



УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания в виде административного штрафа
по делу № 82АПР/18 об административном правонарушении
(ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ)

13 сентября 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 18.07.2018 и иные материалы дела об административном правонарушении в отношении **Общества с ограниченной ответственностью «СМС Трафик»** (ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257, дата присвоения ОГРН – 28.01.2005, юр. адрес: 115088, г. Москва, проезд Южнопортовый 2-й, д. 12, д. 20А, строение 4, подъезд 1, этаж, 2, далее – ООО «СМС Трафик») 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 совершенного по месту жительства заявителя - физического лица, являющегося абонентом номера +7(982)... (Свердловская область) административного правонарушения, а именно, установленный при анализе заявления <...> (вх. № 01-6412 от 02.04.2018), а также материалов, направленных в Свердловское УФАС России ПАО «МТС» (вх. № 01-7748 от 18.04.2018), факт распространения 29.03.2018 в 17:26 с короткого номера «ОКЕУ» на абонентский номер +7(982)... ненадлежащей рекламы следующего содержания: «-50% яйцо куриное 30.03, -50% игрушки и чистящие ср-ва 30.03-01.04 СПб» 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 об административном правонарушении согласно п. 3 ч. 4 ст. 28.1. КоАП РФ возбуждено 18.07.2018 путем составления протокола начальником отдела контроля органов власти Свердловского УФАСМ России <...> на основании ч. 4.1 ст. 28.2 КоАП РФ в отсутствие законного представителя (защитника) ООО «СМС Трафик», извещенного в порядке ст. 25.15 КоАП РФ о месте и времени его составления, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления (исх. № 10981 от 26.07.2018) с почтовым идентификатором № 80080724065000, размещенным на сайте ФГУП «Почта России» (<https://www.pochta.ru/>), согласно которому корреспонденция Свердловского УФАС России была получена Обществом 04.07.2018, а также поступившими в Свердловское УФАС России письменными объяснениями ООО «СМС Трафик» (вх. № 01-14240 от 10.07.2018), в которых Общество,

помимо прочего, также просит составить протокол об административном правонарушении в отсутствие законного представителя ООО «СМС Трафик».

Определением от 18.07.2018 рассмотрение дела об административном правонарушении (ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ) в отношении ООО «СМС Трафик» назначено на 13.09.2018 в 16 час. 00 мин.

Дело, в соответствии с ч. 3 ст. 25.4 КоАП РФ, рассмотрено в отсутствие законного представителя ООО «СМС Трафик», извещенного в порядке ст. 25.15 КоАП РФ о времени и месте рассмотрения дела, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления (исх. № 13616 от 01.08.2018), высланного по юридическому адресу Общества, с почтовым идентификатором № 80080727058122, размещенным на сайте ФГУП «Почта России» (<https://www.pochta.ru/>), согласно которому корреспонденция Свердловского УФАС России была получена Обществом 13.08.2018, а также поступившими в Свердловское УФАС России письменными пояснениями (вх. № 01-17917 от 22.08.2018).

ООО «СМС Трафик» направило ходатайство (вх. № 01-17917 от 22.08.2018) о рассмотрении дела об административном правонарушении в отсутствие представителя ООО «СМС Трафик». В соответствии с ч. 3 ст. 25.4 КоАП РФ дело рассмотрено 13.09.2018 в отсутствие законного представителя ООО «СМС Трафик».

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 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.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило заявление <...> (вх. № 01-6412 от 02.04.2018) с жалобой на поступление 29.03.2018 в 17:26 на его абонентский номер +7(982)... рекламного смс-сообщения от адресата: «ОКЕУ» с текстом: «-50% яйцо куриное 30.03, -50% игрушки и чистящие ср-ва 30.03-01.04 СПб», согласие на получение которого заявитель 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 является рекламой хозяйствующего субъекта, осуществляющего деятельность под наименованием «ОКЕУ» и реализуемых им товаров, направлена на привлечение внимания к данным объектам рекламирования, формирование или поддержание интереса к ним и их продвижение на рынке.

