

ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ»

109443, г. Москва, ул. Юных
Ленинцев, д. 83, корпус 4, офис 41

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу об административном правонарушении № А13-14.3/19

г. КЫЗЫЛ

14.03.2019 г.
каб. 7

ул. Комсомольская, 122А, 2 этаж,

Резолютивная часть постановления объявлена 12 марта 2019 года

Постановление изготовлено в полном объеме 14 марта 2019 года

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва (далее - Тывинское УФАС России) (.....), руководствуясь статьей 23.48 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), рассмотрев протокол от 22.02.2019 года и иные материалы дела № А13-14.3/19 об административном правонарушении в отношении юридического лица - Общества с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (далее - ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ») (ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162, юридический адрес: 109443, г. Москва, ул. Юных Ленинцев, д. 83, корпус 4, офис 41, дата регистрации: 21.09.2010 года), по факту совершения административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ,

УСТАНОВИЛ:

Дело об административном правонарушении № А13-14.3/19 рассмотрено в отсутствие надлежащим образом извещенного законного представителя юридического лица – ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (почтовое уведомление с идентификатором 80084432953253).

Изучив материалы дела № А13-14.3/19, прихожу к следующему.

Событие административного правонарушения: нарушение рекламораспространителем законодательства о рекламе, а именно нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Данное нарушение законодательства о рекламе установлено решением Тывинского УФАС России от 11.01.2019 года по делу № 04-04-02/25-18.

В адрес Тывинского УФАС России 31.08.2018 года (вх. № 3269) поступило обращение гр. (.....) о распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента, направленное с ФАС России.

21.08.2018 года в 19:27 гр. (.....) на свой абонентский номер <...> -(.....) получила смс-сообщение с рекламой, отправленной с абонентского номера с индивидуальной подписью **KALYAEV**

следующего содержания:

*«Шубы из норки 49900 руб! Без наценки! Гарантия 2 года!
www.fursk.ru/nr».*

Вышеуказанная реклама была распространена по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации абонентский номер <...> -(.....) принадлежит номерной емкости оператора сотовой связи – ОАО «Мобильные ТелеСистемы».

Согласно информации ОАО «МТС» от 19.09.18 года (вх. № 3499) гр. (.....) являлась абонентом ПАО «МТС» по договору оказания услуг подвижной связи с предоставлением абонентского номера 8-(.....), однако на основании заявления от 21.01.2015 года о перенесении выделенного номера к оператору связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» договор был расторгнут с абонентом.

Таким образом, в связи со сменой оператора связи, Тывинским УФАС России был направлен запрос (от 24.09.2018 года исх. № 4-1253) ПАО «Вымпел-Коммуникации» о предоставлении информации.

Согласно информации ПАО «Вымпел-Коммуникации от 04.10.18 года (вх. № 3956) абонентский номер <...> -(.....) выделен в пользование гр. (.....), что подтверждается договором о предоставлении услуг связи от (.....)года № (.....).

Так же, ПАО «Вымпел-Коммуникации пояснило, что рассылка смс-сообщения абоненту 8-(.....) произведена от отправителя – Общества с ограниченной ответственностью «Дэни Колл» под идентификатором «KALYAEV», на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» №(.....) от (.....)года.

При этом, ПАО «Вымпел-Коммуникации» дополнительно 12.10.2018 года (вх. № 3962) предоставило копию согласия на получение рекламных смс-сообщений на номер <...> -(.....) от именного отправителя «KALYAEV», которое было предоставлено со стороны ООО «Дэни Колл».

Тывинским УФАС России на основании представленного заявления о согласии абонента на получение рекламной рассылки и обработку

персональных данных установлено, что в указанном заявлении дано согласие на получение рекламы Обществу с ограниченной ответственностью «ЭлегантКА» (ИНН 7718178642, ОГРН 1157746449541).

Вместе с тем, имя лица, заполнявшего заявление, написано нечитаемым почерком, в связи с чем невозможно достоверно установить написанное в согласии. Однако, возможно различить номера телефона – 8(.....). Таким образом, представленное согласие не является надлежащим, так как дано на получение рекламы вероятно, другим лицом.

В этой связи, доказательства получения согласия абонента гр. (.....) на получение рекламы отсутствовали.

По данному факту определением Тывинского УФАС России от 30.10.2018 года в отношении ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «ЭлегантКа» возбуждено дело № 04-04-02/25-18 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Исследовав материалы дела № 04-04-02/25-18, Комиссией Тывинского УФАС России установлены следующие обстоятельства.

Согласно статьи 3 Закона о рекламе рекламой является 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.

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.3 указанной статьи товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Текст указанного смс-сообщения, в силу пунктов 1-3 статьи 3 Закона о рекламе является рекламой, поскольку адресован неопределенному кругу лиц и направлен на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание

интереса к нему и его продвижение на рынке.

В рассматриваемом деле № 04-04-02/25-18 объектом рекламирования выступают товары - шубы из норки за 49900 рублей, на привлечение внимания которых направлена реклама.

