

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания по делу № 036/04/14.3-341/2019 об административном правонарушении

«14» ноября 2019 года

город Воронеж

Заместитель руководителя – начальник отдела контроля органов власти Управления Федеральной антимонопольной службы по Воронежской области (далее - Воронежское УФАС России) Логошин Андрей Владимирович, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 036/04/14.3-341/2019, возбужденного в отношении должностного лица – <...> общества с ограниченной ответственностью «Раппорто» <...> (далее – <...> ООО «Раппорто» <...>) <...>, в связи с непосредственным обнаружением Ведущим специалистом-экспертом отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Воронежского УФАС России Михиной Н.Н. достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения в сфере предпринимательской деятельности (часть 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях), в отсутствие <...> ООО «Раппорто» <...> (надлежащим образом уведомлен, поступило ходатайство от 11.11.2019 исх. № 592 и.п о рассмотрении дела без участия <...> ООО «Раппорто» <...>),

УСТАНОВИЛ:

Решением от 21.06.2019 года № 036/05/18-104/2019 Комиссии Воронежского УФАС России реклама: «ЛЕНТА: 22 января - 40% на весь чай и весовые конфеты, кроме 365 дней», распространенная 21.01.2019г. в 14:15 посредством смс-сообщения на абонентский номер <...> «<...>», без предварительного согласия абонента, признана ненадлежащей поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Решением от 21.06.2019 года № 036/05/18-104/2019 установлено следующее.

В Воронежское УФАС России поступили обращения гражданина <...> (далее – <...>, Заявитель) (вх. № 01-14/04 от 09.01.2019, вх. № 01-10/34 от 22.01.2019) с указанием на признаки нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении следующей рекламы:

– «ЛЕНТА: 22 января - 40% на весь чай и весовые конфеты, кроме 365 дней», распространявшейся посредством SMS-рассылки: 21.01.2019г. в 14:15.

Гражданин <...> указал, что вышеуказанная реклама распространялась на принадлежащий ему номер <...> <...> без его согласия.

Из информации, предоставленной ПАО «МТС» (вх. № 01-11/211 от 04.02.2019) по запросу Воронежского УФАС России (исх. № 03-16/327 от 29.01.2019) следует, что вышеуказанное смс-сообщение было отправлено заказчиком рассылки ООО «Лента» на основании договора № Л-11/17-МТС от 12.12.2017г., заключенного между ПАО «МТС» и ООО «Лента».

Кроме того, из информации, предоставленной ООО «Лента» (вх. № 01-11/309 от 14.02.2019) по запросу Воронежского УФАС России (исх. № 03-16/503 от 08.02.2019г.) следует, в том числе что: «/.../Текст утвержденного SMS-сообщения: «ЛЕНТА: 22 января -40% на весь чай и весовые конфеты, кроме 365 дней». Время и дата отправки данной рассылки 21.02.2019 с 12 по 17 часов по московскому времени. Рассылка SMS-сообщений производится Оператором связи ПАО «МТС» (рекламораспространителем), ответственным за распространение указанного в запросе сообщения. Информация, содержащаяся в SMS-сообщениях, определяется и передается Обществом, как рекламодателем, для рассылки абонентам с использованием сервиса коротких сообщений (Система Rapporto), доступ к которому обеспечен контрагентом Общества, ООО «Раппорто», на

основании договора от 01.11.2017г. № А-11/17 о предоставлении доступа к системе Rapporto. Данные абонентов-адресатов рассылаемой информации передаются Обществом централизованно, путем автоматической выборки клиентов Общества, давших согласие на получение SMS-сообщений/.../. Документы, свидетельствующие о получении согласия гражданина <...> на получение на его абонентский номер <...> <...> рассматриваемого SMS-сообщения у Общества отсутствуют. Указанный номер ошибочно попал в рассматриваемую рассылку».

Из предмета договора № А-11/17 от 01.11.2017г. (пункты 2.1-2.3) «о предоставлении доступа к системе Rapporto», предоставленного ООО «Лента» следует, в том числе, что Агрегатор (ООО «Раппорто») предоставляет Заказчику доступ к Системе Rapporto, а также доступ к SMS-центру ПАО «МТС» через указанную Систему для целей рассылки Сообщений от Заказчика (ООО «Лента») Абонентам. Формирование текста Сообщений и создание списка телефонных номеров Абонентов для отправки/доставки Сообщений производится Заказчиком в Системе самостоятельно с соблюдением требований действующего законодательства РФ и Правил предоставления доступа к Системе (Приложение № 1 к Договору) и не признается Сторонами услугой по настоящему Договору.

