



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания в виде административного штрафа
по делу № 066/04/14.3-270/2019 об административном правонарушении
(ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ)

28 мая 2019 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 09.04.2019 и иные материалы дела об административном правонарушении в отношении **Общества с ограниченной ответственностью «СМС-центр»** (ОГРН 1117746756489, ИНН 7724805644, дата присвоения ОГРН – 26.09.2011, юр. адрес: 123112, г. Москва, Набережная Пресненская, д. 12, офис А35, далее – ООО «СМС-центр») 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, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, а именно, установленный при анализе заявления абонента ПАО «МТС» (вх. № 01-26174 от 04.12.2018) перенаправленного из ФАС России, а также материалов, направленных в Свердловское УФАС России ПАО «МТС» (вх. № 01-1623 от 25.01.2019), факт распространения 02.12.2018 в 11:00 на абонентский номер +7(912)... рекламного смс-сообщения с короткого номера: «FRIENDS» следующего содержания: «*Новый FRIENDS на Карла Либ,22! Доставка 2887770, АКЦИИ 1+1 всю неделю!*», 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.

Дело согласно п. 3 ч. 4 ст. 28.1 КоАП РФ возбуждено 09.04.2019 путем составления специалистом-экспертом отдела контроля органов власти Свердловского УФАС России <...> протокола об административном правонарушении (ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ) в отсутствие законного представителя ООО «СМС-центр», извещенного в порядке ст. 25.15 КоАП РФ о времени и месте составления протокола, подтверждается поступившими в Свердловское УФАС России письменными объяснениями ООО «СМС-центр» (вх. №№ 01-5775 от 18.03.2019, 01-6490 от 26.03.2019).

Определением от 09.04.2019 рассмотрение дела об административном правонарушении (ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ) в отношении ООО «СМС-центр» назначено на 28.05.2018 в 10 час. 00 мин.

Дело, в соответствии с ч. 3 ст. 25.4 КоАП РФ, рассмотрено в отсутствие законного представителя ООО «СМС-центр», извещенного в порядке ст. 25.15 КоАП РФ о времени и

месте рассмотрения дела, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором № 80080635527291, размещенным на сайте ФГУП «Почта России» (<https://www.pochta.ru/>), согласно которому корреспонденция Свердловского УФАС России, содержащая информацию о времени и месте рассмотрения дела (исх. № 7167 от 11.04.2019), направленная по адресу Общества, указанному в ЕГРЮЛ, была получена Обществом 24.05.2018.

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 образуют действие (бездействие), выраженное в нарушении законодательства о рекламе.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило заявление абонента ПАО «МТС» (вх. № 01-26174 от 04.12.2018) с жалобой на поступление 02.12.2018 в 11:00 на его абонентский номер +7(912)... рекламного смс-сообщения с короткого номера: «FRIENDS» следующего содержания: «Новый FRIENDS на Карла Либ,22! Доставка 2887770, АКЦИИ 1+1 всю неделю!», согласие на получение которого, как указал заявитель, он не давал.

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 (ст. 1 Закона 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 (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.

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 Федерального Закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи – 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.

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.

Содержание рассматриваемой информации является рекламным, поскольку направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования – услугам и акциям клуба «FRIENDS», формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Способ передачи рассматриваемого рекламного sms-сообщения подпадает под понятие «рассылка», поскольку соответствует определению «рассылка», изложенному в п. 22.1 ст. 2 Закона о связи – является передачей абоненту коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации – sms-сообщение было передано абоненту с абонентским номером +7 912-... с короткого номера – FRIENDS.

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

Факт поступления рассматриваемых рекламных sms-сообщений абоненту на его абонентский номер +7 912-... с короткого номера «FRIENDS» 02.12.2018 в 11:00, подтверждается детализацией оказанных услуг в период с 02.12.2018 по 02.12.2018, представленной в материалы дела ПАО «МТС».

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

Как указал заявитель, он является абонентом ПАО «МТС». Согласно информации, размещенной на официальном сайте ФГУП ЦНИИС, абонентский номер +7(912)... с которого поступило рекламное sms-сообщение, относится к ресурсу нумерации оператора связи ПАО «МТС».

