении в отсутствие представителя ООО «ДЭНИ КОЛЛ». В соответствии с ч. 3 ст. 25.4 КоАП РФ дело рассмотрено 28.03.2018 в отсутствие законного представителя ООО «ДЭНИ КОЛЛ».

Отводов не заявлено, а обстоятельств, исключающих возможность рассмотрения дела должностным лицом Свердловского УФАС России (ст.29.2 КоАП РФ) и участия в производстве по делу участвующих в нем лиц (ст.25.12 КоАП РФ), не выявлено.

Оценив в порядке ст.26.11 КоАП РФ имеющиеся в деле доказательства, должностное лицо, осуществляющее производство по делу, приходит к следующим выводам относительно подлежащих согласно ст.26.1 КоАП РФ выяснению обстоятельств:

1. Событие предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ административного правонарушения проявляется в нарушении законодательства о рекламе.

Наличие события совершенного административного правонарушения подтверждается Решением Свердловского УФАС России от 06.02.2018 по делу № 107, которым установлен факт распространения 28.10.2017 в 10:04 на абонентский номер +7 912-626-... с короткого номера «TOUS» ненадлежащей рекламы: «28/10 TOUS празднует свое открытие в Гринвич. Подарки и шампанское!», нарушающей требование ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), что выразилось в рассылке смс-сообщения рекламного характера без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Решением Свердловского УФАС России от 06.02.2018 по делу № 107 установлено:

Целями Закона о рекламе являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

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 (п. 1 ст. 3 Закона о рекламе). Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются (п. 1 ст. 3 Закона 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 (п. 2 ст. 3 Закона о рекламе).

Ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (п. 4 ст. 3 Закона о рекламе).

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 и ст. 44.1 Закона о связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – рассылка) – 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.

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 (ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи).

Рассылка по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи (ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи).

Рассылка, осуществляемая с нарушением требований Закона о связи, является незаконной, за исключением рассылки сообщений в целях информирования абонента в связи с перенесением абонентского номера, иных сообщений, которую оператор связи обязан осуществлять в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также рассылки сообщений по инициативе федеральных органов исполнительной власти, Государственной корпорации по космической деятельности «Роскосмос», органов государственных внебюджетных фондов, исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, местных администраций и других органов местного самоуправления, осуществляющих исполнительно-распорядительные полномочия в соответствии с законодательством Российской Федерации (ч. 3 ст. 44.1 Закона о связи).

Согласно Письму Минкомсвязи России от 29.09.2014 № ДА-П12-17623, понятие «рассылка» следует рассматривать с точки зрения его лексического толкования, в соответствии с которым рассылкой является отправка разным адресатам сообщения одинакового содержания (реклама, газета, приглашение). Принимая это во внимание, рассылкой по сети подвижной радиотелефонной связи является массовая отправка одинаковых коротких текстовых сообщений (SMS) с целью распространения какой-либо информации (адресная электронная рассылка по целевой аудитории с целью доведения определенной информации).

ФАС России в своем Разъяснении от 14.06.2012 «О порядке применения статьи 18 Федерального закона «О рекламе» указало, что «короткий номер» предназначен для одновременной массовой отправки sms-сообщений широкому кругу лиц.

Материалами дела установлено, что 28.10.2017 в 10:04 на выделенный <...> ПАО «ВымпелКом» абонентский номер 8-912-626-...-.. сети подвижной радиотелефонной связи поступило текстовое сообщение с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации («TOUS»), согласие на получение которых заявитель не давал.

Содержание поступившего смс-сообщения следующее: «28/10 TOUS празднует свое открытие в Гринвич. Подарки и шампанское!».

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования – лицу, осуществляющему деятельность под коммерческим обозначением «TOUS», контактная информация о проводимом им мероприятии (открытие с выдачей подарков и шампанского), информация о котором приведена в тексте смс-сообщения, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Рассматриваемое рекламное смс-сообщение подпадает под понятие «рассылка», поскольку соответствует определению «рассылка», изложенному в п. 22.1 ст. 2 Закона о связи – является передачей абоненту короткого текстового сообщения с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации – смс-сообщение было передано заявителю <...> с короткого номера «TOUS».