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 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 пунктам 1 и 35 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 года № 126-ФЗ «О связи», абонент – пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь – любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Факт получения вышеуказанного смс-сообщения гр. (.....) установлен, в соответствии с детализацией оказанных услуг по абонентскому номеру 8-(.....)за 21.08.2018 года.

В адрес Тывинского УФАС России 16.11.2018 года (вх. № 4538) от ООО «ДЭНИ КОЛЛ» поступило письменное пояснение, согласно которому заказчиком и рекламораспространителем рассматриваемого смс-сообщения с рекламой является Общество с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162), в соответствии с договором № (.....) от (.....) года (далее – Договор от 01.12.2017 года).

В соответствии с пунктом 2.1 Договора от 01.12.2017 года ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (Исполнитель) обязуется оказывать ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (Заказчик) услуги путем предоставления доступа к сервису рассылки SMS-сообщений Исполнителя и обеспечению возможности

пользования сервисом Исполнителя для самостоятельной отправки Заказчиком SMS-сообщений Абонентам, а Заказчик обязуется принимать и оплачивать оказанные Исполнителем Услуги в соответствии с условиями указанного

В соответствии с пунктом 3.1.2 Договора от 01.12.2017 года Заказчик обязуется самостоятельно и за свой счет в обязательном порядке получать от Абонента, на Абонентское устройство которого планируется отправка SMS—сообщений, согласие на получение таких SMS-сообщений в форме, безоговорочно подтверждающей волеизъявление Абонента на получение SMS-сообщений, для предоставления его Исполнителю в рамках оказания Услуги.

Согласно письменных пояснений ООО «ЭлегантКа», поступивших в адрес Тывинского УФАС России 16.11.2018 года (вх. № 4549) следует, что ООО «ЭлегантКа» не заключало с ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ПАО «Вымпел-Коммуникации» каких-либо договоров об организации рассылки рекламных материалов; не предоставляло указанным выше лицам базу данных потребителей товаров/услуг ООО «ЭлегантКа» давших согласие на получение смс-рассылки о товаре/услугах Общества, распродажах и иных маркетинговых акциях (рекламный материал), а также не давало задание на осуществление смс-рассылки рассматриваемой рекламы; не предоставляло ООО «ДЭНИ КОЛЛ» согласие на получение рекламных смс-сообщений на номер <...> -(.....), данный абонент не числится в базе данных ООО «ЭлегантКа» потребителей товаров/услуг Общества давших согласие на получение смс-рассылки о товаре-услугах Общества.

Таким образом, ООО «ЭлегантКа» пояснило, что на абонентский номер <...> -(.....) не направляло смс-сообщение с рекламой, соответственно согласие на получение рекламы от абонентка указанного номера у Общества отсутствует.

При этом, в материалах дела № 04-04-02/25-18 имеется заявление о даче согласия абонента 8-(.....), ФИО которого не совпадает с ФИО заявителем по настоящему делу, на получение рекламной рассылки и обработку персональных данных ООО «ЭлегантКа».

Комиссия Тывинского УФАС России, изучив представленный договор и письменные пояснения лиц, участвующих в деле, определением от 20.11.2018 года привлекла к участию в деле № 04-04-02/25-18 в качестве соответчика ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ».

Согласно письменных пояснений ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» от 19.12.2018 года (вх. № 5188) следует, что рекламодателем рассматриваемого смс-сообщения с рекламой является ООО «ЭлегантКа», которому ООО «ДЭВИНО ТЕЛЕКОМ» предоставляет техническую возможность отправки смс-сообщений через программу для ЭВМ «DEVINO Platform» на основании договора № (.....) от (.....) года, в рамках которого ООО «ЭлегантКа» осуществляет формирование базы абонентов, получает письменные согласия абонентов, формирует текст сообщений и делает рассылку самостоятельно. На основании пункта 3.3.1 Договора № (.....) от (.....) года ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» инициировало запрос ООО «ЭлегантКа», в ответ на который ООО «ЭлегантКа» предоставило согласие иного лица, не являющегося заявителем по настоящему делу. По договору № (.....) от (.....) года ООО «ЭлегантКа» несет ответственность за получение достоверных согласий.

Комиссия Тывинского УФАС России, изучив материалы дела № 04-04-02/25-18, письменные пояснения лиц, участвующих в рассмотрении настоящего дела, пришла к следующему выводу.

В соответствии с [частью 1 статьи 44.1](#) 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.

В соответствии с [пунктом 15](#) Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08 октября 2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного

рекламодателя либо рекламораспространителя.

Исходя из содержания заявления о даче согласия на получение рекламы, на которую ссылаются лица, участвующие в деле, следует, что некое лицо (имя лица, заполнившего заявление, не совпадает с ФИО заявителя), 13.12.1991 года рождения (не совпадает с датой рождения заявителя) дало согласие на получение от ООО «ЭлегантКа» рекламы на номер мобильного телефона 8(.....).

Однако, гражданка, заполнившая указанное выше заявление на получение рекламы, не является ни заявителем по настоящему делу, ни лицом, которому выделен абонентский номер 8-(.....), что подтверждается представленным ПАО «ВымпелКом» договором, заключенным с гр. (.....), являющейся заявителем по настоящему делу.

