

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области <...>, рассмотрев протокол № 23р-18/81-04-2017р от 28.05.2018, в отношении юридического лица - Общества с ограниченной ответственностью «Дэни Колл» (далее ООО «Дэни Колл») (, ИНН 4345404971, ОГРН 144345040883, дата внесения записи в ЕГРЮЛ 26.12.2014, в связи с нарушением части 1 статьи 18, части 3 статьи 21 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту – Федеральный закон «О рекламе»),

### **У С Т А Н О В И Л:**

Решением Комиссии Кировского УФАС России по делу № 81/04-2017р (резольютивная часть решения оглашена 26 февраля 2018 года; в полном объеме решение изготовлено 16 марта 2018 года) признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «1.10. в 19:00 Мега-закрытие <...>», «<...>», направленная от имени «<...>» на номер мобильного телефона абонента физического лица +<...> поскольку в ней нарушены требования части 3 статьи 21 Федерального закона «О рекламе».

Нарушение заключается в следующем.

В Кировское УФАС России (далее -Управление, антимонопольный орган) поступило обращение физического лица (вх. № 6958к от 09.10.2017) по вопросу получения на номер мобильного телефона +<...> смс-сообщений с номера «<...>», в отсутствие согласия абонента на его получение, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно ст. 3 Федерального закона «О рекламе», рекламой является 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. Под объектом рекламирования понимается товар, средство его индивидуализации, 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. Товар – это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношений, возникающих в связи с реализацией 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.

При рассмотрении дела установлено, что на номер заявителя <...>с номера «<...>»

поступали смс-сообщения следующего содержания:

<...><...><...>

Кроме того, согласно информации, представленной заявителем в заявлении, смс-сообщения рекламного характера от ООО «Шнейдер» поступали на его номер и ранее. Так в 2012, 2015 году заявитель обращался посредством электронной почты в ООО «Шнейдер» об удалении номера его телефона из рекламной рассылки, своего согласия на получение рекламы он не давал.

Информация: «<...><...>», содержащаяся в спорных смс-сообщениях, полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Федерального закона «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонализированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Согласно ч. 1 ст. 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. Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие 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 частью 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 года № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи, допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

При обращении в антимонопольный орган гражданин сообщил об отсутствии его согласия на получение рассматриваемой рекламы.

Распространение рекламы по любым сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы должно относиться к конкретному рекламодателю, либо рекламораспространителю, и должно быть

явно выражено.

В соответствии с информацией, представленной ПАО «МегаФон», заявитель физическое лицо является абонентом ПАО «МегаФон» на основании договора от 06.09.2010. Данная информация подтверждается также пояснениями заявителя (вх. № 7181 от 17.10.2017). Абоненту выделен номер +<...>

Из обращения физического лица следует, что он не давал согласия на получение спорных смс-сообщений на его абонентский номер мобильного телефона <...> (оператор сотовой связи ПАО «МегаФон»).

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «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; оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В соответствии с пунктом 35 статьи 2 Федерального закона «О связи» электросвязью являются 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 пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона «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.

Поскольку Федеральный закон «О связи» не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Статья 44.1 Федерального закона «О связи» устанавливает порядок осуществления рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи (далее рассылка).

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» 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 частью 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.

В рассматриваемом случае рассылка спорных смс-сообщений осуществлена совместными последовательными действиями нескольких заказчиков рассылки на основании договорных отношений между ПАО «МегаФон» и АО «МегаЛабс», между АО «МегаЛабс» и ООО «Дэни Колл», между ООО «Дэни Колл» и ООО «СМС-центр», между ООО «СМС-центр» и ООО «Девино-Телеком», между ООО «Девино-Телеком» и ООО «Шнейдер», что подтверждается материалами административного дела.

Так, между АО «МегаЛабс» (Исполнитель) и ООО «Дэни колл» (Заказчик) заключен Договор <...> (далее Договор от 01.07.2016).

Предметом Договора от 01.07.2016 является оказание Заказчику за вознаграждение услуг, предусмотренных Договором от 01.07.2016 и приложениями к нему.

Из анализа положений Договора от 01.07.2016 следует, что ООО «Дэни колл» в случае размещения РИМ среди абонентов обязуется до их размещения получить согласие абонентов на получение рекламы (пункты 3.9, 4.8, 4.11 договора).

ООО «Дэни колл» согласие на получение спорных смс-сообщений в материалы дела не представлено.

Исходя из анализа рассмотренных правоотношений, с учетом приведенных условий Договора <...> АО «МегаЛабс» и ООО «Дэни колл» обязаны были получить согласие абонента на получение рекламы и принять необходимые и достаточные меры для предотвращения доставки рекламы абоненту без его согласия.

Доводы ООО «Дэни Колл» о том, что оно не обязано получать согласие абонента на смс-рассылку, являются несостоятельными и опровергаются материалами дела.

Анализ договорных отношений АО «МегаЛабс», ООО «Дэни Колл», ООО «СМС-центр», ООО «Девино-Телеком» и ООО «Шнейдер» позволяет сделать вывод о том, что все действия сторон соглашений направлены на массовую рассылку смс-сообщений за плату. При этом стороны были осведомлены относительно целей использования услуг, в том числе о возможности распространения рекламы. Включение в каждый последующий договор условия об обязанности получить согласие абонента на получение смс-сообщений не освобождает как исполнителя, так и заказчика от совершения аналогичных действий.