Кроме того, по своему содержанию информация, доведенная до заявителя посредством смс-рассылки, адресована неопределенному кругу лиц. Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена (Письмо ФАС РФ от 05.04.2007 № АЦ/4624). Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая (п.1 ст.19 ГК РФ). Имя, полученное гражданином при рождении, а также перемена имени подлежат регистрации в порядке, установленном для регистрации актов гражданского состояния (п.3 ст.19 ГК РФ). В тексте сообщения отсутствует обращение к абоненту по имени.

Следовательно, поскольку указанная информация не является персонифицированной, направлена на формирование и поддержание интереса к объекту рекламирования – хозяйствующему субъекту, осуществляющим деятельность под наименованием «ОКЕУ» и товарам, реализуемым им, постольку она признается рекламной.

Способ передачи рассматриваемого рекламного смс-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 –

смс-сообщение было передано абоненту с абонентским номером +7 ... с короткого номера – «ОКЕУ».

Факт поступления рассматриваемых рекламных смс-сообщений абоненту на его абонентский номер +7 ... с короткого номера «ОКЕУ» 29.03.2018 в 17:26, подтверждается детализацией состоявшихся соединений в период с 29.03.2018 по 29.03.2018, представленными в материалы дела ПАО «МТС».

Таким образом, полученное абонентом сети подвижной радиотелефонной связи короткое текстовое сообщение 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. 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.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – 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 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 зонного 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, рекламодателем является инициатор рассылки – заказчик рассылки либо оператор связи.

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.

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.

Доказательства получения согласия абонента отсутствуют, а потому имеет место наличие события совершенного 29.03.2018 по месту нахождения абонента (г. Екатеринбург) административного правонарушения.

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

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

Согласно информации, размещенной на официальном сайте ФГУП ЦНИИС <https://zniis.ru/>, абонентский номер заявителя +7(982)... относится к оператору связи ПАО «МТС».

ПАО «МТС» в ответ на запрос Управления (вх. № 01-7748 от 18.04.2018) сообщило следующее.

Указанное смс-сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «СМС Трафик» на основании договора № МТС/SMS-1/12122017 от 12.12.2017 (далее – Договор), заключенного между ним и ПАО «МТС» как оператором связи в соответствии с положениями ст. 44.1 Закона о связи.

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

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.

В данном случае рассылка осуществлена по инициативе заказчика рассылки (ООО «СМС Трафик», ИНН: 7705642257, адрес: 1150888, г. Москва, 2-й Южнопортовый проезд, Д.20А, стр. 4, 1 подъезд, 2 этаж).

По запросу ПАО «МТС» ООО «СМС Трафик» сообщило, что выполнило свое обязательство по обеспечению наличия согласия от пользователя на получение им рассылки, предоставив подписанную анкету на получение карты магазина «О'Кей», в которой заявитель указал контактный телефон и выразил согласие на получение рекламной рассылки от ООО «О'Кей».

ПАО «МТС» представлена копия анкеты на получение карты магазина «О'Кей». Вместе с тем указанная анкета заполнена 31.10.2015 <...>, при этом номер мобильного телефона совпадает с номером заявителя.

ПАО «МТС» в письменных пояснениях (вх. № 01-9944 от 18.05.2018) на запрос Управления (исх. № 7984 от 15.05.2018) сообщило, что абонентский номер +7(982)... выделен <...> с 27.02.2015, что подтверждает договор об оказании подвижной связи МТС, представленной в материалы дела. При этом ПАО «МТС» указало, что <...>, указавшей абонентский номер +7(982)... в анкете от 31.10.2015 указанный номер никогда не выделялся.