Факт поступления рассматриваемого рекламного смс-сообщения абоненту ПАО «ВымпелКом» <...> на его абонентский номер +7 912-626-... с короткого номера «TOUS» 28.10.2017 в 10:04 подтверждается детализацией услуг связи по номеру 912626... за период 28.10.2017 00:00 - 28.10.2017 23:59, представленной в материалы дела ПАО «ВымпелКом».

Таким образом, полученное абонентом сети подвижной радиотелефонной связи короткое текстовое сообщения посредством рассылки, является рекламой.

В соответствии с ч. 1 ст. 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.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи, 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.

Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе).

Рекламодатель – лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п. 7 ст. 3 Закона о рекламе).

При этом, согласно ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, 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.

Согласно ч. 1 ст. 44.1 Закона о связи рассылка также 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 силу ч. 1 ст. 46 Закона о связи, оператор связи обязан прекратить оказание услуг по пропуску по своей сети трафика, содержащего осуществляемую с нарушением требований Закона о связи рассылку.

П. 34 ст. 2 Закона о связи определяет услугу по пропуску трафика как деятельность, направленную на удовлетворение потребности операторов связи в пропуске трафика между взаимодействующими сетями электросвязи.

К оказываемым оператором сети подвижной радиотелефонной связи услугам по пропуску трафика согласно пп. «а» п. 2 Приложения № 2 к Правилам присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утв. Постановлением Правительства РФ от 28.03.2005 № 161, относится услуга зонowego завершения вызова на сеть оператора связи, представляющая собой деятельность, направленную на обеспечение пропуска трафика от точки присоединения к сети оператора связи к пользовательскому (оконечному) оборудованию, подключенному к сети связи того же оператора подвижной радиотелефонной связи.

Следовательно, в случае осуществления оператором связи рассылки, включающей в себя рекламные сообщения не на основании договора об оказании услуг по осуществлению рассылки с заказчиком рассылки он заведомо допускает незаконную рассылку и бездействует относительно возложенной на него законом безусловной обязанности прекратить оказание услуг по пропуску по своей сети трафика, содержащего незаконную рассылку (в том числе рекламу).

Таким образом, применительно к распространению рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи посредством передачи абонентам коротких текстовых сообщений рекламораспространителем является инициатор рассылки – заказчик рассылки либо оператор связи.

Рассылка по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи (ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи).

Рассылка, осуществляемая с нарушением требований Закона о связи, является незаконной (ч. 3 ст. 44.1 Закона о связи).

Таким образом, в случае осуществления оператором связи рассылки, включающей в себя рекламные сообщения не на основании договора об оказании услуг по осуществлению рассылки с заказчиком рассылки, оператор заведомо допускает незаконную рассылку и бездействует относительно возложенной на него законом безусловной обязанности прекратить оказание услуг по пропуску по своей сети трафика, содержащего незаконную рассылку (в том числе рекламу).

Оператором связи <...> является ПАО «ВымпелКом», с которым заявитель заключил 28.06.2014 договор № 518065895 об оказании услуг связи «Билайн».

ПАО «ВымпелКом» в письменных объяснениях на Запрос Управления (исх. № 17099 от 02.11.2017) сообщило следующее.

Указанная смс-реклама была распространена в рамках Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 576974438 от 09.11.2015, а также Дополнительного соглашения от 09.11.2015 № 1 на оказание услуги по доступу к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц, к указанному договору, заключенных между ПАО «ВымпелКом» (Оператор) и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (Абонент).

Анализ вышеуказанного договора в совокупности с дополнительным соглашением к нему позволяет сделать вывод о том, что он по своей природе является договором на оказание оператором подвижной радиотелефонной связи (ПАО

«ВымпелКом») услуг заказчику рассылки (ООО «ДЭНИ КОЛЛ») по осуществлению рассылки абонентам оператора связи.

