

**ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ
СЛУЖБА**

УПРАВЛЕНИЕ

**Федеральной
антимонопольной
службы** **ООО**
«Синтез-<.....>»

**по Забайкальскому
краю**

10.04.2019

№ 02-06- 1317

На № _____ от

ПРОТОКОЛ № 075/04/14.3-68/2019

об административном правонарушении

10 апреля 2019 года

г. Чита,

<.....>,

каб. 5

Я, <.....> – ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Забайкальского УФАС России, на основании Решения Комиссии по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе по делу № 28 (Решение от 28.01.2019) указывающего на наличие события административного правонарушения, в соответствии с частью 1 статьи 28.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП), признала их достаточными для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 КоАП, в отношении ООО «<.....>» (ИНН 7733698460; <.....>) по факту нарушения требований **части 1 статьи 18** Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закона о рекламе).

Место совершения административного правонарушения: 124365, Зеленоградский административный округ г. Москвы;

УСТАНОВИЛА:

Протокол об административном правонарушении составлен в отсутствие представителей юридического лица - ООО «<.....>».

В материалы дела об административном правонарушении поступили письменные пояснения общества, в соответствии с которыми, в виду удаленности местонахождения ООО «<.....>» не представляется возможным направить уполномоченного представителя для составления и подписания протокола об административном правонарушении.

Основанием для привлечения к административной ответственности ООО «<.....>» послужил факт нарушения обществом Закона о рекламе, установленный Решением Комиссии Забайкальского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе по делу № 28.

В Забайкальское УФАС России (перенаправлено ФАС России) поступило заявление А. <.....> о распространении рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на пол<.....> рекламы. С номера выраженного буквенным идентификатором «Sony Centre», смс-центр +7-926-<.....>, 03.10.2018 в 16:00 **на номер заявителя +7926-<.....>** поступило смс-сообщение следующего содержания: «Получи в подарок PS4 за предзаказ Sony XZ3! avcentre.ru/<.....>».

Определением от 5 декабря 2018 года Забайкальским УФАС России возбуждено дело № 28 в отношении ООО «СМС-центр» по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Определением об отложении рассмотрения дела №28 от 28.12.2018 ответчик по делу ООО «СМС-центр» (<.....>) был

заменен на ООО «<.....>» (ИНН 7733698460).

Дело рассматривалось в заседаниях Комиссии 5.12.2018, 28.12.2018.

Комиссия Забайкальского УФАС России, рассмотрев обстоятельства дела, исследовав имеющиеся в материалах дела документы, письменные пояснения и доказательства, установила следующее.

В соответствии с **пунктом 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»** от 13.03.2006 № 38-ФЗ (далее - Закон о рекламе) реклама - это информация, распространяемая 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.

Пункт 2 статьи 3 Закона о рекламе определяет объект рекламирования как 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.

В силу указанных норм Закона о рекламе указанная выше информация, направленная посредством смс - сообщения, соответствует понятию рекламы, закрепленному в действующем законодательстве, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – товару Sony XZ3 (смартфону). При переходе по ссылке, указанной в смс-сообщении - <https://avcentre.ru/<.....>>, выводится страница сайта «Sony <.....>», содержащая в себе информацию о различных видах электронной техники и возможности ее приобретения через данный сайт.

Согласно **пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе** ненадлежащей рекламой является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В данном случае имеются признаки нарушения **части 1 статьи 18 Закона о рекламе**.

На основании **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.

В соответствии с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации Федерального агентства связи, телефонный номер заявителя: **+7926-<.....>** относится к оператору связи ПАО «МегаФон» г. Москва и Московская область.

Согласно ответу указанного оператора, отправителем, выраженным буквенным идентификатором «Sony <.....>» рассматриваемого смс-сообщения, является ООО «Дэни Колл» (ОГРН 1144345040883).

Между ООО «Дэни Колл» (Заказчик) и АО «МегаЛабс» (Исполнитель) заключен договор № 010<.....> от 01.07.2016 года, согласно предмету, которого последний обязуется предоставлять Заказчику доступ к Интерфейсу.