ПАО «МТС» в письменных объяснениях (вх. № 01-1623 от 25.01.2019) на запрос Управления (исх. № 23421 от 27.12.2018) сообщило следующее.

Указанное в запросе sms-сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «СМС-центр» на основании договора №МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017 (далее – Договор), заключенного между ООО «СМС-центр» и ПАО «МТС» как оператором связи в соответствии с положениями ст. 44.1 Закона о связи.

Согласно п. 1.2 и п. 2.1 Договора оператор связи ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки ООО «СМС-центр» услугу по передаче коротких текстовых соглашений от заказчиков рассылки пользователям.

Договор был заключен в целях предоставления Заказчиком рассылки Пользователям, которые одновременно являются абонентами ПАО «МТС», справочно-информационных услуг, о чем указано в преамбуле договора.

Согласно п. 1.3 Договора, Пользователь – абонент, заключивший договор на услуги связи с ПАО «МТС» и получающий короткие текстовые сообщения от Заказчиков рассылки.

Согласно п. 1.4 договора, Услуги заказчика рассылки – справочно-информационные услуги, оказываемые Заказчиком рассылки Пользователям в случае их регистрации в информационных системах Заказчика рассылки.

Согласно п. 3.3.2 Договора, Заказчик рассылки обязуется осуществлять оказание своих информационно-справочных услуг только абонентам МТС, являющимися Пользователями Заказчика рассылки.

Согласно п. 3.3.3 Договора, заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки обязан получить от пользователей предварительное согласие на получение пользователями sms-сообщений путем регистрации пользователя в информационных системах заказчика рассылки.

Согласно п. 3.3.16 Договора, заказчик рассылки до начала оказания услуги рассылки принимает на себя обязательство обеспечить наличие согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи (п.22.1 ст. 2 Закона о связи), при необходимости получить иные согласия от пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством.

Таким образом, из Договора следует, что оператор связи ПАО «МТС» оказывает заказчику рассылки только услуги связи по осуществлению смс-рассылки, которые регламентируются Законом о связи, распространение рекламы не является предметом Договора.

В данном случае рассылка осуществлена по инициативе заказчика рассылки (ООО «СМС-центр», ИНН: 7724805644, адрес: 115419, г. Москва, 2-й Рощинский проезд, д. 8), а ПАО «МТС» лишь осуществило технологические действия, предоставляя техническую возможность совершить рассылку смс-сообщений, не вникая в их содержание, что прямо вытекает из положений Конституции Российской Федерации (п. 2 ст. 23), Закона о связи, гарантирующих тайну связи.

В связи с выявлением факта распространения ненадлежащей рекламы извещением о времени и месте составления протокола об административном правонарушении (исх. № 4372 от 07.03.2019) ООО «СМС-центр» было приглашено на составление протокола об административном правонарушении на 09.04.2019 в 17:00., также у Общества были запрошены документы, в том числе, письменное пояснение по факту нарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

ООО «СМС-центр» в письменных объяснениях, поступивших в Свердловское УФАС России (вх. № 01-5775 от 18.03.2019, 01-6490 от 26.03.2019) сообщило следующее.

ООО «СМС-центр» оказывает услуги на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи № 166255 от 26.01.2017, выданной Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций. Общество предоставляет юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям технический канал в сервисе SMSC.RU для передачи сообщений операторам связи с помощью различных протоколов передачи данных (SMPP, SMPT, HTTP, SOAP - протоколы).

«Сервис SMSC.RU» - совокупность аппаратных устройств и программного обеспечения, принадлежащих Обществу и позволяющих осуществлять передачу сообщений от инициатора рассылки до операторов связи. При этом ООО «СМС-центр» не определяет ни содержание сообщений, ни круг лиц-получателей сообщений, ни место и время распространения сообщений, не доводит сообщение до потребителей информации, не преследует цель привлечения внимания к объекту рекламирования. Общество предоставляет технический канал для передачи сообщения от Заказчика рассылки только к Оператору связи. У ООО «СМС-центр» отсутствует техническая возможность передачи сообщения напрямую потребителю информации (абоненту). Набор текста сообщения и ввод телефонного номера абонента осуществляется заказчиком рассылки.