Согласно терминам и определениям вышеуказанного договора под понятием «услуги» подразумевается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Под Услугами в рамках договора понимаются услуги подвижной радиотелефонной связи, услуги связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации в сети подвижной связи, дополнительные услуги, оказываемые Оператором Абоненту в соответствии с Правилами оказания соответствующего вида Услуг и условиями выданных Оператору лицензий.

Согласно п. 1.1. Дополнительного соглашения № 1 от 09.11.2015 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» № 576974438 от 09.11.2015 в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» Оператор предоставляет Абоненту услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц партнерами Абонента (далее - «Партнеры») и/или Абонентом (далее - «Услуги»). Услуги оказываются с соблюдением гарантированных параметров качества, предусмотренных настоящим Дополнительным соглашением, при осуществлении рассылок на абонентские телефонные номера сети связи Оператора.

При пользовании Услугами Абонент самостоятельно без участия Оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера своих клиентов, являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Оператора и/или других операторов подвижной радиотелефонной связи (далее - «Пользователи») в интересах Абонента/Партнеров (п. 1.3 Дополнительного соглашения № 1 от 09.11.2015).

Согласно п. 1.5 Дополнительного соглашения № 1 от 09.11.2015, услуги включают в себя:

- выделение Абоненту в пользование уникального кода идентификации из технологического ресурса нумерации Оператора для отправки коротких текстовых сообщений Пользователям (далее - «Уникальный код идентификации»);

- предоставление Абоненту возможности использования уникального имени отправителя в целях идентификации Пользователями отправителя коротких текстовых сообщений (далее - «Имя отправителя»);

- доступ к технологическому интерфейсу программно-аппаратного комплекса Оператора - SMS- платформе (далее - «Интерфейс Услуги»);

- выделение и поддержание авторизационных данных (логин/пароль) для подключения к Интерфейсу Услуги;

- техническую возможность формирования и рассылки коротких текстовых сообщений Пользователям, определенных Абонентом, с использованием Интерфейса Услуги;

- гарантированную полосу пропускания данных от оборудования Абонента к программно - аппаратному комплексу Оператора, измеряемую в количестве коротких текстовых сообщений о секунду для дальнейшей рассылки Пользователям (далее - «Пропускная способность»).

Таким образом, заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламодателем является ООО «ДЭНИ КОЛЛ»,

инициировавшее рассылку коротких текстовых сообщений рекламного характера абонентам ПАО «ВымпелКом» посредством заключения договора на оказание услуг по осуществлению рассылки с оператором связи.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в письменных объяснениях (вх. № 01-22915 от 18.12.2017) сообщило, что Общество не является заказчиком и рекламораспространителем рассылки данного сообщения. Между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр» заключен Партнерский договор №102/SMS от 01.10.2016, в соответствии с которым ООО «ДЭНИ КОЛЛ» оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки SMS-сообщений.

Довод ООО «ДЭНИ КОЛЛ» о том, что Общество не является заказчиком и рекламораспространителем рассылки данного сообщения, Комиссией отклоняется, так как, противоречит требованиям ч. 2 ст. 44.1 Закона о связи, согласно которому рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется не иначе как на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

При этом, у оператора связи ПАО «ВымпелКом» отсутствует договор на оказание услуг по осуществлению рассылки ООО «СМС-центр», а также оператор связи ПАО «ВымпелКом» не является стороной по Договору №102/SMS от 01.10.2016.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в письменных пояснениях (вх. № 01-22915 от 18.12.2017) указывает следующее: «Между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС-центр» заключен Партнерский договор №102/SMS от 01.10.2016, в соответствии с которым ООО «ДЭНИ КОЛЛ» оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки SMS-сообщений.

Согласно п. 3.1.2 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» приняла на себя обязательства самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получает от Абонента, на Абонентское устройство которого планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания Услуги.

В соответствии с п. 4.3 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» самостоятельно формирует SMS-сообщения, инициирует отправку SMS-сообщения и HLR-запросов. производит выбор конкретных настроек и опций оказания Услуг и совершает другие действия в рамках оказания ООО «ДЭНИ КОЛЛ» Услуг по Договору.