Таким образом, реклама была распространена по сетям электросвязи и доставлена гр. (.....) на ее абонентский номер <...> -(.....), в связи с чем представленное согласие не является надлежащим, так как дано на получение рекламы другим лицом.

Следовательно, документального свидетельства, по которому возможно было однозначно идентифицировать гр. (.....), где она выражает свое согласие на получение смс-сообщений с рекламой на свой абонентский номер в адрес Тывинского УФАС России не представлено.

Таким образом, в нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «ЭлегантКа», ООО «ДЕВИНО ТЕЛКОМ» 21.08.2018 года с абонентского номера с индивидуальной подписью **KALYAEV** осуществили рассылку смс-сообщения с рекламой следующего содержания: «Шубы из норки 49900 руб! Без наценки! Гарантия 2 года! www.fursk.ru/nr» на абонентский номер гр. (.....) в отсутствие получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Законом о рекламе определены понятия «рекламодатель», «рекламораспространитель» и «рекламопроизводитель». В соответствии с пунктами 5 - 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или

частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с [частью 2 статьи 44.1](#) Закона о связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма закрепляет положение, согласно которому лица, участвующие в непосредственном доведении sms-сообщений до конечных получателей, совместными последовательными действиями обеспечивают направление сообщения в сеть электросвязи, в конечном итоге доводя сообщение до оператора подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Материалами дела № 04-04-02/25-18 подтверждается, что распространение оспариваемой рекламы осуществлено посредством последовательных действий ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «ЭлегантКа», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» на основании заключенных между ними гражданско-правовых договоров.

На основании изложенного, Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению дела № 04-04-02/25-18 всесторонне, полно и объективно исследовав, и оценив имеющиеся в деле доказательства, приходит к выводу, что рекламораспространителями рассматриваемой рекламы являются ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «ЭлегантКа», где последний в данном случае является, вместе с тем, рекламодателем.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

В этой связи действия лиц, участвующих в деле, противоречат ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеют

правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке смс-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

В силу части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 указанного закона, несет рекламораспространитель.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рекламы гр. (.....) на ее абонентский номер без получения предварительного ее согласия на получение рекламы в материалы дела № 04-04-02/25-18 не представлено, в связи с чем Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению настоящего дела пришла к выводу о необходимости выдачи рекламораспространителям предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Решением Комиссии Тывинского УФАС России от 11.01.2019 года по делу № 04-04-02/25-18 реклама, которую распространили ООО «ДЭНИ КОЛЛ», ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ», ООО «ЭлегантКа», признана ненадлежащей, нарушающей требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

За нарушение Закона о рекламе рекламораспространитель несет административную ответственность, предусмотренную частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе 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.

В соответствии с [частью 1 статьи 2.1](#) КоАП РФ 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.

Согласно [части 2 статьи 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.

До составления протокола по делу № А13-14.3/19 об административном правонарушении в адрес Тывинского УФАС России поступило письмо ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (от 24.01.2019 года вх. № 269) об исполнении предписания Тывинского УФАС России по делу № 04-04-02/25-18 от 11.01.2019 года, рассылка смс-сообщений, содержащих рекламу, на абонентский номер <...> -(.....) без ее предварительного письменного согласия прекращена, что подтверждается информацией о блокировке рассылки смс-сообщений, содержащих рекламу на абонентский номер <...> -(.....).

В ходе рассмотрения данного дела установлено, что ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» были приняты меры по соблюдению норм законодательства о рекламе в части получения согласия на распространение рекламы. Распространение рекламы норковых шуб на номер телефона 8-(.....) заявителю происходило на основании предоставленного ООО «ЭлегантКа» согласия на рассылку рекламы, в которой был указан номер 8-916-306-5633. В связи с тем, что у ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» отсутствовала возможность проверки достоверности заполнения согласия гр. (.....) прихожу к выводу, что вина рекламораспространителя ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» в нарушении [части 1 статьи 18](#) Закона о рекламе отсутствует.

Таким образом в действиях рекламораспространителя ООО «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» отсутствует состав административного правонарушения, предусмотренный [частью 1 статьи 14.3](#) КоАП РФ в части субъективной стороны правонарушения (вины).

Согласно [пункту 2 части 1 статьи 24.5](#) КоАП РФ производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению при отсутствии состава административного правонарушения.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 14.3, 23.48, 24.5, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Производство по делу об административном правонарушении № А13-14.3/19, возбужденное в отношении юридического лица - Общества с ограниченной ответственностью «ДЕВИНО ТЕЛЕКОМ» (ИНН 7715829230, ОГРН 1107746769162, юридический адрес: 109443, г. Москва, ул. Юных Ленинцев, д. 83, корпус 4, офис 41, дата регистрации: 21.09.2010 года), по факту совершения административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, на основании пункта 2 части 1 статьи 24.5 КоАП РФ прекратить, в связи с отсутствием состава административного правонарушения.

Согласно пункту 3 части 1, части 3 статьи 30.1 и статье 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении, вынесенное должностным лицом в отношении юридического лица, может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в арбитражный суд в течении 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

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.

Руководитель управления

(.....)