Согласно определениям, закрепленным договором, **Интерфейсом является программные средства Исполнителя, используемые для управления Услугой. Услугой в свою очередь является, согласно договору, услуга по размещению посредством Каналов коммуникации, РИМ Заказчика среди Абонентов**, по предоставлению доступа к Интерфейсу и поддержке его функционирования. **Р И М (рекламно-информационные материалы) - сообщения, направленные на информирование об оказываемых (оказанных) услугах Заказчика, или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые Заказчиком**, предназначенные для размещения с помощью Каналов коммуникации.

Клиентом Заказчика, следуя положениям договора, является третье лицо, являющееся рекламодателем и инициатором размещения РИМ среди абонентов, с которыми у Заказчика заключен договор на оказание услуг по размещению посредством каналов коммуникации РИМ среди абонентов. Каналом коммуникации является способ направления Оператором своим Абонентам РИМ.

В соответствии с разделом 3, рассматриваемого договора, в частности **пунктом 3.9.**, в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, **Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы**, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их упоминания в SMS-сообщении) для целей размещения РИМ.

Исполнитель, согласно разделу 4 договора, имеет право незамедлительно прекращать размещение среди Абонентов SMS-сообщений Заказчика, если, среди прочего:

- не получено или отозвано согласие Абонента на получение рекламы при размещении РИМ **среди абонентов из Базы Абонентов Оператора;**
- у Исполнителя имеются сведения об отзыве Абонентом согласия на получение рекламы, при размещении РИМ среди абонентов **из Базы Абонентов Заказчика;**
- **по запросу Исполнителя не предоставлено** (не своевременно предоставлено) **Заказчиком согласие Абонента на получении РИМ** при размещении РИМ среди абонентов из Базы Абонентов Заказчика.

Согласно определениям, также закрепленным договором, **Базой Абонента Оператора является имеющийся у Оператора перечень абонентских номеров Абонентов**. К Базе Абонентов Оператора также относятся абонентские номера Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, прошедшие посредством применения Таргета «согласие», проверку Оператором на наличие

согласия Абонента на получение рекламы третьих лиц. Под Таргетом «согласие» понимается критерий проверки на наличие согласия Абонента на получение рекламы третьих лиц.

Таргет (Таргетирование) – аналитическая выборка, включающая определенные параметры Абонентов, соответствующих установленных Заказчиков критериям (пол, возраст, начисление за услуги связи, роуминг, географическая принадлежность, «согласие» и т.п.).

Базой Абонентов Заказчика, является имеющийся у Заказчика перечень Абонентских номеров Абонента.

Согласно пункту 4.8. договора, Заказчик при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких абонентов на получение рекламы. Далее, **из пункта 4.11., следует, что Заказчик обязуется использовать в Интерфейсе «только те абонентские номера, по которым Заказчиком получено предварительное согласие абонентов на получение рекламы».**

В случае размещения РИМ, согласно пункту 4.12., среди абонентов из Базы Абонентов Заказчика, Заказчик обязан по требованию Исполнителя и/или Оператора представить письменное согласие Абонента на получение рекламы в течении трех дней.

АО «МегаЛабс», среди прочего представил ответ ООО «Дэни Колл», из которого следует, что между последним и ООО «СМС-центр» заключен партнерский договор № ДП/SMS-«.....» от 01.12.2017, в соответствии с которым, как указывает ООО «Дэни Колл», общество оказывает услуги по предоставлению технической возможности для рассылки смс-сообщений. Общество, в соответствии с данными пояснениями, **направило запрос в ООО «СМС-центр» о предоставлении согласия абонента на получение смс-сообщения от отправителя «Sony С<.....>» на абонентский номер заявителя.**