Согласно п. 6.3 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» несет полную ответственность за соблюдение законодательства Российской Федерации, в том числе: Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», Федерального закона от 29.12.2010 № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», Федерального закона от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» и Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».

В соответствии с п. 6.4 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС-центр» несет полную ответственность за содержание, достоверность, полноту, законность информации в SMS- сообщениях и присваиваемый Адрес отправителя, ООО «СМС-

центр» обязуется самостоятельно решать все вопросы, связанные с происхождением и содержанием данной информации».

Согласно п.1 ст. 307 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

Обязательства возникают из договоров и других сделок, вследствие причинения вреда, вследствие неосновательного обогащения, а также из иных оснований, указанных в настоящем Кодексе (п. 2 ст. 307 ГК РФ).

К обязательствам, возникшим из договора (договорным обязательствам), общие положения об обязательствах (настоящий подраздел) применяются, если иное не предусмотрено правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в настоящем Кодексе и иных законах, а при отсутствии таких специальных правил - общими положениями о договоре (подраздел 2 раздела III) (п. 1 ст. 307.1 ГК РФ).

В соответствии с п.п.1-3 ст.308 ГК РФ в обязательстве в качестве каждой из его сторон - кредитора или должника - могут участвовать одно или одновременно несколько лиц.

Если каждая из сторон по договору несет обязанность в пользу другой стороны, она считается должником другой стороны в том, что обязана сделать в ее пользу, и одновременно ее кредитором в том, что имеет право от нее требовать.

Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц).

Согласно п.1 ст. 382 ГК РФ право (требование), принадлежащее на основании обязательства кредитору, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или может перейти к другому лицу на основании закона.

В соответствии с п.п. 1, 2 ст.391 ГК РФ перевод долга с должника на другое лицо может быть произведен по соглашению между первоначальным должником и новым должником. Перевод должником своего долга на другое лицо допускается с согласия кредитора и при отсутствии такого согласия является ничтожным.

Таким образом, анализ Партнерского договора № 102/SMS от 01.10.2016, заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ», позволяет сделать вывод о том, что ООО «ДЭНИ КОЛЛ» осуществляет сбор заказов от своих клиентов на рассылку, оставаясь при этом заказчиком рассылки в силу того, что только оно является стороной по договору на оказание услуг по осуществлению рассылки, заключенным с оператором связи, абонентам которого предназначена рассылка.

При этом не возникает как множественности лиц на стороне заказчика рассылки, в том числе путем замены стороны в части обязательств по договору с оператором связи.

Обязанность по получению предварительного согласия абонентов на получение смс-рекламы возникает у заказчика рассылки в силу Закона (Закон о связи, Закон о рекламе) и не может быть передана им по договору третьему лицу.

Комиссия отмечает, что наличие п. 3.1.2 в договоре № 102/SMS от 01.10.2016, заключенном между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (Исполнитель) и ООО «СМС-центр» (Заказчик), согласно которому Заказчик обязан самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от Абонента, на Абонентское устройство которого

планируется отправка SMS-сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания Услуги (Услуги – действия Исполнителя по предоставлению Заказчику технической возможности отправки на оборудование Оператора и далее на Абонентское устройство Абонентка SMS-сообщений и HLR-запросов), не освобождает ООО «ДЭНИ КОЛЛ» от ответственности за рекламную рассылку при отсутствии согласия абонента.

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что заказчиком рассылки, направившим рассматриваемые рекламные смс-сообщения на абонентский номер заявителя, является именно ООО «ДЭНИ КОЛЛ», которое заключило с оператором связи абонента <...> ПАО «ВымпелКом» договор и дополнительное соглашение к нему, являющийся по своей правовой природе договором на оказание услуг по осуществлению рассылки.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя (абз. 4 п. 15 Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Для признания надлежащим факта получения рекламодателем согласия абонента либо адресата на получение им рекламной информации изначально должно быть явно выраженное желание абонента либо адресата на ее получение, в том числе, посредством отметки соответствующего надлежащим образом оформленного пункта.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не представило согласия абонента на получение рекламы посредством совершения последним именно активных действий, в том числе, письменное согласие.

