

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания в виде предупреждения

по делу № 013/04/14.3-123/2020 об административном правонарушении

19 мая 2020 года

г. Саранск, проспект Ленина, 14

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Мордовия (далее - Мордовское УФАС России) <...>, рассмотрев протокол об административном правонарушении № 46 от 19.03.2020г. и материалы дела № 013/04/14.3-123/2020 об административном правонарушении, возбужденного в отношении юридического лица – **Общества с ограниченной ответственностью «Девино Онлайн»** <...>,

УСТАНОВИЛ:

В Мордовское УФАС России из Федеральной антимонопольной службы поступило электронное обращение гр. Б. (г.Москва) <...>, в котором сообщается о факте получения 24.12.2019 в 14:21 на его абонентский номер <...> (оператор связи Билайн) без предварительного согласия абонента от имени PARISLIFE sms-сообщения «ФИНАЛ ЦЕН 2019! ГОД 6900+2 МЕС В ПОДАРОК! БРОНЬ ДО 27.12! +74996560119». Тем самым, Федеральная антимонопольная служба поручила рассмотреть обстоятельства распространения такой рекламы Мордовскому УФАС России.

Поступившие данные послужили поводом для вынесения определения Мордовского УФАС России от 21.02.2020 № 136 о возбуждении дела об административном правонарушении № 013/04/14.3-123/2020 и проведении административного расследования.

В соответствии с частью 4 статьи 28.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административное расследование проведено по месту выявления административного правонарушения.

По окончании административного расследования в отношении юридического лица - ООО «Девино Онлайн» составлен протокол об административном правонарушении № 46 от 19.03.2020г., согласно которому в действиях названного Общества, допустившего посредством использования подвижной радиотелефонной связи распространение sms-рекламы с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», присутствует состав административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обстоятельства, послужившие поводом для возбуждения административного производства по делу № 013/04/14.3-123/2020, также стали поводом для возбуждения производства по делу № 013/05/18-46/2019 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, по результатам рассмотрения которого принято решение Комиссии Мордовского УФАС России от 18.05.2020 № 350 о признании ненадлежащей рекламы «ФИНАЛ ЦЕН 2019! ГОД 6900+2 МЕС В ПОДАРОК! БРОНЬ ДО 27.12! +74996560119», распространенной от

имени PARISLIFE посредством sms-сообщения, доставленного в г. Москву 24 декабря 2019 года в 14:21 по сети подвижной радиотелефонной связи через SMS-центр оператора связи ПАО «ВымпелКом» <...> на абонентский номер <...> (оператор связи Билайн), находящийся в пользовании гр.Б., без предварительного согласия абонента на получение такой рекламы, что нарушает требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Поскольку в рамках настоящего административного производства, по которому проведено административное расследование, и производства по делу по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе рассматриваются обстоятельства распространения одной и той же ненадлежащей рекламы одними и теми же лицами, материалы дела № 013/05/18-46/2020 и принятое по такому делу решение Комиссии Мордовского УФАС России от 18.05.2020 № 350 учитываются в качестве доказательств при рассмотрении дела № 013/04/14.3-123/2020 об административном правонарушении.

В силу части 1 статьи 26.2 Кодекса об административном правонарушении Российской Федерации, доказательствами по делу об административном правонарушении являются любые фактические данные, на основании которых должностное лицо, в производстве которого находится данное дело, устанавливает наличие или отсутствие события административного правонарушения, виновность лица, привлекаемого к административной ответственности.

В силу части 2 статьи 26.2 Кодекса об административном правонарушении Российской Федерации, эти данные устанавливаются протоколом об административном правонарушении, иными протоколами, предусмотренными настоящим Кодексом, объяснениями лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, иными документами, а также показаниями специальных технических средств, вещественными доказательствами.