СМС-сообщения на номер + 7912... с буквенного номера «FRIENDS», было отправлено ООО «УралТрансТабак» (далее – Заказчик) через клиентский доступ,

предоставленный в рамках договора оказания услуг № 380638 от 31.10.2018 (далее – Договор).

В соответствии с договором оказания услуг ООО «СМС-центр» прямо запрещает Заказчику (ООО «УралТрансТабак») отправку любых сообщений, нарушающих требования законодательства, в том числе без предварительного согласия абонента, поэтому общество не преследует цель и не допускает возможности распространения ненадлежащей рекламы, т.е. не имеет и не может иметь умысла на совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.3 КоАП РФ.

В частности, в соответствии с Договором Заказчик обязан:

3.2.1. Соблюдать требования законодательства Российской Федерации (в том числе Закон о рекламе);

3.2.5. Не использовать подключение к Сервису SMSC.RU: для организации СПАМА.

В соответствии с п. 6.4. Договора ответственность за содержание Сообщений и присваиваемое имя отправителя несет Заказчик. Общество обеспечивает доступ к сервису SMSC.RU и обязано передавать сообщения в их неизменном содержании и объеме, в связи с этим ответственность за включение в сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на Заказчика (ООО «УралТрансТабак»).

ООО «УралТрансТабак» самостоятельно осуществили отправку смс-сообщений (в том числе набор текста и ввод номера абонента, определение места и времени отправки) через выделенный доступ к технической платформе сервиса.

ООО «СМС-центр» получает команду от Заказчика только на маршрутизацию сообщения конкретному оператору связи, однако не имеет юридического права и технической возможности контролировать содержание каждого сообщения и наличие согласия абонентов на их получение.

В соответствии с Лицензией Общество обязано предоставить доступ абоненту и (или) пользователю к сети связи лицензиата, а также прием и передачу электронных сообщений. Т.е. общество в соответствии с имеющимися техническими возможностями обязано принимать и

передавать поступающие в его сеть сообщения в случае, если они явно не нарушают требования законодательства. При этом явные нарушения законодательства, допущенные пользователями при отправке сообщений, могут быть устранены только с помощью автоматических средств фильтрации (блокирования запрещенных слов, словосочетаний и т.д.).

Действующее законодательство запрещает лицу, обеспечивающему техническую возможность передачи смс-сообщений от отправителя оператору связи, знакомиться с содержанием сообщений, анализировать их и требовать передачи персональных данных абонентов, которым предназначены сообщения.

Статьей 23 Конституции Российской Федерации установлен режим тайны переписки и иных сообщений, согласно которым переписка, телефонные переговоры, почтовые отправления, телеграфные и иные сообщения, передаваемые по сетям электросвязи и сетям почтовой связи, составляют личную тайну, защищаемую Конституцией Российской Федерации. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения.

Так как ООО «СМС-центр» не определяет конкретных лиц-получателей сообщений (абонентов), не взаимодействует с ними в рамках договорных и иных отношений, не формирует текст и самостоятельно не осуществляет отправку смс-сообщений, то в соответствии с требованиями Закона РФ «О персональных данных» от 27.07.2006 №152-ФЗ не имеет права требовать от Заказчика персональные данные каждого конкретного абонента, которому отправляются смс-сообщения.

Кроме того, учитывая большое количество сообщений (3-5 млн. сообщений ежедневно), ООО «СМС-центр» не имеет и технической возможности осуществлять контроль за наличием согласия каждого получателя.

Таким образом, ООО «СМС-центр» полагает, что в действиях Общества отсутствуют признаки нарушения законодательства о рекламе, поскольку Общество не имеет и не может иметь вины в распространении ненадлежащей рекламы, не предпринимало противоправных действий по распространению сообщения, содержащего ненадлежащую рекламу. Предоставление доступа Заказчику к технической платформе для связи с оператором не является противоправным действием и не может считаться действием, направленным на распространение конкретного смс-сообщения, содержащего ненадлежащую рекламу. В связи с этим, по мнению ООО «СМС-центр», Общество в рассматриваемом случае не может являться ни рекламодателем, ни рекламораспространителем, ни рекламоизготовителем.