Представленная в материалы дела анкета клиента ООО «ТитанСофт», заполненная 25.03.2017 якобы <...> (<...>; <...>@gmail.com, +7912626....; подпись, дата 25.03.2017; отмечено «да» под словами «Я даю свое согласие на обработку персональных данных, содержащихся в анкете посредством e-mail и sms-рассылок»), в которой в качестве контактного номера указан номер 8-912-626-...-..., не является допустимым доказательством выражения <...>согласия на получение смс-рекламы на его абонентский номер, поскольку имеет признаки фальсификации документа.

При этом, данная анкета, выражает согласие на обработку персональных данных, содержащихся в анкете посредством e-mail и sms-рассылок не ООО «ДЭНИ КОЛЛ», а ООО «ТитанСофт».

<...> в письменных пояснениях (вх. № 01-1703 от 01.02.2018) на запрос Управления о предоставлении сведений о том, заполнял ли он Анкету, сообщил, что такую Анкету не заполнял, почерк и подпись в ней ему не принадлежат.

Согласие на обработку персональных данных не может означать явно выраженное желание абонента на получение именно смс-рекламы.

Таким образом, имеет место распространение смс-рекламы на номер телефона +7-912-626-...-... с нарушением ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе - при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Комиссия отмечает, что позиция Свердловского УФАС России о том, что заказчиком рассылки является контрагент по договору на оказание услуг по осуществлению рассылки, заключаемого с оператором связи, поддержана

Арбитражным судом Свердловской области и нашла свое отражение в Решении по делу № А60-52306/2016 от 09.02.2017.

Таким образом, направление рекламы в указанном случае является формой навязывания информации, на получение которой абонент согласия не давал.

Как сообщил заявитель в своем обращении, он не давал согласия на распространение ему рассматриваемой рекламы. Материалы, подтверждающие дачу согласия абонентом – владельцем номера +7-912-626-...-... <...>, на рассылку ему рекламного смс-сообщения, в Управлении отсутствуют.

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что заказчиком рассылки, направившим рассматриваемое рекламное смс-сообщение на абонентский номер заявителя, является именно ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (350015, Краснодарский край, г. Краснодар, ул. Новокузнецкая, д. 67, офис 32/2, ОГРН 1144345040883, ИНН 4345404971, дата присвоения ОГРН – 26.12.2014), которое заключило с оператором связи абонента <...> ПАО «ВымпелКом» договор и дополнительное соглашение к нему, являющийся по своей правовой природе договором на оказание услуг по осуществлению рассылки.

Таким образом, материалами дела подтверждено, что рекламораспространителем рассматриваемой в настоящем деле рекламной информации, направившим рассматриваемое рекламное смс-сообщение на абонентский номер заявителя, является ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (350015, Краснодарский край, г. Краснодар, ул. Новокузнецкая, д. 67, офис 32/2, ОГРН 1144345040883, ИНН 4345404971, дата присвоения ОГРН – 26.12.2014), так как именно у указанного лица с ПАО «ВымпелКом» (Оператором связи) заключен Договор об оказании услуг связи Билайн от 09.11.2015 № 576974438, который по своей природе является договором на оказание Оператором подвижной радиотелефонной связи (ПАО «ВымпелКом») услуг по осуществлению рассылки заказчику рассылки (ООО «ДЭНИ КОЛЛ»).

Материалами дела установлено, что в данный момент рассматриваемая реклама не распространяется, в Управлении отсутствуют сведения о продолжении распространения рекламы, поэтому необходимость в выдаче предписания о прекращении распространения ненадлежащей рекламы отсутствует.

2. Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель (ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе).

В соответствии с п. 7 ст. 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем рассматриваемой в настоящем деле рекламной информации (sms-сообщения) является юридическое лицо – ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (ИНН 4345404971, КПП 231001001, ОГРН 1144345040883, дата присвоения ОГРН: 26.12.2014, юр. адрес: 350015, Краснодарский край, г. Краснодар, ул. Новокузнецкая, д. 67, офис 32/2), так как именно у указанного лица с ПАО «ВымпелКом» (Оператором связи) заключен Договор от 09.11.2015 № 576974438 который по своей природе является договором на оказание Оператором подвижной радиотелефонной связи (ПАО «ВымпелКом») услуг по осуществлению рассылки заказчику рассылки (ООО «ДЭНИ КОЛЛ»).