Согласно представленной копии анкеты, в документе отображена следующая информация: «Sony <.....>е Уважаемый покупатель, мы благодарим Вас за покупку и просим предоставить Вашу контактную информацию. Поля просьба заполнять печатными буквами». Визуально анкета разбита на три блока, в каждом из которых содержится различная информация - идентификационные данные заполняющего лица, информация о желании получать сведения об акциях с очерченными полями для отметок и данные о покупке товара. Так, в первом блоке указано, что заполнителем является <.....>, с абонентским номером телефона - +7-926-<.....>. Во втором блоке, расположено два пункта следующего содержания: «Я хочу получать информацию о рекламных акциях, распродажах, скидках, новых продуктах и других событиях по:

- телефону;

-e-mail;

- не хочу получать;

Откуда вы узнали о нас:

-реклама в ТЦ;

-поиск в интернете;

-от знакомых;

- случайно увидел магазин.» Напротив каждого варианта ответа, имеется очерченное поле для отметки. В первом пункте, относительно способа желания получения информации о различных акциях отмечены поля по «телефону» и «e-mail». Второй пункт отметок не имеет.

Третий блок анкеты, как следует из ее содержания, заполняется сотрудником магазина, а именно это: № карты: 1<.....>6, сумма покупки: 3<.....> дата: 24.12.2016.

Данные сотрудника в анкете не указаны. Подписи заполняющего лица не имеется.

Исходя из вышеизложенного, согласие рассматриваемого абонента на получение рекламного смс-сообщения должно быть, выражено абонентом в адрес ООО «СМС-центр» (ОГРН 1117746756489).

20.12.2018 в Управление поступили письменные пояснения ООО «СМС-центр», согласно которым отправителем спорного смс-сообщения является ООО «<.....>» (ИНН 7733698460), так как между последним и ООО «СМС-центр» заключен договор оказания услуг № 434682 от 15.03.2016. **В рамках указанного договора ООО «СМС-центр» (Исполнитель) предоставляет ООО «Синтез-рус» (Заказчику) услуги доступа к Сервису SMSC.RU самостоятельной отправки сообщений через IPL в соответствии с Правилами оказания услуг, действующими тарифами Исполнителя, согласованный сторонами и на основании лицензии на право оказания телематических услуг связи.** Согласно пункту 2.2. при пользовании Услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров Абонентов (адресов электронной почты) для рассылки Сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений Абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора.

В соответствии с разделом 3 договора, Заказчик обязан в обязательном порядке получить от Абонента или адресата согласие на получение сообщений выраженных посредством совершения ими действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих однозначно установить его волеизъявление на получение сообщений, в форме, которая может быть представлена Оператору связи в качестве оказательства наличия такого согласия. Также Заказчик обязан не использовать подключение к Сервису SMSC.RU для рассылки СПАМа. СПАМом, согласно положениям договора является рассылка сообщений рекламного характера, осуществленная без предварительного согласия Абонентов или адресатов, а также рассылка вводящая Абонентов или адресатов в заблуждение относительно содержания сообщений или их отправителя.

Также к вышеуказанным письменным пояснениям ООО «СМС-центр» приложена, уже поступавшая ранее в материалы дела,

копия анкеты «Sony <.....>», заполненная от имени <.....>. Данная копия, содержит все описанные выше данные, **без подписи гражданина**.

25.01.2019 в материалы дела поступили письменные пояснения ООО «Синтез-<.....>», из которых следует, что общество осуществляет деятельность по продаже техники продукции «Sony», как через розничные магазины, так и через официальный Интернет-сайт компании - «[https:// <.....>](https://<.....>)». В целях осуществления рекламирования товаров, реализуемых обществом, а также информирования физических лиц о проводимых акциях, 15.03.2016 между обществом и ООО «СМС-центр» был заключен, ранее указанный, договор оказания услуг № <.....>.