Протокол об административном правонарушении № 46 от 19.03.2020г. составлен в отсутствие законного представителя ООО «Девино Онлайн», надлежащим образом извещенного о составлении такого протокола, копия которого вместе с определением № 260 от 19.03.2020г. о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении направлены заказным письмом через Почту России <...> по юридическому и фактическому адресу ООО «Девино Онлайн» в установленные сроки, и вручены адресату 02.04.2020г. Рассмотрение дела откладывалось определением от 24.04.2020 № 314 об отложении рассмотрения дела об административном правонарушении, которое также направлено заказным письмом через Почту России <...> по юридическому и фактическому адресу ООО «Девино Онлайн» в установленные сроки, такие отправления вручены адресату 07.05.2020.

В адрес Мордовского УФАС России с письмом ООО «Девино Онлайн» <...> поступили объяснения по поводу составленного протокола об административном правонарушении № 46 от 19.03.2020г. по делу № 013/04/14.3-123/2020.

Содержание протокола об административном правонарушении № 46 от 19.03.2020г., составленного уполномоченным должностным лицом территориального антимонопольного органа, соответствует требованиям статьи

28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, каких-либо нарушений при его составлении не выявлено.

Статьей 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях определено, что федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы рассматривают дела об административных правонарушениях, предусмотренных статьей 14.3 настоящего Кодекса.

Согласно нормам части 1 статьи 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях давность привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе исчисляется сроком в один год.

На момент составления и рассмотрения протокола об административном правонарушении № 46 от 19.03.2020г. срок исковой давности еще не истек.

В соответствии с частью 2 статьи 29.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях дело об административном правонарушении, по которому проведено административное расследование, рассматривается по месту нахождения органа, проводившего административное расследование.

С учетом изложенного, протокол об административном правонарушении № 46 от 19.03.2020г. рассматривает руководитель Мордовского УФАС России <...> по месту нахождения органа, проводившего административное расследование, в порядке статьи 25.15, части 2 статьи 29.5, статьи 29.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отсутствие потерпевшего гр. Б., а также в отсутствие законного представителя ООО «Девино Онлайн», в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, извещенных о рассмотрении такого протокола в установленном порядке.

При проведении административного расследования получены необходимые и достаточные документы и сведения, аналогичные поступившим в рамках рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, подтверждающие обстоятельства совершения административного правонарушения, которое выразилось в следующем.

24 декабря 2019 года в 14:21 на абонентский номер <...> (оператор связи Билайн) гр. Б., проживающего в г.Москве, от имени PARISLIFE поступило sms-сообщение «ФИНАЛ ЦЕН 2019! ГОД 6900+2 МЕС В ПОДАРОК! БРОНЬ ДО 27.12! +74996560119».

Содержащиеся в отправленном под именем PARISLIFE sms-сообщении сведения о продавце годового абонеента по цене «6900+2 МЕС В ПОДАРОК!» с бронированием до 27.12.2019, сообщающего свой контактный телефон <...>, не носят персонализированного характера и поэтому представляют интерес для неопределенного круга лиц, тем самым сообщаемые сведения формируют интерес к такому продавцу и его товарам (услугам), способствуют их продвижению на рынке, в связи с чем такие сведения по всем признакам соответствуют понятию рекламы.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с помощью

любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» объект рекламирования – товар, средство индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности, либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно пункту 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В рассматриваемом случае объектом рекламирования являются услуги продавца (сети фитнес-клубов PARISLIFE) годового абонемента по цене «6900+2 МЕС В ПОДАРОК!» с бронированием до 27.12.2019, сообщающего свой контактный телефон <...>.

Распространение рассматриваемой рекламы осуществлено путем её рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи в виде короткого текстового сообщения, и такой способ распространения рекламы допускается только при условии предварительного согласия абонента на её получение.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно пункту 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный 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 части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае

осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно части 2 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» 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.

Приведенные нормы Федерального закона «О связи» корреспондируются с требованиями части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Из направленного в антимонопольный орган обращения гр. Б. и приложенного к такому обращению скрин-шота следует, что рассматриваемая sms-реклама без его предварительного согласия доставлена на принадлежащий ему абонентский номер <...> (оператор связи Билайн) 24.12.2019 в 14:21 от имени PARISLIFE через SMS-центр <...>.

