

ПОСТАНОВЛЕНИЕ №054/04/14.3-1602/2019

о назначении административного наказания

«11» сентября 2019г.

г. Новосибирск

Заместитель руководителя управления — начальник отдела рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области И.В. Волохина, рассмотрев протокол №054/04/14.3-1602/2019 от 28.08.2019г. об административном правонарушении и материалы административного дела, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью «Фитнес на Алексеевской» (ИНН 7717794134; ОГРН 5147746100486; адрес регистрации: 129626, г. Москва, ул. Новоалексеевская, д. 25; дата регистрации в качестве юридического лица: 15.09.2014г.),

В ОТСУТСТВИИ: представителя ООО «Фитнес на Алексеевской» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛ:

В адрес Новосибирского УФАС России поступило заявление физического лица (вх. № 5180э от 21.09.2018г.) по факту распространения 19.09.2018г. в 18:59, на абонентский номер <...> «...» через смс-центр: «...»рекламы по сетям электросвязи от отправителя «FitnesСССР», следующего содержания: «СССР Алексеевская удивляет! День открытых дверей! До 23.09 Карты от 20900! Бронь +«...»», с признаками нарушения Закона «О рекламе».

Указанная информация является рекламой в силу п.1 ст.3 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 рекламодатель (ч. 7 ст.38 Закона «О рекламе»).

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

Согласно сведениям, имеющимся в распоряжении Новосибирского УФАС России, буквенный идентификатор «fitnessCCCP» выделен ИП Ролдугину «...» (корпоративный клиент) в рамках заключенного с ним Дополнительного соглашения «МТС Коммуникатор» от 14.11.2016г. к Договору о предоставлении услуг связи № 177704229454 от 08.11.2016 г.

ПАО «МТС» оказывает корпоративному клиенту комплекс услуг по передаче, приему и обработке sms-сообщений справочно-информационного характера от корпоративного клиента только к зарегистрированным в информационных системах корпоративного клиента пользователям и лишь в целях оказания таким пользователям услуг корпоративного клиента. Согласно комплекса услуг «МТС Коммуникатор», на основании которых именно корпоративный клиент - ИП Ролдугин «...»- формирует одно или несколько коротких сообщений и обращается к оборудованию ПАО «МТС» с указанием MSISD пользователя, к которому необходимо доставить SMS-сообщение. При этом оборудование ПАО «МТС» лишь передает уже сформированное корпоративным клиентом информационное сообщение на мобильный терминал пользователя.

В соответствии с Заявлением на добавление услуги «МТС Коммуникатор» ПАО «МТС» подключило корпоративному клиенту услугу «МТС Коммуникатор» и выделило буквенный идентификатор «FitnessCCCP», посредством которого через Канал ПАО «МТС» корпоративный клиент отправляет SMS-сообщения своим зарегистрированным пользователям. Таким образом, суть Услуг, оказываемых ПАО «МТС» по услуге «МТС Коммуникатор», заключается в обеспечении корпоративному клиенту технической возможности (создании необходимых условий) в формировании и отправке SMS-сообщений. При этом корпоративный клиент самостоятельно, без участия ПАО «МТС», определяет и формирует содержание данных SMS-сообщений и определяет круг абонентов, которым направляются данные сообщения.

20.12.18г. на рассмотрении дела Комиссией ИП Ролдугин И.В. не явился, представителя не направил. Документы, запрошенные у лица Определением о возбуждения дела, в антимонопольный орган не представил. Сведения о надлежащем уведомлении лица о времени и месте рассмотрения данного дела в материалах дела отсутствуют.

Вместе с тем, в распоряжении антимонопольного органа имеются сведения о лице, являющемся владельцем абонентского номера, указанного в тексте рассматриваемого смс-сообщения: «...»- ООО «Фитнес на Алексеевской» (ИНН 7717794134). То есть, ООО «Фитнес на Алексеевской» (ИНН 7717794134) является лицом, заинтересованным в распространении рассматриваемого смс-сообщения.

Определением Об отложении и продлении срока рассмотрения дела от 20.12.2018г. ООО «Фитнес на Алексеевской» привлечено к делу в качестве лица, в

действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «Фитнес на Алексеевской» сообщило (вх№ 953э от 14.02.19г.), что номер телефона, указанный в тексте смс-сообщения: «...» принадлежит ООО «Фитнес на Алексеевской». Ранее ООО «Фитнес на Алексеевской» был представлен на рынке под брендом «Зебра» (ООО «Зебра на Алексеевской») и входил в группу компаний «Зебра групп». Руководством фитнес клуба было принято решение о ребрендинге, в силу чего наименование лица было изменено на ООО «Фитнес на Алексеевской» (изменения в ЕГРЮЛ 2177747556853 от 25.05.2017г). ООО «Фитнес на Алексеевской» имеет согласие на рассылку СМС-сообщений от абонента с номером «...». Номер абонента: «...» был указан в качестве контактного телефона клиентом Общества. Клиент дал ООО «Зебра на Алексеевской» свое согласие па получение рассылки, в том числе посредством СМС сообщений, что подтверждается пунктами 2.7. и 2.8. Договора № 44478 от 16.10.2015 г. Отзыв согласия от данного клиента не поступал.

ПАО «ВымпелКом» представило в адрес Новосибирского УФАС России документы (вх№997 от 07.02.19г.), согласно которым, отправителем (распространителем) смс-сообщения, поступившего на абонентский номер «...» в 18 час. 59 мин. 19.09.2018г., идентификатор отправителя: «FitnesCCCP» - является ООО «ДЭНИ КОЛЛ» (ИНН 4345407971, адрес местонахождения: 350015, Краснодарский край, г. Краснодар, ул. Новокузнецкая, д. 67, офис 32/2).