Как указывает общество, заявитель – <.....>.А. являлся покупателем товаров, реализуемых обществом, так 5.04.2015 была совершена первая покупка и тогда же гражданина была выдана карта покупателя №<.....>. Вторая покупка была совершена 24.12.2016, и тогда, по пояснениям общества, от заявителя было получено согласие на получение рекламных сообщений по указанному им номеру телефона - **+7926<.....>**. Обществом применялась собственная форма согласия, **предусматривающая ее подписание продавцом** в салоне-магазине ООО «-<.....>с». В результате внутренней проверки обществом установлено, что в отношении <.....>.А. форма согласия на получение рекламно-информационных услуг не подписана продавцом, осуществившем продажу товара 24.12.2016 года.

Необходимо обратить внимание на то, что согласно Письму Федеральной антимонопольной службы от 05 декабря 2014 г. N АК/49919/14 «О применении новых положений закона о связи для оценки правомерности рекламных рассылок», **согласие абонента на получение рекламы** должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было **однозначно идентифицировать такого абонента** (заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

Также ООО «<.....>», сообщает, что до настоящего времени заявитель не обращался в общество с заявлением об отказе от получения рекламно-информационных материалов, заявление в антимонопольный орган рассматривается обществом, как отказ от получения рекламных сообщений, в связи с чем номер заявителя из рассылки рекламно-информационных материалов исключен. Помимо прочего общество указывает на отсутствие злого умысла при отправлении рассматриваемого смс-сообщения <.....>.

На основании вышеизложенного, следует, что надлежащим образом оформленное согласие абонента на получение рекламных смс-сообщений в материалы дела не представлено.

В соответствии с **частью 7 статьи 38 Закона о рекламе** за нарушение требований, установленных **статьей 18 Закона о рекламе**, несет ответственность рекламодатель.

Согласно **пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель** – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В данном случае **рекламодателем является** ООО «<.....>» (ОГРН 1097746241570).

Комиссия Забайкальского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе, изучив имеющиеся материалы дела, пришла к выводу, что ООО «<.....>» – являясь рекламодателем указанной выше рекламы, имело возможность для соблюдения требований установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Ответственность за данное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП).

В соответствии с пунктом 1 статьи 2.1 КоАП, 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.

Объектом предусмотренных данной статьей административных правонарушений являются общественные отношения в области рекламы.

Объективная сторона вмененного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ состоит, в нарушении обязательных требований Федерального закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 2 статьи 2.1 КоАП 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 «<.....>» не приняло все зависящие от него меры по соблюдению законодательства о рекламе и, следовательно, несет ответственность, предусмотренную частью 1 статьи 14.3 КоАП.

В соответствии со ст. 4.2 КоАП РФ обстоятельствами, смягчающими административную ответственность, признаются: раскаяние лица, совершившего административное правонарушение; добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение; предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения; добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда; добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор).

В настоящем случае, ООО «<.....>» сообщает о добровольном прекращении противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение (п. 2 ч. 1 ст. 4.2 КоАП), а именно об исключении номера заявителя из рассылки рекламно-информационных материалов, однако доказательства, подтверждающих указанное, не представлено.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, в соответствии со ст. 4.2 КоАП не установлено.

Согласно части 1 статьи 14.3. КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 статьи 14.3, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП 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.**

Рассмотрение дела об указанном нарушении состоится <.....>года в **14 часов 30 минут** по адресу: **г. Чита, ул. Лермонтова, 14, каб. 5.**

В соответствии с п. 1 ст. 25.1 КоАП лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника и использовать иные процессуальные права, предусмотренные КоАП.

Подпись лица, в отношении

которого ведется производство по делу

об административном правонарушении

(ФИО физического лица, законного представителя

юридического лица, расшифровка подписи,

наименование должности, реквизиты документа,

удостоверяющего его служебное положение,

либо реквизиты доверенности уполномоченного

законным представителем лица на участие в

административном производстве

В случае отказа от подписания протокола

делается отметка об отказе от подписания) _____

С протоколом ознакомлена

Права и обязанности разъяснены _____

Подпись _____

<.....>

(подпись должностного лица)

Копию протокола получил (а) «___» _____ 2019 года

Подпись лица, получившего протокол

об административном правонарушении _____