Согласно Реестру Российской системы нумерации номер <...> принадлежит оператору связи ПАО «ВымпелКом».

ПАО «ВымпелКом» в письме <...> подтвердило, что абонентский номер <...> находится в пользовании гр. Б., выделенного ему по договору на предоставление услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн, а также сообщило, что отправителем sms-рассылки с рассматриваемой рекламой является абонент – ООО «Девино Телеком», которому предоставляются услуги связи Билайн на основании Договора об оказании услуг связи «Билайн» <...>, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Девино Телеком», в том числе услуги «Партнерские SMS-сервисы» в виде услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений партнерами Абонента и/или Абонентом в соответствии с дополнительным соглашением № 1 к Договору об оказании услуг связи «Билайн» <...>.

ООО «Девино Телеком» в письме <...>, дополненном электронным письмом <...> (с приложением), ссылается на то, что рассматриваемая sms-рассылка, осуществленная через программу для ЭВМ «DEVINO Platform», принадлежащую Обществу, инициирована заказчиком такой рассылки - ООО «Спорт-Лайф» в рамках взаимосвязанных гражданско-правовых отношений с ООО «Девино Онлайн», в свою очередь взаимодействующего с ООО «Девино Телеком», в подтверждение чего предоставлены договор оказания услуг <...>, заключенный между ООО «Девино Телеком» и ООО «Девино Онлайн», а также договор оказания услуг <...>, заключенный между ООО «Девино Онлайн» и ООО «Спорт-Лайф».

ООО «Девино Онлайн» с письмом <...> предоставило документы по существу проводимого административного расследования, в котором также выразило письменную позицию того, что Общество не признаёт за собой статус рекламодателя, считая таковым инициатора рассматриваемой sms-рассылки – ООО «Спорт-Лайф», которому на основании договора оказания услуг

<...>, заключенного между ООО «Девино Онлайн» и ООО «Спорт-Лайф», ООО «Девино Онлайн» предоставляет доступ в «Личный кабинет» в программе для ЭВМ «DEVINO Platform», и при этом ссылается на наличие письменного согласия абонента на получение sms-сообщений, по запросу ООО «Девино Онлайн» предоставленного со стороны ООО «Спорт-Лайф». Аналогичная позиция выражена ООО «Девино Онлайн» в письме <...>.

Анализ предоставленных гражданско-правовых договоров, на основании которых сторонами таких договоров обеспечена рассылка рассматриваемой sms-рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи абоненту Билайн, свидетельствует о следующем.

Договор об оказании услуг связи «Билайн» <...>, заключенный между ОАО «Вымпел-Коммуникации» (Оператор; в настоящее время - ПАО «ВымпелКом») и ООО «Девино Телеком» (Абонент) регулирует отношения между Оператором и Абонентом при оказании Оператором услуг связи Билайн и согласно Дополнительному соглашению <...> к Договору об оказании услуг связи «Билайн» <...> в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» Оператор предоставляет Абоненту услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений Партнерами Абонента и/или Абонентом, при пользовании которыми Абонент самостоятельно без участия Оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера своих клиентов, являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Оператора и/или других операторов подвижной радиотелефонной связи в интересах Абонента/Партнеров <...>. При этом Дополнительным соглашением <...> определены Правила пользования услугами «Партнерские SMS-сервисы», в силу действия которых Абонент осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех пользователей, которые предоставили Абоненту и/или Партнерам свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений, и при нарушении таких обязательств Абонент признается рекламораспространителем или заказчиком рассылки и несет ответственность за свои действия в соответствии с законодательством РФ <...>, Абонент обеспечивает соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации при формировании текстов коротких текстовых сообщений и гарантирует, что короткие текстовые сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации <...>.