В связи с выявлением факта распространения ненадлежащей рекламы извещением о времени и месте составления протокола об административном правонарушении (исх. № 7987 от 15.05.2018) ООО «СМС Трафик» было приглашено на составление протокола об административном правонарушении на 18.06.2018 в 10:00., извещением (исх. № 10981 от 26.06.2018) ООО «СМС Трафик» было приглашено на составление протокола об административном правонарушении на 18.07.2018 в 10:00, а также у Общества запрошены дополнительные сведения.

ООО «СМС Трафик» в письменных объяснениях, поступивших в Свердловское УФАС России (вх. № 01-9944 от 18.05.2018) сообщило следующее.

Рассылка спорного SMS-сообщения была осуществлена на основании Договора №228/17 от 01.07.2017 года (далее – Договор), заключенного между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ООО «О'кей» (Заказчик), в рамках которого Исполнитель оказывает Заказчику услуги по рассылке рекламно-информационных сообщений, осуществляемой посредством сети подвижной радиотелефонной связи и электросвязи, а также обязуется оказывать дополнительные услуги, в том числе, но, не ограничиваясь, разработку шаблонов и макетов для вышеуказанных рассылок.

Согласно п.п. 5 п. 3.1 Договора, Исполнитель предоставляет Заказчику доступ к Личному кабинету, расположенному на сайте Исполнителя. Доступ предоставляется Заказчику в целях управления рассылками, включая создание рассылок, изменение списка получателей рассылок, предварительный расчет стоимости рассылок, получение информации о балансе, а также статистики о произведенных рассылках.

В соответствии со ст. 2 Закона о связи, «услуга связи – деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений».

ООО «СМС Трафик» по Договору является поставщиком услуг связи, действующим на основании соответствующих лицензий: Лицензии № 161856 от 26.03.2018 на оказание телематических услуг связи и Лицензии № 145658 от 02.06.2015 на оказание услуг связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации.

В соответствии с п. 20 Правил оказания телематических услуг связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 10.09.2007 № 575, оператор связи имеет право отказать в заключении договора при отсутствии технической возможности для предоставления доступа к сети передачи данных. При этом о своем отказе оператор связи обязан сообщить заявителю в письменной форме в срок, не превышающий 10 дней с даты окончания проверки, предусмотренной пунктом 19 настоящих Правил.

В случае отказа или уклонения оператора связи от заключения договора заявитель вправе обратиться в суд с требованием о понуждении оператора связи к его заключению. Бремя доказывания отсутствия технической возможности для предоставления доступа к сети передачи данных лежит на операторе связи.

В соответствии с п. 23 Правил оказания услуг связи по передаче данных, утв. Постановлением Правительства России от 23.01.2006 № 32, оператор связи имеет право отказать в заключении договора при отсутствии технической возможности предоставления доступа к сети передачи данных. При этом о своем отказе оператор связи обязан сообщить в

письменной форме заявителю в срок, не превышающий 10 дней с даты окончания проверки наличия технической возможности.

Согласно п.п. 7 п. 3.1. Договора Исполнитель обязан проверять соответствие предоставленных Заказчиком рекламно-информационных материалов требованиям действующего законодательства о рекламе. При этом в силу положений п. 3.2. Заказчик обязан предоставлять Исполнителю все исходные сведения, необходимые для оказания услуг. К таковым относятся, в частности, подтверждение получения согласия Абонента на рассылку, необходимое для проверки соблюдения Заказчиком требований законодательства РФ.