Таким образом, из изложенного выше следует, что <...> является абонентом ПАО «МТС» и рекламное сообщение поступило на его абонентский номер с номера отправителя LENTA.

ООО «Лента» признало, что указанное смс-сообщение было отправлено на номер телефона Заявителя ошибочно.

Вместе с тем, ПАО «МТС», ООО «Лента», ООО «Раппорто», принимавшими участие в отправке рекламы, не представлено согласие абонента <...> на получение спорного SMS-сообщения.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Таким образом, распространение рассматриваемой рекламы посредством смс-рассылки осуществлялось с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

С учетом вышеизложенного, 20.02.2019г. в отношении предполагаемых рекламодателей указанной рекламы:

1. ООО «Лента» (197374, г. Санкт-Петербург, ул. Савушкина, д. 112, литер Б, ИНН 7814148471, ОГРН 1037832048605, дата регистрации 04.11.2003);

2. ООО «Раппорто» (127473, г. Москва, переулок Волконский 1-й, д. 15, эт. 5, пом. 1, ком 1, ИНН 7715710393, ОГРН 1087746876029, дата регистрации 25.07.2008);

3. ПАО «МТС» (109147, г. Москва, ул. Марксистская, 4, ИНН 7740000076, ОГРН 1027700149124, дата регистрации 01.03.2000) Воронежским УФАС России было возбуждено дело № 036/05/18-104/2019 по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе». Рассмотрение дела назначено на 11 часов 30 минут 14.03.2019.

29.04.2019 от ООО «Раппорто» поступила информация, запрашиваемая

определением (исх. № 03-16/1163 от 18.03.2019), в том числе пояснения из которых следует в том числе, что: «/.../ООО Раппорто» не является рекламодателем рекламы, поскольку не осуществляет действия по формированию и отправке sms-сообщений, а лишь предоставляет доступ к техническим и программным средствам, позволяющим заказчику самостоятельно производить рассылки исходящей информации на мобильные устройства. Рекламодателем рекламы следующего содержания: текст «ЛЕНТА: 22 января - 40% на весь чай и весовые конфеты, кроме 365 дней». Распространение ООО «ЛЕНТА» указанной рекламы осуществлялось на основании договора № 01/19 от «01» января 2019 г., заключенного между ООО «Раппорто» и ООО «ЛЕНТА». По условиям указанного договора и соответствующих Приложений к нему ООО «Раппорто» по заданию ООО «ЛЕНТА» обязуется исполнять определенные в Приложениях обязательства, в т.ч. оказывать услуги SMS-информирования и услуги Мобильной рекламы, а также совершать по поручению Заказчика иные согласованные Сторонами действия. В соответствии с п. 3.1.1 Договора в случае если Исполнитель оказывает услуги SMS-информирования в соответствии с условиями Договора или Приложениями к нему, используя базы данных абонентов/адресатов, предоставляемые Заказчиком, последний гарантирует получение предварительного согласия абонентов/адресатов на обработку их персональных данных и получение ими РИМ, как от Заказчика, так и от третьих лиц, указанных Заказчиком. Поскольку в рассматриваемом случае SMS-информирование осуществлялось по базе абонентов/адресатов, предоставленных Заказчиком, то обязанность на получение предварительного согласия абонента на sms-рассылки в соответствии с Договором и Федеральным законом «О рекламе» лежит на ООО «ЛЕНТА», которое инициировало sms-рассылку. ООО «Раппорто» направило в адрес ООО «ЛЕНТА» запрос о предоставлении документов, подтверждающих получение от абонента с телефонным номером <...> предварительного согласия на получение вышеуказанной рассылки. В ответ на запрос ООО «ЛЕНТА» предоставило копию согласия с телефонным номером <...> в которой выражает свое согласие (к ответу прилагается) /.../».

Согласно пункту 1 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.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 N АЦ/4624 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Таким образом, информация, распространенная посредством sms-сообщения на номер телефона «<...>», отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством sms-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (организация ЛЕНТА и ее товары/продукция). В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 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 - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной 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», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Комиссией установлено, что <...> является абонентом номера «<...>» и в соответствии с заявлением своего согласия на получение рассматриваемой рекламы не давал.

Из информации, предоставленной ООО «Лента» следует, что согласие от абонента <...> получено не было, поскольку указанное смс-сообщение было отправлено на номер телефона Заявителя ошибочно.

Кроме того, из информации, предоставленной ООО «Рапporto» Комиссией Воронежского УФАС России установлено, что номер телефона и абонент, указанный в пояснениях общества не соответствуют информации, имеющейся в материалах настоящего дела (т.е. номер телефона не соответствует номеру телефона Заявителя и абонентом является не <...>, а иное лицо).