Договор <...>, заключенный между ООО «Девино Телеком» (Исполнитель) и ООО «Девино Онлайн» (Заказчик), определяет условия предоставления Исполнителем Заказчику комплекса услуг по обеспечению взаимодействия между Заказчиком и Оператором сотовой связи по поводу осуществления SMS-рассылок, в т.ч. обработка поручений на отправку SMS-сообщений с целью приведения их в стандартную для Оператора сотовой связи форму, формирование отчетов и услуги по регистрации имени отправителя у Оператора сотовой связи, иные сопутствующие услуги, в том числе отправку IM-сообщений <...>, при том, что при формировании поручений на отправку сообщений Заказчик самостоятельно определяет текст сообщений, получателей сообщений, т.е. выступает заказчиком (инициатором) рассылки <...>. При этом Заказчик обязуется в обязательном

порядке заблаговременно получить от Абонента, на мобильный телефон которого планируется отправка SMS-сообщений с информацией Заказчика, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, которая однозначно идентифицирует Абонента как лица, давшего это согласие, позволяет предъявить указанное согласие Исполнителю и/или Оператору в случае необходимости по их запросу <...>, и Заказчик не имеет права использовать оказываемые Исполнителем Услуги для передачи сообщений, соответствующих признакам СПАМа <...> при том, что ответственность за содержание и достоверность исходящих от Заказчика сообщений несет сам Заказчик <...>.

Договор оказания услуг <...>, заключенный между ООО «Девино Онлайн» (Исполнитель) и ООО «Спорт-Лайф» (Заказчик), определяет оказание Исполнителем услуг Заказчику путем предоставления доступа к Личному кабинету пользователя на DEVINO Platform, что позволяет заказчику самостоятельно отправлять на Мобильный терминал Подписчика Сообщения, получать с Мобильного терминала Подписчика SMS-сообщения, а также формировать статистику по отправленным и полученным Сообщениям <...>. При этом Заказчик обязан самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке предварительно получить от Абонента, на мобильный терминал/Электронный почтовый ящик которого планируется отправка Сообщений, согласие, выраженное посредством совершения Абонентом действий, однозначно идентифицирующих этого Абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение Сообщений от Заказчика. Согласие Абонента должно быть получено в форме, позволяющей подтвердить его наличие и предоставить его по запросу. Сообщение считается отправленным без предварительного согласия Абонента, если Заказчик не докажет, что такое согласие было получено <...>. Также Заказчик обязан не использовать подключение к DEVINO Platform для рассылки СПАМ-сообщений <...>. В силу действия таких договорных обязательств Заказчик является рекламораспространителем и несет полную ответственность за законодательство Российской Федерации <...>.

Наличием вышеприведенных взаимосвязанных гражданско-правовых договоров обеспечена последовательная передача рассматриваемой sms-рекламы в сеть подвижной радиотелефонной связи оператора ПАО «ВымпелКом» с целью дальнейшего доведения таким оператором связи переданной на его SMS-центр рекламы до абонента номера <...>.

Таким образом, совокупность сложившихся договорных отношений свидетельствует о том, что рассылка рассматриваемой sms-рекламы в сеть оператора связи Билайн опосредована последовательными фактическими действиями ООО «Спорт-Лайф», инициировавшего рассылку sms-рекламы, ООО «Девино Онлайн», предоставившего доступ к виртуальному личному кабинету для отправки sms-рекламы, и ООО «Девино Телеком», обеспечившего отправку sms-рекламы на номер SMS-центра оператора ПАО «ВымпелКом», что в итоге позволило доставить sms-рекламу непосредственно её конечному получателю – абоненту Билайн.

При установленных обстоятельствах ООО «Спорт-Лайф», ООО «Девино Онлайн» и ООО «Девино Телеком», не осуществляющие функции оператора связи, абоненту которого предназначена рассылка с рассматриваемой sms-рекламой, выступили лицами, осуществившими непосредственные действия по направлению такой

рекламы в сеть связи с целью доведения её до конечного получателя, при том, что каждый из названных участников такой рассылки, как следует из сложившихся между ними договорных отношений, обязан осуществлять отправку sms-сообщений со своего аппаратно-программного комплекса на аппаратно-программный комплекс партнера только таким абонентам - пользователям услуг операторов подвижной радиотелефонной связи, от которых получено предварительное согласие на получение sms-сообщений.