ООО «О'Кей» была предоставлена анкета клиента, в которой выражено согласие абонента +7-... на получение смс-рассылки. В данной анкете также содержится условие, предусматривающее возможность отзыва согласия на распространение смс-рекламы, о чем Абонент должен уведомить ООО «О'Кей». Информация об отказе Абонента от получения сообщений от ООО «О'Кей» в адрес ООО «СМС Трафик» не поступала. Сообщение направлялось держателю дисконтной карты ООО «О'Кей». До момента обращения УФАС по Свердловской области ООО «СМС Трафик» не могло быть известно о неверном указании в анкете владельца абонентского номера +7-..., поскольку ООО «СМС Трафик» не взаимодействует с Абонентом. Таким образом, предоставляя ООО «О'Кей» доступ к Системе, ООО «СМС Трафик» действовало добросовестно, им были приняты все возможные меры по соблюдению законодательства о рекламе. ООО «СМС Трафик» не знало и не могло знать, что сообщение направляется другому лицу, не может нести ответственность за действия третьих лиц и не подлежит привлечению к административной ответственности. Указанная позиция также отражена в Решении Арбитражного суда г. Москвы от 25.01.2018 года по делу №А40-218164/17-120-1762.

Статья 44.1. Закона о связи предусматривает ответственность оператора подвижной радиотелефонной связи за неполучение предварительного согласия абонента лишь в случае, если инициатором рассылки являлся сам оператор. При этом ни Законом, ни Договором не предусмотрена обязанность оператора связи осуществлять проверку наличия согласия абонентов на получение сообщений, если инициатором рассылки выступает не оператор, а Заказчик по Договору.

В силу изложенного, ООО «СМС Трафик» полагает, что Общество не обязано и не может получать согласие абонентов на получение смс-рассылки, так как такое согласие должно было быть выражено Абонентом в адрес ООО «О'Кей». Ввиду того, что законодатель не рассматривает оператора связи в качестве лица, обязанного получить предварительное согласие абонента. ООО «СМС Трафик» не может являться субъектом правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, так как требование законодательства обращено не к нему, а к Заказчику рассылки при наличии инициативы последнего.

Поскольку по Договору возможность осуществления рассылки обусловлена предоставлением Заказчиком всех необходимых для этого сведений, а ООО «СМС Трафик» взяло на себя обязательство проверять на соответствие требованиям законодательства только непосредственно рекламно-информационные материалы, которыми и являются направляемые сообщения, обязанность проверить действительность предоставляемого Исполнителю согласия также лежит на Заказчике. Таким образом, ООО «СМС-Трафик» полагает, что обязанность получения предварительного согласия абонента и проверки его достоверности возложена именно на ООО «О'Кей».

В письме ФАС России № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» разъяснено, что рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

Согласно п.п. 5 п. 3.1. Договора ООО «О'Кей» получает доступ к Системе ООО «СМС Трафик» в целях, в частности, создания рассылок и формирования списка их получателей. Данные действия Заказчик производит самостоятельно. ООО «СМС Трафик» не определяет круг Абонентов, которым направляются рекламные сообщения. Действия, направленные на доведение рекламы до Абонентов, совершаются со стороны ООО «О'Кей».

В соответствии с п. 2 указанного Письма ФАС России поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

В силу изложенного выше, а также исходя из условий Договора, ООО «СМС Трафик» указывает, что не занималось непосредственным распространением SMS-сообщений, а лишь обеспечило подключение к сети электросвязи Заказчику для самостоятельной рассылки SMS-сообщений, вследствие чего не может быть признано рекламораспространителем.

Одновременно в силу п. 2 ч. 1 ст. 24.5 производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению при отсутствии состава административного правонарушения. В соответствии с ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

ООО «СМС Трафик» указывает, что, используя для передачи протоколы и средства ПАО «МТС», предприняло все необходимые меры для того, чтобы ООО «О'Кей» получило согласие Абонента на получение рассылки: Договор содержит обязательство последнего перед отправкой смс-сообщения абоненту предоставлять ООО «СМС Трафик» достоверные сведения, необходимые для этого, в число которых входят и сведения о выраженном Абонентами согласия на получение рассылки, также Договором предусмотрены меры ответственности за несоблюдение указанных обязательств.