В связи с этим, информация, предоставленная ООО «Рапporto» не подтверждает наличия у общества согласия гражданина <...> на получение на свой абонентский номер рассматриваемой рекламы.

Кроме того, согласно договора № А-11/17 от 01.11.2017г., заключенного между ООО «Рапporto» и ООО «ЛЕНТА», посредством которого осуществлялось доведение информации до абонента, а также имеющейся в материалах дела информации, Комиссия Воронежского УФАС России приходит к выводу о том, что действия ООО «Рапporto» были направлены на массовую рассылку смс-сообщений за плату, в том числе в интересах ООО «ЛЕНТА». Заключая соответствующий договор, ООО «Рапporto» было осведомлено о возможности направления рекламных материалов ООО «ЛЕНТА». Следовательно, общество, действуя как рекламодатель, могло осуществлять рассылку рекламной информации только при наличии предварительного согласия абонента.

Таким образом, ввиду отсутствия надлежащего согласия абонента, а также наличия у ООО «Рапporto» статуса рекламодателя, полученное абонентом – <...> смс-сообщение рекламного характера нарушает требование части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе», несет

рекламораспространитель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Комиссией Воронежского УФАС России установлено, что в рассматриваемом случае рекламораспространителем является в том числе ООО «Рапporto».

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

Согласно статье 2.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, под должностным лицом следует понимать лицо, постоянно, временно или в соответствии со специальными полномочиями осуществляющее функции представителя власти, то есть наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся в служебной зависимости от него, а равно лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных организациях/.../.

В соответствии с ч. 4 ст. 32 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее - Закон об обществах с ограниченной ответственностью) руководство текущей деятельностью общества осуществляется единоличным исполнительным органом общества или единоличным исполнительным органом общества и коллегиальным исполнительным органом общества.

Согласно ч. 2 ст. 40 Закона об обществах с ограниченной ответственностью, единоличный исполнительный орган общества:

- 1) без доверенности действует от имени общества, в том числе представляет его интересы и совершает сделки;
- 2) выдает доверенности на право представительства от имени общества, в том числе доверенности с правом передоверия;
- 3) издает приказы о назначении на должности работников общества, об их переводе и увольнении, применяет меры поощрения и налагает дисциплинарные взыскания;
- 4) осуществляет иные полномочия, не отнесенные настоящим Федеральным законом или уставом общества к компетенции общего собрания участников общества, совета директоров (наблюдательного совета) общества и коллегиального исполнительного органа общества.

Согласно выписке из ЕГРЮЛ, руководство текущей деятельностью ООО «Рапporto» осуществляется единоличным исполнительным органом – <...>.

Исходя из изложенного, именно <...> ООО «Рапporto» <...>, как единоличный исполнительный орган, обязан организовать/обеспечить соблюдение ООО «Рапporto» требований законодательства РФ о рекламе.

Должностное лицо - <...> ООО «Рапporto» <...> 21.01.2019г. совершил административное правонарушение, связанное с ненадлежащим исполнением организационно-распорядительных и административно-хозяйственных функций, а именно осуществил ненадлежащий контроль за распространением

вышеуказанной ненадлежащей рекламы.

Ответственность за указанное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Место совершения правонарушения: Воронежская область (адрес регистрации и местонахождение Заявителя). Время совершения правонарушения – 21.01.2019 года в 14:15 (дата и время получения Заявителем нежелательного смс-сообщения).

При вынесении Постановления учитываются все обстоятельства дела.

Обстоятельств исключающих, смягчающих или отягчающих административную ответственность, не установлено.

На основании изложенного, руководствуясь частью 1 статьи 18, частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе», статьями 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать должностное лицо – <...> ООО «Раппорто» <...> виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Применить к должностному лицу – <...> ООО «Раппорто» <...> меру ответственности в виде административного штрафа за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе в размере 4 000 (четыре тысячи) рублей.

3. Направить копию настоящего постановления должностному лицу – <...> ООО «Раппорто» <...> для исполнения.

Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации 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 настоящего Кодекса.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушения законодательства о рекламе, зачисляются в Федеральный бюджет по следующим реквизитам:

Получатель: УФК по Воронежской области (Воронежское УФАС России)

Расчетный счет: 40101810500000010004

Банк получателя: ОТДЕЛЕНИЕ ВОРОНЕЖ Г. ВОРОНЕЖ

БИК 042007001

ИНН 3664022568

КПП 366601001

Код бюджетной классификации 161 1 16 26000 01 6000 140

ОКТМО 20701000

УИН 16100500000000311229

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.