В рассматриваемом случае достигнутые между ООО «Спорт-Лайф», ООО «Девино Онлайн» и ООО «Девино Телеком» соглашения не освобождают указанные стороны, осведомленные о цели использования предоставляемых ими услуг по рассылке коротких текстовых сообщений, в том числе рекламного характера, от обязанности каждой из них по соблюдению норм и правил действующего законодательства.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Следовательно, ООО «Спорт-Лайф», ООО «Девино Онлайн» и ООО «Девино Телеком», чьими взаимосвязанными, последовательными действиями опосредовано и выражено распространение в сеть оператора подвижной радиотелефонной связи Билайн рассматриваемой sms-рекламы под именем PARISLIFE, выступили в качестве рекламораспространителей.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Для рассмотрения настоящего дела существенное значение имеет то обстоятельство, что ООО «Девино Онлайн», среди прочих участников рассылки, обеспечило фактическое направление рассматриваемой sms-рекламы в сеть подвижной радиотелефонной связи Билайн, и его непосредственное участие является неотъемлемой частью сложившихся правоотношений в процессе передачи sms-рекламы её конечному потребителю. Отсутствие ООО «Девино Онлайн» в таких правоотношениях сделало бы процесс передачи sms-рекламы её конечному потребителю невозможным.

В этой связи выраженная в письме ООО «Девино Онлайн» <...>, а также в письме <...> позиция о том, что Общество не является рекламораспространителем по факту отправки рассматриваемой sms-рекламы, не находит своего подтверждения и не может быть принята во внимание, поскольку противоречит фактически установленным обстоятельствам.

Вопреки законодательно установленным требованиям, ООО «Девино Онлайн», обязавшееся в рамках заключенного с ООО «Девино Телеком» Договора <...> в обязательном порядке заблаговременно получить от абонента, на мобильный телефон которого планируется отправка sms-сообщений, согласие на получение таковых в форме, которая однозначно идентифицирует абонента как лица, давшего это согласие, и при этом нести ответственность за содержание и достоверность

исходящих сообщений, осуществило, среди прочих участников рассылки, распространение рассматриваемой sms-рекламы от имени PARISLIFE на абонентский номер <...>, выделенный в пользование абоненту - гр. Б. (г.Москва), без предварительного согласия абонента на получение такой рекламы, что привело к нарушению требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Включение в Договор оказания услуг <...> условия об обязанности ООО «Спорт-Лайф» получить согласие абонента на получение sms-сообщений *не освобождает ООО «Девино Онлайн» от совершения аналогичных действий по Договору <...>.*

В пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» разъяснено следующее.

Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

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

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать Б., проживающего в г.Москве и сообщившего антимонопольному органу о том, что он не давал согласия на получение рассматриваемого рекламного sms-сообщения.

Частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» обязанность доказывания предварительного согласия абонента на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

ООО «Девино Онлайн» в письме <...> ссылается на наличие предварительного согласия абонента на получение рассматриваемой sms-рекламы, поступившего по запросу Общества от ООО «Спорт-Лайф» в виде копии анкеты PARISLIFE сеть фитнес клубов, где указаны анкетные данные «Фамилия, Имя, Отчество <...> Номер телефона <...>, заверенные подписью и датированные 07.10.2019, при наличии в такой анкете построчных отметок «Я хочу получать информацию об услугах в виде смс-сообщений на указанный выше номер сотового телефона», «Меня интересует: Акции, проводимые компанией Скидки Новости компании Любая возможная информация».

Вместе с тем, в Мордовское УФАС России от абонента номера <...> гр. Б. с

письмом <...> поступило мотивированное объяснение, в котором сообщается о том, что в анкете PARISLIFE сеть фитнес клубов содержатся анкетные данные, не соответствующие в действительности подписи и почерку Б., в подтверждение чего названным гражданином предоставлен сканированный образец военного билета с его личной подписью и образец согласия на обработку персональных данных, написанного собственноручно и направленного в адрес антимонопольного органа (имеется в материалах настоящего дела).

