

## ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 06-92/18Р

о назначении административного наказания

«24» сентября 2018 г.

г. Новосибирск

Заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области И.В. Волохина, рассмотрев протокол № 06-92/18Р от «18» сентября 2018 г. об административном правонарушении и материалы административного дела, возбужденного в отношении ООО «Компания ПЕЛИКАН» (ОГРН 1075405011769, ИНН 5405343358; дата регистрации: 23.04.2007г.; юридический адрес: 630102, г. Новосибирск, ул. Инская, дом № 56, пом. 11) по части 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ),

в присутствии: представителя ООО «Компания ПЕЛИКАН» - <...> (доверенность № У 248 от 27.08.2018г.)

УСТАНОВИЛ:

В адрес Новосибирского УФАС России поступили заявления физического лица (вх. № 437э от 29.01.2018 г., вх. № 556э от 05.02.2018 г., вх. № 969э от 13.02.2018г.) по факту рассылки на абонентский номер <...> через смс-центр: ...смс-сообщений следующего содержания:

«Final SALE в Pelican! До -70% на ВСЁ! Торопись - УСПЕЙ купить!», в 15:58 часов 26.01.2018г. (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «Pelican»),

«Pelican kids снова с вами в ТРЦ «Аура»! Распродажа до 70% на ВСЕ!» в 11:34 часов 02.02.2018г. (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «Pelican»),

«Заплати за 3 – забери 6! При покупке 3 вещей 3 в подарок! На Весну 2018», в 15:16 часов 09.02.2018г. (в качестве отправителя указан буквенный идентификатор «Pelican»), с признаками нарушения Федерального закона «О рекламе».

По данным фактам Новосибирским УФАС России возбуждено настоящее дело. При рассмотрении дела установлено следующее.

Указанная информация является рекламой в силу п.1 ст.3 Федерального закона «О рекламе» (далее - Закона «О рекламе»). Согласно данной норме под рекламой понимается 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.

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 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.

Как сообщается заявителем, им такого согласия какому-либо лицу не давалось. Следовательно, данное обстоятельство указывает на нарушение ч.1 ст.18 Закона «О рекламе».

Ответственность за нарушение требований ч. 1 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламораспространитель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).

Согласно ст.3 Закона «О рекламе», рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Номер телефона .... принадлежит заявителю на основании договора об оказании услуг связи от 07.11.2007г., заключенного с ПАО «МТС».

В соответствии с реестром Российской системы и плана нумерации, оператором связи абонента-заявителя является ПАО «МТС». Согласно детализации оказанных услуг связи за 26.01.2018г., 02.02.2018г., 09.02.2018г., рассматриваемые смс-сообщения поступили с номера Pelican.

ПАО «МТС» сообщило (вх.№ 1706 от 27.02.18г., вх№1795 от 02.03.2018г.), что SMS-сообщения с буквенным идентификатором «Pelican» поступили на сервисную платформу ПАО «МТС» с последующей доставкой через SMS-Центр ПАО «МТС» на абонентский номер <...> от ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в рамках Агентского договора № D170355665 от 01.12.2017 (далее - Договор). Согласно п. 3 Приложения № 7 к Договору, Агент присваивает Заказчику уникальный, идентифицирующий его номер <...> Номер может содержать, в том числе, строчные и прописные символы латинского алфавита.

В соответствии с п. 3.3.17 указанного Договора, Агент (ООО «ДЭНИ КОЛЛ») обязан получить от Заказчиков рассылки документальное подтверждение/письменные гарантии о наличии согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений.

Оператор связи не вправе контролировать содержание СМС-рассылок, инициированных третьими лицами, на предмет того, содержат ли данные СМС-сообщения информацию, не соответствующую требованиям закона, как то, ненадлежащую рекламу определенных товаров и услуг, или другую информацию, которую законодатель квалифицирует как незаконную. Для Оператора связи существует обязанность по доставке любого сообщения электросвязи безотносительно к его содержанию.

Действуя в качестве оператора связи, ПАО «МТС» обязано передавать с помощью своей сети любые SMS-сообщения безотносительно к тому, кто их отправляет и кому они направлены.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» в свою очередь представило информацию (вх№ 1211э от 15.03.18г., вх№2523 от 27.03.18г.) из которой следует, что в рамках заключенного между ПАО «МТС» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» Агентского договора №D170355665 от 01.12.2017г., ООО «ДЭНИ КОЛЛ», выступая в качестве агента, приняло на себя

обязательства осуществлять от имени ПАО «МТС» юридические и фактические действия, на условиях Договора, в целях заключения договоров об оказании Услуг с Заказчиками рассылки от имени и за счет МТС (пункт 3.3.1 Агентского договора).