Спорные смс-сообщения содержали рекламу, следовательно, на вышеуказанные правоотношения распространяются требования рекламного законодательства, которое обязывает всех участников договорных отношений соблюдать положения Федерального закона «О рекламе».

В материалы дела ООО «Дэни Колл» не представлено доказательств, достаточно идентифицирующих и подтверждающих предварительное согласие заявителя (абонента <...>) на получение смс-рекламы от указанных лиц, выступающих в

качестве конкретных рекламодателей, следовательно, рассматриваемая спорная смс-рассылка признается распространенной без предварительного согласия абонента на ее получение.

Таким образом, ООО «Дэни Колл» не представлено согласие абонента на получение смс-сообщений.

Учитывая изложенное, смс-сообщения следующего содержания: «<...><...>» распространенные от имени «<...>» посредством смс-сообщений на номер абонента <...> (оператор сотовой связи «МегаФон») без предварительного согласия абонента на получение такой рекламы, нарушают требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно части 3 статьи 21 Федерального закона «О рекламе» реклама алкогольной продукции в каждом случае должна сопровождаться предупреждением о вреде ее чрезмерного потребления, причем такому предупреждению должно быть отведено не менее чем десять процентов рекламной площади (пространства).

Информация, содержащаяся в спорных смс-сообщениях следующего содержания: «<...> полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Федерального закона «О рекламе», поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования бару «<...>» (ООО «Шнейдер»), реализующему товар, в том числе алкогольную продукцию - пиво, способствует формированию интереса к рекламируемым товарам и их продвижению на рынке, и по своему содержанию является рекламой.

В соответствии с пунктом 7 статьи 2 Федерального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» под алкогольной продукцией понимается пищевая продукция, которая произведена с использованием или без использования этилового спирта, произведенного из пищевого сырья, и (или) спиртосодержащей пищевой продукции, с содержанием этилового спирта более 0,5 процента объема готовой продукции.

Алкогольная продукция подразделяется на спиртные напитки (в том числе водка), вино, фруктовое вино, ликерное вино, игристое вино (шампанское), винные напитки, пиво и напитки, изготавливаемые на основе пива.

Таким образом, к алкогольной продукции относится пиво, на рекламу которой распространяются требования статьи 21 Федерального закона «О рекламе».

Согласно части 4 статьи 2 Федерального закона «О рекламе» специальные требования и ограничения, установленные настоящим Федеральным законом в отношении рекламы отдельных видов товаров, распространяются также на рекламу средств индивидуализации таких товаров, их изготовителей или продавцов, за исключением случая, если реклама средств индивидуализации отдельного товара, его изготовителя или продавца явно не относится к товару, в отношении рекламы которого настоящим Федеральным законом установлены

специальные требования и ограничения.

Из пункта 16 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 N 37 следует, что информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара.

Исходя из содержания, информация: «<...>

Вышеуказанная информация в совокупности с указанием конкретных единиц продукции – сортов пива «<...>», текстовой информацией со следующими фразами: «дегустация крафтовых сортов», «<...>», направлена на привлечение внимания, формирование и поддержание интереса к алкогольной продукции, а именно к пиву, и выделению вышеуказанных товаров (сортов пива), поэтому соответствующая информация является по своему характеру рекламой алкогольной продукции.

Согласно открытым данным из интернет-энциклопеди «Википедия» крафтовое пивоварение – процесс производства пива небольшими, независимыми организациями, которые придерживаются традиционных рецептов.

На основании изложенного, антимонопольным органом сделан вывод, что термин «крафтовые сорта пива» относится к алкогольной продукции, следовательно, информация является ненадлежащей.

Специальные требования и ограничения в отношении рекламы алкогольной продукции установлены статьей 21 Федерального закона «О рекламе», в которой относительно рекламируемых товаров выступает собирательное понятие «алкогольная продукция» без указания на необходимость индивидуализации и конкретизации объекта рекламирования.

В связи с тем, что законодательство о рекламе устанавливает определенные ограничения в отношении рекламы алкогольной продукции, для признания рекламы ненадлежащей достаточно привлечения внимания к товару – алкогольной продукции, условиям ее приобретения, что и установлено в рассматриваемом случае.

В данном случае реклама алкогольной продукции распространена посредством смс-сообщений следующего содержания: «<...> не содержит необходимое предупреждение, что нарушает требования ч. 3 ст. 21 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение части 1 статьи 18, части 3 статьи 21 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель (лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств).

Оценив представленные доказательства в совокупности, проанализировав последовательность договорных отношений установлено, что ООО «Дэни Колл» является рекламораспространителем в понимании статьи 3 Федерального закона «О рекламе», и несет ответственность за нарушение части 1 статьи 18 и части 3 статьи 21 Федерального закона «О рекламе», поскольку ряд последовательных

сделок обеспечили возможность получения спорных смс-сообщений с рекламой до конечного получателя (абонента) без предварительного согласия на их получение, а также получение ненадлежащей рекламы алкогольной продукции.