Уполномоченное должностное лицо Мордовского УФАС России, ознакомившись с копией анкеты PARISLIFE сеть фитнес клубов, а также учитывая мотивированное объяснение гр. Б., не находит оснований для признания такой анкеты в качестве надлежащего доказательства предварительного согласия абонента, позволяющего однозначно установить его волеизъявление на получение sms-сообщений с рекламой от ООО «Спорт-Лайф» (PARISLIFE сеть фитнес клубов), ввиду следующего.

В силу действия правовых принципов и условий обработки персональных данных, установленных Федеральным законом от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных», при обработке персональных данных должны быть обеспечены точность персональных данных, их достаточность, а в необходимых случаях и актуальность по отношению к целям обработки персональных данных.

В соответствии с частью 4 статьи 9 Федерального закона «О персональных данных» в случаях, предусмотренных федеральным законом, обработка персональных данных осуществляется только с согласия в письменной форме субъекта персональных данных. равнозначным содержащему собственноручную подпись субъекта персональных данных согласию в письменной форме на бумажном носителе признается согласие в форме электронного документа, подписанного в соответствии с федеральным законом электронной подписью. Согласие в письменной форме субъекта персональных данных на обработку его персональных данных должно включать в себя, в частности: 1) фамилию, имя, отчество, адрес субъекта персональных данных, номер основного документа, удостоверяющего его личность, сведения о дате выдачи указанного документа и выдавшем его органе; 2) фамилию, имя, отчество, адрес представителя субъекта персональных данных, номер основного документа, удостоверяющего его личность, сведения о дате выдачи указанного документа и выдавшем его органе, реквизиты доверенности или иного документа, подтверждающего полномочия этого представителя (при получении согласия от представителя субъекта персональных данных); 3) наименование или фамилию, имя, отчество и адрес оператора, получающего согласие субъекта персональных данных; 4) цель обработки персональных данных; 5) перечень персональных данных, на обработку которых дается согласие субъекта персональных данных; 6) наименование или фамилию, имя, отчество и адрес лица, осуществляющего обработку персональных данных по поручению оператора, если обработка будет поручена такому лицу; 7) перечень действий с персональными данными, на совершение которых дается согласие, общее описание используемых оператором способов обработки персональных данных; 8) срок, в течение которого действует согласие субъекта персональных данных, а также способ его отзыва, если иное не установлено федеральным законом; 9) подпись субъекта персональных данных.

Согласно части 4 статьи 15 Федерального закона «О персональных данных»

обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, а также в целях политической агитации допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных. Указанная обработка персональных данных признается осуществляемой без предварительного согласия субъекта персональных данных, если оператор не докажет, что такое согласие было получено.

Содержащаяся в копии анкеты PARISLIFE сеть фитнес клубов версия подписи анкетированного Белоусова С.В. визуально не соответствует личной подписи гр. Б. – пользователя абонентского номера <...>, обратившегося за защитой своих прав в антимонопольный орган, а также отсутствует адрес субъекта персональных данных, номер основного документа, удостоверяющего его личность, и сведения о дате выдачи указанного документа и выдавшем его органе. При таких обстоятельствах оформленная анкета PARISLIFE сеть фитнес клубов не соответствует принципам точности, достаточности и актуальности персональных данных, что вызывает сомнение в причастности к собственноручному её заполнению гр. Б., и тем самым не позволяет однозначно идентифицировать лицо, в отношении которого оформлена анкета, с абонентом номера <...> - гр. Б. и установить волеизъявление такого абонента на получение рекламы, в связи с чем такая анкета не может быть принята во внимание и отклоняется.

Тем самым рекламодатель – ООО «Девино Онлайн» не предоставил надлежащих доказательств того, что в рассматриваемом случае рассылка sms-рекламы от имени PARISLIFE с предложением годового абонента по цене «6900+2 МЕС В ПОДАРОК!» с бронированием до 27.12.2019 по телефону <...> осуществлена по предварительному согласию абонента – гр. Б.