От имени ООО «СМС-центр» ООО «УралТрансТабак» был направлен запрос о предоставлении информации с пояснениями в связи с поступившей жалобой, а также сведений о наличии от абонента + 7912... согласия на получение информационных смс-рассылок, на что было предоставлено заявление анкета с согласием на получение рекламных сообщений.

В связи с поступившей жалобой, номер + 7912... внесен ООО «СМС-центр» в стоп-лист рассылки.

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

Для признания надлежащим факта получения рекламораспространителем 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 «СМС-центр» к письменным объяснениям (вх. № 01-5775 от 18.03.2019, 01-6490 от 26.03.2019) приложило анкету, о согласии на получение информации по каналам связи и обработку персональных данных, содержащую, по мнению Общества, согласие абонента номера +7(912)... на рассылку.

Анкета имеет следующее содержание:

1. Анкетные данные.

ФИО: <...>. Адрес: Екатеринбург, ул. <...>. Номер телефона: +7 912....

2. Согласие на получение информации по каналам связи.

Поставлена отметка (крест) в чек-боксе: Я хочу получать информацию об услугах ООО «УралТрансТабак» в виде смс-сообщений на указанный номер сотового телефона.

Поставлена отметка (крест) в разделе «Меня особо интересует», в чек-боксах: Акции, Скидки.

3. Согласие на обработку персональных данных.

Поставлена отметка (крест) в чек-боксе: «Я даю свое согласие» на обработку персональных данных, содержащихся в настоящей анкете с целью направления мне указанной выше информации, в том числе на передачу соответствующей информации лицам, привлекаемым к исполнению указанных действий. Срок действия согласия (если предоставлено): до истечения шести месяцев с момента отзыва пользователем согласия от получения соответствующей информации.

4. Порядок отзыва согласия на обработку персональных данных:

для отзыва согласия на обработку персональных данных необходимо подать соответствующее заявление в письменной форме по месту нахождения ООО

«УралТрансБанк» не менее чем за 30 дней до момента отзыва пользователем согласия. После отзыва согласия персональные данные используются только в целях, предусмотренных законодательством.

5. Я подтверждаю, что все указанные в настоящей анкете данные верны, подтверждаю, что указанный выше номер является моим номером телефона, выделенным мне оператором связи, и готов возместить любой ущерб, который может быть причинен в связи с указанием мной некорректных данных в настоящей анкете в полном объеме.

Ниже поставлена подпись и ее расшифровка: <...>.

Содержание представленной анкеты, свидетельствует о том, что она заполнена и подписана иным лицом и не является доказательством выражения абонентом ПАО «МТС» <...> согласия на получение смс-рекламы на его абонентский номер +7912..., выделенный ему оператором связи ПАО «МТС».

Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Как сообщил заявитель в своем обращении, он не давал согласия на распространение ему рассматриваемой рекламы. Материалы, подтверждающие дачу согласия абонентом ПАО «МТС» - владельцем номера +7912..., на рассылку ему рекламного смс-сообщения с короткого номера «FRIENDS», в Управлении отсутствуют.

Доказательства получения согласия абонента отсутствуют, а потому имеет место наличие события совершенного 02.12.2018 по месту нахождения абонента (г.Екатеринбург, <...>) административного правонарушения.

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.

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.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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 по сети подвижной радиотелефонной связи, осуществляемая с нарушением требований настоящего Федерального закона, является незаконной (ч. 3 ст. 44.1 Закона о связи).

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 настоящего Федерального закона рассылку.

Пункт 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 зонового завершения вызова на сеть оператора связи, представляющая

собой деятельность, направленную на обеспечение пропуски 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, рекламодателем является инициатор рассылки - заказчик рассылки либо оператор связи.

Как указал заявитель, он является абонентом ПАО «МТС». Согласно информации, размещенной на официальном сайте ФГУП ЦНИИС, абонентский номер +7(912)..., с которого поступило рекламное смс-сообщение, относится к ресурсу нумерации оператора связи ПАО «МТС».