Исходя из изложенного выше, ООО «СМС Трафик» полагает, что не могло соблюсти указанные нормы и правила, предприняло все зависящие от него меры, направленные на недопущение Заказчиком нарушения законодательства о рекламе, действовало добросовестно, вследствие чего не может быть признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ. ООО «СМС Трафик» считает, что в действиях Общества отсутствует признак субъективной стороны правонарушения - вина.

Таким образом, ООО «СМС Трафик» полагает, что Общество не может быть привлечено к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

ООО «СМС «Трафик» также в письменных пояснениях (вх. № 01-14240 от 10.07.2018) в ответ на Запрос Управления (исх. № 10981 от 26.06.2018) о предоставлении сведений о принятии всех зависящих мер для предупреждения правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, сообщило следующее.

Рассылка спорного SMS-сообщения была осуществлена на основании Договора №228/17 от 01.07.2017, заключенного между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ООО «О'Кей» (Заказчик). ООО «СМС Трафик» предприняло все зависящие от него меры для предупреждения правонарушения.

Согласно п.п. 5 п. 3.1 Договора, Исполнитель предоставляет Заказчику доступ к Личному кабинету, расположенному на сайте Исполнителя. Доступ предоставляется Заказчику в целях управления рассылками, включая создание рассылок, изменение списка

получателей рассылок, предварительный расчет стоимости рассылок, получение информации о балансе, а также статистики о произведенных рассылках.

П. 3.2 Договора закреплена обязанность Заказчика предоставлять Исполнителю все исходные сведения, необходимые для оказания услуг. К таким сведениям относятся сведения о получении Заказчиком согласия Абонента на рассылку. Подобное согласие выражается Абонентом в адрес ООО «О'Кей».

П. 4.1 Договора закрепляет условие, согласно которому за невыполнение обязательств по договору стороны несут ответственность в порядке, предусмотренном действующим законодательством РФ.

На вопрос о доказательствах объективной невозможности соблюдения действующего законодательства при распространении рекламы с короткого номера «ОКЕУ» на абонентский номер +7 ... ООО «СМС Трафик» сообщило, что не могло соблюсти требования действующего законодательства. Согласие на рассылку выражается Абонентом в адрес ООО «О'Кей», так как, выражая согласие, Абоненты являются клиентами именно этой организации. ООО «СМС Трафик» никаким образом не взаимодействует напрямую с Абонентами, поэтому не может располагать их паспортными данными с целью проверки действительности предоставленного согласия. Сообщение было направлено клиенту ООО «О'Кей», от которого последним было получено соответствующее согласие на получение рассылки. Исходя из изложенного, ООО «СМС Трафик» указывает, что Общество действовало добросовестно и не могло быть осведомлено о том, что сообщение направляется иному лицу.

ПАО «МТС» сообщило, что направление входящего смс-сообщения абоненту +7(982)... с короткого номера «ОКЕУ» было отправлено заказчиком рассылки – ООО «СМС Трафик» на основании договора №МТС/SMS-1/12122017 от 12.12.2017.

Между ПАО «МТС» (далее – МТС) и ООО «СМС Трафик» (далее – Заказчик рассылки) заключен договор № МТС/SMS-1/12122017 от 12.12.2017 (далее – Договор), предметом которого, согласно п. 2.1. Оператор оказывает Заказчику рассылки SMS-рассылку в соответствии с требованиями настоящего Договора и приложениями к нему, а Заказчик рассылки обязуется оплачивать оказанные услуги SMS-рассылки в соответствии с настоящим соглашением.

В соответствии с п. 1.2. вышеуказанного Договора «SMS-рассылка» – автоматическая передача коротких текстовых сообщений от Заказчиков рассылки Пользователям и связанные с ней дополнительные услуги. «Пользователь» – абонент, заключивший договор на услуги связи с ПАО «МТС» и получающий короткие текстовые сообщения от Заказчиков рассылки (п. 1.3. Договора). «Услуги заказчика рассылки» – справочно-информационные услуги, оказываемые Заказчиком рассылки Пользователям в случае их регистрации в информационных системах Заказчика рассылки (п. 1.4. Договора).