Следовательно, sms-реклама «ФИНАЛ ЦЕН 2019! ГОД 6900+2 МЕС В ПОДАРОК! БРОНЬ ДО 27.12! +74996560119», доставленная 24.12.2019 в 14:21 через SMS-центр ПАО «ВымпелКом» <...> от имени PARISLIFE на абонентский номер <...> (оператор связи Билайн) гр. Б. (г.Москва), распространена по сети подвижной радиотелефонной связи Билайн без предварительного согласия абонента на получение такой рекламы, что нарушает требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» и поэтому является ненадлежащей рекламой.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с частью 4 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» определено, что рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 настоящего Федерального закона.

В данном случае установлено, что рекламодателем рассматриваемой ненадлежащей рекламы является ООО «Девино Онлайн» <...>, которое в силу

сложившихся договорных обязательств было осведомлено о цели использования его услуг по передаче пользователем sms-сообщений на мобильный терминал подписчика, имело и правовую, и реальную возможность выполнить обязанность как по соблюдению требований законодательства о рекламе, так и по соблюдению договорных обязательств перед ООО «Девино Телеком», однако не проявило разумной заботливости и осмотрительности для выполнения обязанностей соблюдать установленные законодательством о рекламе требования, следствием чего стало распространение ненадлежащей рекламы, за что предусмотрена административная ответственность.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях - влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Исследовав и оценив обстоятельства настоящего дела в их совокупности, уполномоченное должностное лицо территориального антимонопольного органа пришло к следующим выводам.

В рассматриваемом случае объектом правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, являются общественные отношения в области рекламы.

Объективная сторона административного правонарушения заключается в нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», выраженном в распространении по сетям электросвязи на абонентский номер <...> (оператор связи Билайн) гр. Б. (г.Москва) без его предварительного согласия от имени PARISLIFE рассматриваемой sms-рекламы.

Субъектом правонарушения в данном случае является юридическое лицо – рекламодатель ООО «Девино Онлайн» <...>.

Частью 1 статьи 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Частью 2 статьи 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях определено, что юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по

их соблюдению.

Юридическое лицо - ООО «Девино Онлайн», выступая в качестве рекламодателя, при реализации своей воли по распространению рассматриваемой sms-рекламы обязано было руководствоваться требованиями части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», и при этом имело возможность организовать работу с ООО «Спорт-Лайф» в соответствии с договорными обязательствами перед ООО «Девино Телеком», заблаговременно выяснив наличие документального подтверждения предварительного согласия абонента номера <...>, однозначно его идентифицирующего, на получение sms-рекламы от имени PARISLIFE либо, при отсутствии такового, не использовать абонентский номер <...> для несанкционированной рекламной sms-рассылки. Однако ООО «Девино Онлайн» нарушило договорные обязательства перед ООО «Девино Телеком» и при этом не проявило необходимой заботливости и осмотрительности для выполнения возлагаемых на него Законом обязанностей, и ООО «Девино Онлайн» не были предприняты все зависящие от него меры по соблюдению установленных Законом требований, тем самым ООО «Девино Онлайн» пренебрежительно отнеслось к исполнению своих обязанностей соблюдать требования законодательства о рекламе, вследствие чего распространило в сеть подвижной радиотелефонной связи Билайн ненадлежащую sms-рекламу от имени PARISLIFE без предварительного согласия абонента на получение такой рекламы, чем нарушило информационное право потребителей рекламы, и такими незаконными действиями посягнуло на установленный, регламентированный государством, порядок распространения рекламы, создав тем самым существенную угрозу охраняемым общественным отношениям в сфере рекламы.

При таких обстоятельствах, принимая во внимание существенность угрозы охраняемым общественным отношениям и учитывая отсутствие исключительности рассматриваемого случая, оснований для признания малозначительным совершённого правонарушения не усматривается.