Решением установлено, что ООО «Дэни Колл», являясь лицом, осуществившим распространение рекламы, является рекламораспространителем по смыслу Федерального закона «О рекламе» и несет ответственность за нарушение требований, установленных ч. 1 ст. 18, ч. 3 ст. 21 Федерального закона «О рекламе».

На основании ч. 1 ст. 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.

Согласно ч. 1 ст. 4.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение рекламного законодательства составляет один год со дня совершения административного правонарушения.

Срок давности привлечения лица к административной ответственности исчисляется с 28.11.2017 (дата распространения смс-рекламы следующего содержания: «Счастливые часы в <...>»).

Событием административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ является установленный факт нарушения законодательства РФ о рекламе в действиях ООО «Дэни Колл» по распространению ненадлежащей смс рекламы на номер мобильного телефона абонента <...> в нарушение требований части 1 статьи 18, части 3 статьи 21 Федерального закона «О рекламе».

Объективной стороной административного правонарушения являются действия ООО «Дэни Колл» по распространению смс-рекламы на номер мобильного телефона абонента <...> в нарушение требований части 1 статьи 18, части 3 статьи 21 Федерального закона «О рекламе».

Согласно ст. 2.10 КоАП РФ юридические лица подлежат административной ответственности за совершение административных правонарушений в случаях, предусмотренных статьями раздела II настоящего Кодекса или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях.

Субъектом административного правонарушения является рекламораспространитель - юридическое лицо ООО «Дэни Колл», которое осуществило распространение ненадлежащей рекламы на номер мобильного телефона абонента <...>. Поэтому нарушение рекламного законодательства произошло по его вине.

При установлении субъективной стороны административного правонарушения следует учитывать разъяснения Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 "О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях", а именно: при рассмотрении дел об административных

правонарушениях понятие вины юридических лиц раскрывается в части 2 статьи 2.1 КоАП РФ (пункт 16.1).

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).

В данном случае установлено, что у ООО «Дэни Колл» имелась возможность для соблюдения требований части 1 статьи 18, части 3 статьи 21 Федерального закона «О рекламе», но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законодательством требований, при рассмотрении дела не установлены.

Таким образом, Кировское УФАС России считает, что рассматриваемое правонарушение произошло по вине ООО «Дэни Колл».

Место и время совершения административного правонарушения: место совершения административного правонарушения (г. Нефтеюганск), время совершения: распространение смс-сообщений на номер абонента <...>с номера «<...>»<...> следующего содержания: «9/07 в <...>».

В соответствии со статьей 28.7 КоАП РФ административное расследование проводится по месту совершения или выявления административного правонарушения.

Согласно ч. 2 ст. 29.5 КоАП РФ дело об административном правонарушении, по которому было проведено административное расследование, рассматривается по месту нахождения органа, проводившего административное расследование.

Поскольку по данному делу Кировским УФАС России проводилось административное расследование, следовательно, дело об административном правонарушении рассматривается по месту нахождения административного органа, его проводившего, т.е. по месту нахождения Кировского УФАС России на основании ч. 2 ст. 29.5 КоАП РФ.

В ходе рассмотрения дела были исследованы все обстоятельства совершенного нарушения законодательства РФ о рекламе. Факты, изложенные в протоколе № 23р-18/81-04-2017р от 28.05.2018 об административном правонарушении, подтверждаются в полном объеме материалами дела № 81/04-2017р.

В соответствии со ст. 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.

Таким образом, совершенные юридическим лицом – ООО «Дэни Колл» действия по распространению смс рекламы на номер мобильного телефона абонента <...> в нарушение требований части 1 статьи 18, части 3 статьи 21 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» содержат состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии со ст. 4.2 КоАП РФ в качестве смягчающих обстоятельств установлено оказание лицом содействия органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении в выявлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении.

В соответствии со ст. 4.3 КоАП РФ отягчающих вину обстоятельств не установлено.

Оснований для прекращения производства по делу не имеется.

В соответствии с частью 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ 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 части 1, 2 статьи 3.4 КоАП РФ предупреждение - мера административного наказания, выраженная в официальном порицании физического или юридического лица. Предупреждение выносится в письменной форме. 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.

Поскольку согласно информации на сайте <...> ООО «Дэни Колл» включено в Реестр субъектов малого и среднего предпринимательства и правонарушение, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, совершено Обществом впервые, с учетом отсутствия оснований, установленных частью 2 статьи 4.1.1 КоАП РФ, считаю возможным применить к Обществу меру ответственности в виде предупреждения.

Руководствуясь ст. 3, ч. 1 ст. 18, ч. 3 ст. 21 Федерального закона «О рекламе», статьями 2.1, 2.4, 3.4, 4.1.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

## ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать юридическое лицо - ООО «Дэни Колл» (ИНН 4345404971, ОГРН 144345040883) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.
2. Применить к юридическому лицу - ООО «Дэни Колл» (ИНН 4345404971, ОГРН 144345040883) меру ответственности в виде предупреждения.

*В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.*

*Согласно части 1 статьи 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.*