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. 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 РФ.

Анализ представленного договора и приложений к нему позволяет сделать вывод о том, что данный договор по своей природе является договором на оказание оператором

подвижной радиотелефонной связи (ПАО «МТС») услуг по осуществлению рассылки заказчику рассылки (ООО «СМС Трафик») абонентам оператора связи.

Согласно п. 1 и п. 2 ст. 307 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть первая, 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.

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 (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, любое соглашение, заключенное между ООО «СМС Трафик» и например, ООО «О'Кей», позволяет сделать вывод, что ООО «СМС Трафик» осуществляет сбор заказов от своих клиентов на рассылку, оставаясь при этом заказчиком рассылки в силу того, что только ООО «СМС Трафик» является стороной по договору на оказание услуг по осуществлению рассылки, заключенным с оператором связи, абонентам которого предназначена рассылка.

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 которой 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 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), а не в силу договора с клиентами.

Между тем, как установлено материалами дела, ООО «СМС Трафик» не располагает согласием заявителя (<...>), так как Анкета клиента, представленная ООО «О'Кей», содержит в себе персональные данные <...>, заполнившей анкету 31.10.2015. В качестве средства связи <...> указан номер +7(982)... (абонентский номер +7(982)... выделен <...> с 27.02.2015 на основании договора подвижной связи МТС от 27.02.2015).

Однако, по имеющимся у Управления сведениям, 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 Трафик», которое заключило с оператором связи абонента +7(982)... 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 «О'кей», заполненная физическим лицом <...>, указавшей при заполнении анкеты номер телефона +7(982)..., таким доказательством не является).

Таким образом, заказчиком рассылки рассматриваемой рекламы и, соответственно, рекламодателем является ООО «СМС Трафик», инициировавшее рассылку короткого текстового сообщения рекламного характера абоненту, так как именно у указанного лица с ПАО «МТС» (Оператором связи) заключен Договор № МТС/SMS-1/12122017 от 12.12.2017, который по своей природе является договором на оказание Оператором подвижной радиотелефонной связи (ПАО «МТС») услуг по осуществлению рассылки заказчику рассылки (ООО «СМС Трафик»).

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 Трафик», имеющее договор на осуществление рассылки с ПАО «МТС», при распространении рекламы с номера «ОКЕУ» на абонентский номер +7(982)... имело возможность убедиться в получении согласия абонента.

Однако, ООО «СМС Трафик» 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 Трафик» 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 Трафик» 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.

Постановлением Свердловского УФАС России от 31.08.2017 по делу № 6/3 ООО «СМС Трафик» 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 100 000 (сто тысяч рублей). Указанное постановление было получено Обществом 13.09.2017.

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 «СМС Трафик» не предпринимались.

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

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 «СМС Трафик» считается подвергнутым административному наказанию за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ в период с 25.09.2017 по 24.09.2018.

Следовательно, ООО «СМС Трафик» вновь совершило (реклама была распространена 29.03.2018) административное правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, будучи подвергнутым административному наказанию за совершение однородного административного правонарушения.

6. Помимо причиненного потерпевшему вреда, иной 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 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 Едином реестре субъектов малого и среднего предпринимательства, размещенном на сайте ФНС России, сведения об ООО «СМС Трафик» (ИНН 7705642257), как о субъекте малого или среднего предпринимательства отсутствуют, доказательств иного Обществом в ходе рассмотрения дела об административном правонарушении не представлено.

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 Трафик», 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 Трафик»** ((ОГРН 1057746117384, ИНН 7705642257, дата присвоения ОГРН – 28.01.2005, юр. адрес: 115088, г. Москва, проезд Южнопортовый 2-й, д. 12, д. 20А, строение 4, подъезд 1, этаж, 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 **101 000 (сто одной тысячи) 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 16100500000000003583

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

<...>