Данные обстоятельства подтверждаются решением Свердловского УФАС России от 06.02.2018 по делу № 107.

3. Административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность (п.1 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 настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП РФ формы вины (статья 2.2 КоАП РФ) не выделяет. Следовательно, и в тех случаях, когда в соответствующих статьях Особенной части КоАП РФ возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ). Обстоятельства, указанные в части 1 или части 2 статьи 2.2 КоАП РФ, применительно к юридическим лицам установлению не подлежат.

По результатам оценки в соответствии со ст.26.11 КоАП РФ представленных материалов должностное лицо установило, что ООО «ДЭНИ КОЛЛ» при распространении рекламы с номера «TOUS» на абонентский номер +7 912-626-... имело возможность убедиться в получении согласия абонента.

Однако, ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не были приняты все зависящие от него меры для предупреждения правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ (нарушение законодательства о рекламе), не были надлежащим образом исполнены организационно – распорядительные и административные функции, контроль за соблюдением требований законодательства о рекламе (в данном случае, ч.1 ст. 18 Закона о рекламе) не был обеспечен, вследствие чего было допущено вышеуказанное правонарушение.

Доказательств того, что ООО «ДЭНИ КОЛЛ» приняло все зависящие от него меры для соблюдения требований законодательства, в материалах дела не имеется, как и не представлены доказательства объективной невозможности соблюдения требований действующего законодательства.

Таким образом, ООО «ДЭНИ КОЛЛ» виновно в совершении административного правонарушения, ответственность за которое установлена ч.1 ст.14.3 КоАП РФ.

4. Обстоятельства, смягчающие (ст.4.2 КоАП РФ) административную ответственность, не выявлены.

5. Согласно п. 2 ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ обстоятельством, отягчающим административную ответственность, признается повторное совершение однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым наказанию за совершение однородного административного правонарушения.

Согласно ч. 1 ст. 4.1.1 КоАП РФ, являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных ч. 2 ст. 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 настоящей статьи.

В соответствии с ч. 2 ст. 3.4 КоАП РФ, предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

Согласно сведениям из Единого государственного реестра субъектов малого и среднего предпринимательства, размещенного на официальном сайте ФНС России, ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (ИНН 4345404971) является субъектом малого предпринимательства.

Вместе с тем, 28.08.2017 в отношении ООО «ДЭНИ КОЛЛ» было вынесено постановление (исх. № 13676 от 04.09.2017) о назначении административного наказания в виде предупреждения по делу № 6/1 об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Указанное постановление было получено <...> 15.09.2017.

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.

Согласно ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ, жалоба на постановление по делу об административном правонарушении может быть подана в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Действия по обжалованию указанного постановления ООО «ДЭНИ КОЛЛ» не предпринимались.

По истечении предусмотренного КоАП РФ десятидневного срока на обжалование постановления, 25.09.2017 указанное постановление о назначении административного наказания в виде предупреждения вступило в законную силу.

Применение административного наказания в виде предупреждения невозможно при выявлении факта повторного совершения лицом административного наказания.

П. 2 ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ содержит понятие повторного совершения однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым наказанию за совершение однородного административного правонарушения (то есть со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного

наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении административного наказания).

При применении указанной нормы следует учитывать, что однородными считаются правонарушения, ответственность за совершение которых предусмотрена одной статьей Особенной части КоАП РФ (п. 19.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10).

Кроме того, согласно правовой позиции, изложенной в п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», если лицо было привлечено к административной ответственности в качестве рекламодателя, последующее совершение данным лицом административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена статьей 14.3 КоАП РФ, не только в качестве рекламодателя, но и рекламопроизводителя или рекламораспространителя следует считать повторным совершением однородного административного правонарушения.

Согласно ст. 4.6 КоАП, лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления.