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» во исполнение условий Агентского договора, выступая от имени и за счет ПАО «МТС», заключило договор №МТС/SMS-2/12122017 от 12.12.2017г. (далее - «Договор») с ООО «СМС-центр», условиями которого установлено следующее. Оператор (ПАО «МТС») оказывает Заказчику рассылки (ООО «СМС-центр») 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 (п. 2.1 Договора). Оператор осуществляет оказание Услуги - рассылку сообщений только абонентам МТС, являющимся Пользователями Заказчика рассылки (п. 3.3.2 Договора).

ПАО «МТС» выделил ООО «СМС-центр», по его запросу, номер для целей оказания SMS-рассылки (п. 3.3.6 Договора).

Заказчик рассылки (ООО «СМС-центр») до начала оказания своей Услуги обязан получить от Пользователей предварительное согласие на получение Пользователями SMS-сообщений путем регистрации Пользователя в информационных системах Заказчика рассылки (п. 3.3.3 Договора).

ООО «СМС-центр» несет ответственность за полноту и достоверность предоставляемой Пользователям информации. В случае если Пользователю была предоставлена неполная или недостоверная информация, повлекшая для последнего материальный ущерб и/или моральный вред, Заказчик рассылки обязуется возместить Пользователю/ в полном объеме убытки, не исключая материальный ущерб или моральный вред (п. 3.3.4 Договора).

ООО «СМС-центр» до начала оказания своих Услуг должен обеспечить наличие согласий от Пользователей на получение ими коротких текстовых сообщений - рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (п. 22.1 ст. 2 ФЗ «О связи»), при необходимости получить иные согласия от Пользователей, которые требуется оформлять надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством РФ (п. 3.3.16 Договора).

Вместе с тем, ООО «СМС-центр» вправе привлекать третьи лица для оказания Услуг Заказчика рассылки и обработки исходящих SMS-сообщений, посредством предоставления им доступа только к своему оборудованию (п. 3.4.1 Договора).

ООО «СМС-центр» представило в адрес Новосибирского УФАС России пояснения и документы (вх. № 1952э от 23.04.2018г.), согласно которым рассматриваемые смс-сообщения направлялись ООО «Медиа технолоджи» через клиентский доступ, предоставленный по договору № 384146 от 01.07.2015г.

В свою очередь ООО «Медиа технолоджи» представили пояснения и документы (вх. № 3028э от 07.06.2018г.), согласно которым деятельность Общества заключается в предоставлении технических средств (системы передачи смс-сообщений с участием человека) заказчикам, которые используют Систему в целях осуществления адресных смс-рассылок в своих интересах или интересах своих клиентов. Таким образом, ООО «Медиа технолоджи» самостоятельно не

организовывает смс-рассылку, а предоставляет техническую возможность для этого на возмездной основе.

Рассылка рассматриваемых смс-сообщений осуществлялась из личного кабинета, закрепленного за ООО «Компания ПЕЛИКАН» по договору оказания услуг № 270116/001 от 27.01.2016г.

Вместе с тем, к ответу ООО «Медиа технолоджи» приложена анкета-согласие на получение персональных предложений компании «Пеликан» от 27.03.2015г., однако персональные данные лица, заполнившего анкету, отличаются от персональных данных абонента-заявителя за исключением указанного абонентского номера: ...

19.07.2018г. ООО «Компания ПЕЛИКАН» представлены пояснения (вх. № 6180), согласно которым 01.12.2017г. .... совершила покупку в магазине розничной сети ООО «Компания ПЕЛИКАН», заполнив при этом «Анкеты для получения дисконтной карты», в которой выразила согласие на получение от ООО «Компания ПЕЛИКАН» информации о скидках и новостях посредством смс-сообщений, и указав номер мобильного телефона.

За период с даты подписания.... анкеты по 09.07.2018г. от .. в адрес ООО «Компания ПЕЛИКАН» не поступало писем с отказом от получения рассылки смс-сообщений.

Также ООО «Компания ПЕЛИКАН» сообщило, что в настоящее время номер телефона .. отключен от смс-рассылки.

Определением об отложении дела от 28.06.2018г., Новосибирским УФАС России направлен запрос заявителю о предоставлении информации по факту передачи абонентского номера: ... в пользование иным лицам в 2015г., в том числе, ...., заполнившей указанную анкету.