ПАО «МТС» сообщило, что рассматриваемое смс-сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «СМС-центр» на основании договора №МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017 (далее – Договор), заключенного между ООО «СМС-центр» и ПАО «МТС» как оператором связи в соответствии с положениями ст. 44.1 Закона о связи.

Между ПАО «МТС» и ООО «СМС-центр» (Заказчик рассылки) заключен договор от 12.12.2017 № МТС/SMS-2/12122017, в соответствии с предметом которого, согласно п.2.1. Договора Оператор оказывает Заказчику рассылки SMS-рассылку в соответствии с требованиями Договора и приложениями к нему, а Заказчик рассылки обязуется оплачивать оказанные услуги SMS-рассылки в соответствии с настоящим Соглашением. Согласно п. 3.3.3 указанного Договора, Заказчик рассылки обязуется осуществлять оказание Услуги – рассылку сообщений только абонентам МТС, являющимся Пользователями Заказчика рассылки. В соответствии с п. 3.3.3. указанного Договора, Заказчик рассылки до начала оказания своей Услуги обязан получить от Пользователей предварительное согласие на получение Пользователями SMS-сообщений путем регистрации Пользователя в информационных системах Заказчика рассылки. Также, в соответствии с п. 3.3.16., Заказчик рассылки обязуется до начала оказания своих Услуг обеспечить наличие согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений – рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 Закона о связи), при необходимости получить иные согласия от Пользователей, которые требуются оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством.

В Приложении от 01.12.2018 № 1 к Договору от 12.12.2017 № МТС/SMS-2/12122017, представлен список номеров, используемый Заказчиком рассылки для отправки SMS-сообщений, в том числе короткий номер «FRIENDS», с которого поступило смс-сообщение абоненту ПАО «МТС» +7(912)....

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 «МТС») услуг заказчику рассылки (ООО «СМС-центр») по осуществлению рассылки абонентам оператора связи.

Заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламодателем является ООО «СМС-центр», инициировавшее рассылку короткого текстового сообщения рекламного характера абоненту.

ООО «СМС-центр» в письменных объяснениях (вх. № 01-5775 от 18.03.2019, 01-6490 от 26.03.2019) сообщило, что отправку рассматриваемого смс-сообщения осуществило ООО «УралТрансТабак» через клиентский доступ, предоставленный в рамках договора оказания услуг № 380638 от 31.10.2018, в соответствии с положениями которого, ООО «УралТрансТабак» обязано соблюдать требования законодательства Российской Федерации (в том числе Закон о рекламе) (п. 3.2.1.); не использовать подключение к Сервису SMSC.RU для организации СПАМА (п. 3.2.5.).

В соответствии с п. 6.5. Договора ответственность за содержание Сообщений и присваиваемое имя отправителя несет Заказчик. Общество обеспечивает доступ к сервису SMSC.RU и обязано передавать сообщения в их неизменном содержании и объеме, в связи с этим ответственность за включение в сообщения сведений и данных, противоречащих действующему законодательству, возлагается на ООО «УралТрансТабак».

Довод ООО «СМС-центр» о том, что Общество в данном случае не является рекламодателем рекламного смс-сообщения, 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 «МТС» отсутствует договор на оказание услуг по осуществлению рассылки ООО «УралТрансТабак», а также оператор связи ПАО «МТС» не является стороной по Договору оказания услуг № 380638 от 31.10.2018.

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.

Должностное лицо Свердловского УФАС России полагает, что необходимость принимать во внимание наличие всех имеющихся договоров между хозяйствующими субъектами, принимавшими участие в формировании рассылки отсутствует, поскольку 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.

Таким образом, анализ договора № 380638 от 31.10.2018, заключенного между ООО «СМС-центр» и ООО «УралТрансТабак», позволяет сделать вывод о том, что ООО «СМС-центр» 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.

Между тем, как установлено материалами дела, ООО «СМС-центр» не располагает согласием заявителя (<...>), так как Анкета клиента, представленная ООО «УралТрансТабак», содержит в себе персональные данные <...>, заполнившего анкету 24.09.2018. В качестве средства связи <...> указан номер +7912....