Таким образом, по вине рекламодателя – ООО «Девино Онлайн» <...> в сеть подвижной радиотелефонной связи Билайн распространена ненадлежащая sms-реклама «ФИНАЛ ЦЕН 2019! ГОД 6900+2 МЕС В ПОДАРОК! БРОНЬ ДО 27.12! +74996560119», доставленная 24.12.2019 в 14:21 через SMS-центр ПАО «ВымпелКом» <...> от имени PARISLIFE на абонентский номер <...> (оператор связи Билайн) гр. Б., проживающего в г.Москве, без его предварительного согласия, чем нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», и за что предусмотрена административная ответственность по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Местом и временем совершения рассматриваемого правонарушения является место и время получения рассматриваемой sms-рекламы конкретным абонентом - гр. Б., которому выделен в пользование абонентский номер <...> (оператор связи Билайн), а именно: г.Москва, 24 декабря 2019 года в 14:21.

Наряду с этим, в процессе настоящего административного производства не установлено фактов привлечения в течение 2019 года и за истекший период 2020 года юридического лица - ООО «Девино Онлайн» к административной ответственности за нарушение рекламного законодательства.

Данные обстоятельства, с учетом положений статьи 4.6 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, принимаются как обстоятельства, смягчающие административную ответственность.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, не установлено.

ООО «Девино Онлайн» <...> по состоянию на 10 мая 2017 года включено в Единый реестр субъектов малого и среднего предпринимательства (находится в открытом доступе на сайте Федеральной налоговой службы <https://rmsp.nalog.ru/search.html>) и относится к категории микропредприятий, что подтверждается распечаткой сведений из Единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства <...> (приобщена к материалам дела).

Уполномоченное должностное лицо антимонопольного органа, оценив характер и конкретные обстоятельства совершённого правонарушения, роль правонарушителя, его статус в качестве микропредприятия и экономическую ситуацию, возникшую из-за пандемии новой коронавирусной инфекции, находит, что в отношении ООО «Девино Онлайн», виновного в совершении административного правонарушения, санкции по которому предусмотрены частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, как к юридическому лицу, относящемуся к субъектам малого предпринимательства, и совершившему административное правонарушение в области рекламы впервые, может быть применена мера административного наказания в виде предупреждения.

В соответствии с частью 1 статьи 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предупреждение - мера административного наказания, выраженная в официальном порицании физического или юридического лица. Предупреждение выносится в письменной форме.

В соответствии с частью 2 статьи 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

В соответствии с частью 1 статьи 4.1.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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 частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за

исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

В силу положений части 1 и части 2 статьи 1.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях лицо, совершившее административное правонарушение, подлежит ответственности на основании закона, действовавшего во время совершения административного правонарушения. Закон, смягчающий или отменяющий административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом улучшающий положение лица, совершившего административное правонарушение, имеет обратную силу, то есть распространяется и на лицо, которое совершило административное правонарушение до вступления такого закона в силу и в отношении которого постановление о назначении административного наказания не исполнено. Закон, устанавливающий или отягчающий административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом ухудшающий положение лица, обратной силы не имеет.

На основании приведенных положений Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и установленных в процессе административного производства обстоятельств применение к ООО «Девино Онлайн» административного наказания в виде предупреждения будет отвечать принципам соразмерности и справедливости наказания, соответствующим характеру совершённого административного правонарушения, и при этом позволит достичь предупредительные цели, установленные частью 1 статьи 3.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, а также обеспечить соответствующую защиту охраняемым Законом государственным и общественным интересам.

Руководствуясь частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а также статьями 1.7, 3.1, 3.4, частью 1 статьи 4.1.1, частью 1 статьи 14.3, статьями 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать **юридическое лицо – Общество с ограниченной ответственностью «Девино Онлайн»** <...> нарушившим часть 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, поскольку им не соблюдены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Заменить **юридическому лицу – Обществу с ограниченной ответственностью «Девино Онлайн»** <...> наказание в виде административного штрафа на предупреждение.

3. В соответствии со статьей 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях **предупредить юридическое лицо – Общество с ограниченной ответственностью «Девино Онлайн»** <...> об административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе, предусмотренной статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в арбитражный суд в

течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

Руководитель Управления

<...>