В ответ на данный запрос заявителем – владельцем номера телефона ... представлено письмо, согласно которому абонентский номер ...заявителем никогда не передавался в пользование иным лицам, в том числе в 2015 году.

Согласно информации, представленной ПАО «МТС», номер телефона...выделен заявителю, на основании договора об оказании услуг связи в 2007 году.

Следовательно, согласие на распространение рекламных смс-сообщений о компании «Пеликан» было дано иным лицом, не абонентом номера: ...

Исходя из изложенного, рассматриваемые рекламные смс-сообщения направлялись абоненту – владельцу номера...без предварительного согласия, что является нарушением ч.1 ст. 18 Закона «О рекламе».

Согласно материалам дела рекламораспространителем рассматриваемых смс-сообщений является ООО «Компания ПЕЛИКАН».

В соответствии с положениями Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность осуществляется гражданами и организациями на свой риск. Исходя из материалов дела, ООО «Компания ПЕЛИКАН» не убедилось в принадлежности номера телефона, указанного в анкете покупателя, лицу, заполнившему данную анкету. Таким образом, ООО «Компания ПЕЛИКАН» не предприняло все зависящие от него меры для предотвращения

допущенного нарушения законодательства о рекламе.

Решением по делу № 21/18 от 08.08.2018г. ООО «Компания ПЕЛИКАН» признано нарушившим ч.1 ст.18 Закона «О рекламе».

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

Дата совершения административного правонарушения – 26.01.2018г., 02.02.2018г., 09.02.2018г.

Место совершения административного правонарушения – г. Новосибирск.

Нарушение указанных норм а, следовательно, и действия ООО «Компания П Е Л И К А Н» образуют состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, согласно которой нарушение рекламоделателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тыс. рублей.

В качестве возражений к Протоколу от 18.09.2018г., ООО «Компания ПЕЛИКАН» представлены следующие пояснения.

В ООО «Компания ПЕЛИКАН» утверждены и действуют «Положение о порядке обращения дисконтных карт Розничной сети», «Регламент по дисконтным картам», «Памятка покупателю по Накопительным дисконтным картам».

Данные документы размещены в Уголке потребителя в каждой розничной торговой точке ООО «Компания ПЕЛИКАН». Каждый продавец компании при заключении трудового договора ознакомливается в том числе и с вышеуказанными документами и в соответствии с должностной инструкцией обязуется их выполнять.

Выполняя п. 2.2 «Положения о порядке обращения дисконтных карт», продавцы розничных магазинов ООО «Компания ПЕЛИКАН» предлагают покупателям при совершении покупки заполнить *Анкету для получения дисконтной карты* (далее - Анкета) и расписаться в ней. Покупатель, в свою очередь, вправе предоставить любые из предусмотренных Анкетой данные, которые сочтет необходимыми. Кроме того, покупателям задается вопрос о желании получать уведомления о скидках по SMS, новостях по новой коллекции по SMS и согласие отражается в Анкете.

В целях соблюдения Федерального закона от 27.07.2006 г. № 152-ФЗ «О защите персональных данных» данные покупателя в Анкету вносятся покупателем собственноручно. Проверить предоставляемые данные в момент внесения данных покупателем либо после внесения легальными способами невозможно, т.к. продавец розничной торговой точки не вправе требовать от покупателя предъявления каких-либо документов для подтверждения вписанных в Анкету

данных, в том числе вписанного номера мобильного телефона. Ни ООО «Компания ПЕЛИКАН», ни какое-либо другое юридическое лицо не имеет ни легальной, ни технической возможности проверить информацию о том, кто является собственником номера телефона, предоставленного покупателем.

В силу ст. 64 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи» операторы связи обязаны предоставлять информацию об абонентах и принадлежащих им номерах телефонов только уполномоченным государственным органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность или обеспечение безопасности РФ. ООО «Компания ПЕЛИКАН» к таковым не относится.

У ООО «Компания ПЕЛИКАН» не было объективных оснований полагать, что предоставленный покупателем номер телефона является неблагонадежным, поэтому этот номер был включен в рассылку SMS. Объективно существует невозможность предотвратить действия третьего лица - покупателя, которые привели к нарушению рекламного законодательства. ООО «Компания ПЕЛИКАН» полагает, что это обстоятельство необходимо учитывать при решении вопроса о наличии или отсутствии оснований для привлечения ООО «Компания ПЕЛИКАН» к административной ответственности. А также необходимо учитывать то обстоятельство, что ООО «Компания ПЕЛИКАН» добросовестно использовало инструмент, предоставленный законом - отображение Анкеты у покупателя и, таким образом, предприняло все возможные законные меры для соблюдения требований законодательства о рекламе.