Однако, указанный номер принадлежит другому физическому лицу – заявителю, обратившемуся в Свердловское УФАС России по факту получения SMS-сообщения, согласие на получение которого он не давал.

На основании вышеизложенного, должностное лицо Свердловского УФАС России приходит к выводу о том, что заказчиком рассылки, направившим рассматриваемое рекламное смс-сообщение на абонентский номер заявителя, является именно ООО «СМС-центр», которое заключило с оператором связи абонента +7(912)... ПАО «МТС» договор, являющийся по своей правовой природе договором на оказание услуг по осуществлению рассылки. При этом Общество не представило каких-либо доказательств того, что располагает согласием абонента на получение указанной рекламы на его абонентский номер (представленная в материалы дела копия анкеты клиента ООО «УралТрансТабак», заполненная <...>, указавшему при заполнении анкеты номер телефона +7(912)..., таким доказательством не является).

Таким образом, заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламодателем является ООО «СМС-центр», инициировавшее рассылку короткого текстового сообщения рекламного характера абоненту ПАО «МТС» посредством заключения договора №МТС/SMS-1/12122017 от 12.12.2017 на оказание услуг по осуществлению рассылки с оператором связи, который по своей природе является договором на оказание Оператором подвижной радиотелефонной связи (ПАО «МТС») услуг по осуществлению рассылки заказчику рассылки (ООО «СМС-центр»).

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 «СМС-центр», имеющее договор на осуществление рассылки с ПАО «МТС», при распространении рекламы с номера «FRIENDS» на абонентский номер +7(912)... имело возможность убедиться в получении согласия абонента.

Однако, ООО «СМС-центр» 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 «СМС-центр» 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 «СМС-центр» 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.

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).

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.

Постановлением Свердловского УФАС России от 05.12.2017 по делу № 76, ООО «СМС-центр» признано виновным в совершении административного правонарушения,

ответственность за которое установлена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ и ему назначено административное наказание в виде предупреждения. Указанное постановление вступило в законную силу 16.03.2018, по истечении месячного срока со дня принятия решения Арбитражного суда Свердловской области по делу А60-53294/2017. Также, Постановлением Свердловского УФАС России от 21.09.2018 по делу № 91АПР/18, вступившем в законную силу 17.01.2019 по истечении месячного срока со дня принятия решения Арбитражного суда Свердловской области по делу А60-59289/2018, Общество признано виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое установлена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ и ему назначено административное наказание в виде административного штрафа в размере 105 000 рублей.

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).

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.

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 «СМС-центр» считается подвергнутым административному наказанию за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ в период с 16.03.2018 по 16.03.2019.

Следовательно, ООО «СМС-центр» вновь совершило (реклама была распространена 02.12.2018) административное правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, будучи подвергнутым административному наказанию за совершение однородного административного правонарушения.

6. Помимо причиненного потерпевшему (Свердловская область, г. Екатеринбург) вреда, иной ущерб, причиненный административным правонарушением, не выявлен.

7. Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ), не выявлено. Срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе (ст. 14.3 КоАП

РФ) составляет один год со дня совершения административного правонарушения (ч.1 ст.4.5 КоАП РФ). Факт распространения ненадлежащей рекламы зафиксирован 02.12.2018 – в день получения абонентом смс-сообщения с короткого номера «FRIENDS». Таким образом, срок привлечения к административной ответственности – до 02.12.2019.

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 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 «СМС-центр» (ИНН 7724805644) является субъектом малого предпринимательства (малое предприятие).

Вместе с тем, ООО «СМС-центр» считается подвергнутым административному наказанию за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ в период с 16.03.2018 по 16.03.2019.

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 «СМС-центр», 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 «СМС-центр»** (ОГРН 1117746756489, ИНН 7724805644, дата присвоения ОГРН – 26.09.2011, юр. адрес: 123112, г. Москва, Набережная Пресненская, д. 12, офис А35) 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 **150 000 (сто пятьдесят 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).

В трехдневный срок со дня уплаты штрафа ООО «СМС-центр» надлежит представить в УФАС по Свердловской области надлежащим образом заверенные копии платежных документов.

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 16100500000000113125

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

<...>