Таким образом, ООО «ДЭНИ КОЛЛ» считается подвергнутым административному наказанию за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ в период с 25.09.2017 по 25.09.2018.

Следовательно, ООО «ДЭНИ КОЛЛ» вновь совершило (реклама была распространена 28.10.2017) административное правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, будучи подвергнутым административному наказанию за совершение однородного административного правонарушения.

6. Ущерб, причиненный административным правонарушением, не выявлен.

7. Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст.24.5 КоАП РФ), не выявлено.

8. Причины и условия, способствовавшие совершению административного правонарушения, не выявлены.

За совершение юридическим лицом предусмотренных ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ административных правонарушений установлено административное наказание в виде штрафа в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно ст.2.9 КоАП РФ, при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»).

Согласно п.18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Возможность или невозможность квалификации деяния в качестве малозначительного не может быть установлена абстрактно, исходя из сформулированной в КоАП РФ конструкции состава административного правонарушения, за совершение которого установлена ответственность.

В рассматриваемой ситуации доказательств наличия каких-либо исключительных обстоятельств, позволяющих квалифицировать правонарушение, совершенное ООО «ДЭНИ КОЛЛ», как малозначительное, не представлено.

Немотивированные случаи прекращения производства по делу по малозначительности и освобождения от административной ответственности за допущенные нарушения неизбежно ведут к формированию у подотчетных субъектов халатного отношения к исполнению своих обязанностей, уверенности в собственной безнаказанности.

Необоснованное применение ст.2.9 КоАП РФ противоречит задачам производства по делам об административных правонарушениях, сформулированным в ст.24.1 КоАП РФ, основополагающей из которых является обеспечение исполнения вынесенного постановления.

На основании вышеизложенного, учитывая общественно-значимый характер совершенного правонарушения (распространение рекламы без согласия на то абонента), с учетом способа распространения, общественных отношений, на защиту которых направлены требования и ограничения, установленные ст. 18 Закона о рекламе, руководствуясь статьями 4.1. – 4.4, ч. 1 ст. 14.3, статьями 23.48, 24.5, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать **ООО «ДЭНИ КОЛЛ»** (ИНН 4345404971, КПП 231001001, ОГРН 1144345040883, дата присвоения ОГРН: 26.12.2014, юр. адрес: 350015, Краснодарский край, г. Краснодар, ул. Новокузнецкая, д. 67, офис 32/2) виновным в совершении административного правонарушения, административная ответственность за которое установлена ч.1 ст.14.3 КоАП РФ, и назначить ему административное наказание в виде административного штрафа в размере **100 000 (сто тысяч) рублей**.

Статьей 31.5 КоАП РФ предусмотрены отсрочка и рассрочка исполнения постановления о назначении административного наказания.

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу, либо в суд по месту рассмотрения дела в срок, установленный действующим законодательством.

Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении может быть подана в течение *десяти суток* со дня вручения или получения копии постановления (ч.1 ст.30.3 КоАП РФ).

Административный штраф должен быть уплачен в полном размере лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу, за исключением случая, предусмотренного частью 1.1 или 1.3 настоящей статьи, либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 настоящего Кодекса (ч.1 ст.32.2 КоАП РФ).

Суммы штрафов, уплаченных за нарушения законодательства о рекламе, зачисляются по следующим реквизитам:

Получатель:

ИНН 6658065103

КПП 665801001

УФК по Свердловской области (Свердловское УФАС России)

Р/с 40101810500000010010 в Уральском ГУ Банка России

БИК 046577001

Назначение платежа: КБК (код бюджетной классификации) – 161 1 16 26 000 01 6000 140 (Денежные взыскания (штрафы) за нарушение законодательства о рекламе)

ОКТМО 65701000

УИН 16172032900001152927

ID плательщика 24345404971231001001

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

Согласно части 1 статьи 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.

Копия постановления вручена или получена

_____ ,
что подтверждается _____.

Постановление (решение от _____ по жалобе, протесту) вступило в законную силу _____ (ст. 31.1 КоАП РФ).

Заместитель руководителя Управления

С.Н. Волков