В силу ст. 2.1. КоАП РФ необходимым условием привлечения лица к административной ответственности является установление его вины. Согласно ч. 2 ст. 2.1. КоАП РФ юридическое лицо признаётся виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, и данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Учитывая вышеизложенное, Общество полагает, что в действиях ООО «Компания ПЕЛИКАН» отсутствует вина, как необходимый элемент состава правонарушения. Поэтому ООО «Компания ПЕЛИКАН» не может быть привлечено к административной ответственности.

Новосибирское УФАС России рассмотрев данные доводы, отмечает следующее. Указанные в возражениях доводы были изучены Комиссией Новосибирского УФАС России при рассмотрении дела № 21/18.

На основании пункта 16.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 N 10 "О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях" 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.

В пункте 15 Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указано, что под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Учитывая изложенное, ООО «Компания ПЕЛИКАН» при должной внимательности и осмотрительности имело возможность убедиться перед направлением рекламы, что получателями рекламы будут именно лица, давшие согласие на направление рекламы. Таким образом, у ООО «Компания ПЕЛИКАН» имелась возможность для соблюдения правил и норм, установленных статьей 18 Закона о рекламе, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Следовательно, не состоятелен довод Общества об отсутствии в его действиях вины (как в виде прямого умысла, так и в виде неосторожности) в совершении вменяемого нарушения и как следствие состава правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Данный довод подтверждается судебной практикой (Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 10.08.2016г. по делу № А45-11135/2016, Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 03.10.2016 г. по делу № А45-11135/2016).

Таким образом, из материалов дела следует, что у ООО «Компания ПЕЛИКАН» имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Согласно п.3. ст. 3.4 Кодекса РФ об административных правонарушениях, 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 может быть заменено являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, или юридическому лицу, а также их работникам на предупреждение в соответствии со статьей 4.1.1 настоящего Кодекса.

На основании п.1 ст.4.1.1. Кодекса РФ 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.

Согласно п.2. ст. 3.4 Кодекса РФ 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 данном случае присутствуют обстоятельства, установленные п.2. ст. 3.4 Кодекса РФ об административных правонарушениях, однако ООО «Компания ПЕЛИКАН» не состоит в реестре субъектов малого или среднего предпринимательства. В связи с изложенным применение административного наказания в виде предупреждения не представляется возможным.

Срок давности привлечения ООО «Компания ПЕЛИКАН» к административной ответственности, установленный статьей 4.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях на момент вынесения настоящего постановления не истек.

Рассмотрев материалы дела, учитывая характер правонарушения, финансовое положение лица, отсутствие отягчающих, смягчающих обстоятельств, руководствуясь статьями 14.3, 23.48 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

#### ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать ООО «Компания ПЕЛИКАН» (ОГРН 1075405011769, ИНН 5405343358; дата регистрации: 23.04.2007г.; юридический адрес: 630102, г. Новосибирск, ул. Инская, дом № 56, пом. 11) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.
2. Применить к ООО «Компания ПЕЛИКАН» меру ответственности в виде административного штрафа в размере 100 000 (ста тысяч) рублей.

Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса РФ об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях р/с 40101810900000010001 в Сибирском ТУ Банка России г. Новосибирска, БИК 045004001, получатель: УФК по Новосибирской области (Новосибирское УФАС России), ИНН 5405116098 / КПП 540501001, КБК 161 1 16 26000 01 6000 140, ОКАТО 50401000000 УИН 16100500000000004288, назначение платежа: административный штраф за нарушение законодательства о рекламе.

В соответствии с ч.5 ст.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Постановление по делу об административном правонарушении может быть



обжаловано в соответствии со статьями 30.1-30.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии со статьей 31.1 Кодекса РФ 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.

Неуплата административного штрафа в срок, предусмотренный Кодексом РФ об административных правонарушениях, в соответствии со ст. 20.25 Кодекса РФ об административных правонарушениях влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В силу ст. 29.11 Кодекса РФ об административных правонарушениях, резолютивная часть данного Постановления по делу об административном правонарушении объявлена немедленно по окончании рассмотрения дела.