Между ПАО «ВымпелКом» и ООО «ДЭНИ КОЛЛ» заключен Договор об оказании услуг связи «Билайн» №576974438, а также Дополнительное соглашение № 1 от 09.11.2015 г. (копия дополнительного соглашения приложена), согласно которому ПАО «ВымпелКом» как оператор связи предоставляет Абоненту услуги доступа к программно-аппаратному комплексу Оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц Абонентом/партнерами Абонента (далее - «Услуги»). При пользовании Услугами Абонент самостоятельно без участия Оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений, формирует их текст и осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера своих клиентов, являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Оператора и/или других операторов подвижной радиотелефонной связи в интересах Абонента/партнеров Абонента.

В соответствии с условиями дополнительного соглашения (п.4.2.) абонент осуществляет рассылку коротких текстовых сообщений на телефонные номера только тех Пользователей, которые предоставили Абоненту и/или партнерам Абонента свое согласие на получение рекламных, информационных и иных материалов путем рассылки коротких текстовых сообщений.

ООО «ДЭНИ КОЛЛ» представило в адрес Новосибирского УФАС России документы (вх№1885э от 19.03.19г.), согласно которым, отправителем (распространителем) смс-сообщения, поступившего на абонентский номер «...» в 18 час. 59 мин. 19.09.2018г., идентификатор отправителя: «FitnesCCCP» является ООО «Дэни Технолоджи». Между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «Дэни Технолоджи» заключен Партнерский договор №ДП/SMS-1/01082018 от 13.08.2018г., в соответствии с которым ООО «ДЭНИ КОЛЛ» оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки SMS-сообщений. Условия договора содержат указание на то, что ответственность за распространение рекламы посредством технической возможности ООО «ДЭНИ КОЛЛ», без предварительного

согласия абонента, несет ООО «Дэни Технолоджи». Таким образом, рекламораспространителем рассматриваемой информации является ООО «Дэни Технолоджи».

ООО «Дэни Технолоджи» представило в адрес Новосибирского УФАС России документы (вх№2281э от 29.03.19г.), согласно которым, отправителем (распространителем) смс-сообщения, поступившего на абонентский номер «...» в 18 час. 59 мин. 19.09.2018г., идентификатор отправителя: «FitnesСССР», является ООО «Инновационные технологии». Данная смс-рассылка была осуществлена через технические и программные средства по заказу ООО «Инновационные технологии» (далее - «Заказчик», ОГРН 1177746441840) в рамках исполнения Договора №А300835 от 22 августа 2018г. В соответствии с условиями Договора, заключенного между ООО «Дэни Технолоджи» и Заказчиком, Заказчик обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ (рассылка СМС-сообщений рекламного или иного характера, которая инициирована без согласия абонентов и/или вводящая абонентов в заблуждение относительно характера таких СМС-сообщений или их отправителя), при этом ответственность за содержание СМС-сообщений в любом случае несет Заказчик. Согласно п.3.2.1 Договора, Заказчик самостоятельно выбирает Имена отправителя для проведения СМС-рассылок абонентам.

ООО «Инновационные технологии» представило в адрес Новосибирского УФАС России документы (вх№3438э от 15.05.19г.), согласно которым, отправителем (распространителем) смс-сообщения, поступившего на абонентский номер «...» в 18 час. 59 мин. 19.09.2018г., идентификатор отправителя: «FitnesСССР», является контрагент ООО «Инновационные технологии» по Договору о предоставлении услуг № ИИ-71/17 от 01.07.2017г. - ООО «СМС Аэро» (ИНН 5507109692). Рассылка СМС-сообщений производилась клиентом ООО «СМС Аэро» самостоятельно, ООО «Инновационные технологии» предоставляло доступ к Сервису для осуществления рассылки (не модерировало сообщения, не формировало список абонентских номеров для рассылки, не участвовало в определении получателя) и выполняло техническую функцию. Согласно условиям Договора, Общество с ограниченной ответственностью «СМС Аэро» обязуется обеспечить получение от абонентов, которым планируется отправка сообщений, согласия на получение таких сообщений, а также по первому требованию и в кратчайшие сроки предоставлять ООО «Инновационные технологии» подтверждения наличия согласий абонентов на получение СМС-сообщений (п. 3.2.3., 3.2.5. Договора).

ООО «СМС Аэро» сообщило (вх№5439 от 06.06.19г.), что ООО «СМС Аэро» предоставляет Пользователям, Заказчикам в использование сервис под брендом «SMSAero», располагающийся на сайте <https://smsaero.ru>. в котором возможно осуществление рассылки SMS-сообщений абонентам сотовых операторов. Условием предоставления услуги является регистрация Заказчика на сайте, а также заключение письменного договора возмездного оказания услуг.

29 мая 2017г. между ООО «СМС Аэро» (исполнитель) и ООО «Зебра на Алексеевской» (заказчик) заключен Договор возмездного оказания услуг №1705-000628 от 29 мая 2017 года, предметом которого является предоставление Заказчику доступа к Системе и технической поддержки, посредством которой пользователь может осуществлять SMS-рассылку с помощью Кабинета.

Согласно п. 4.2 Договора Заказчик обязан: довести до сведения Адресатов,

получающих сообщения, информацию о возможности и способе, с помощью которого они могут отказаться от дальнейшего получения сообщений, удалять из базы адресов, телефонных номеров Адресатов, отказавшихся получать рассылку, не совершать каких-либо действий, которые могут нарушить работоспособность сервиса Исполнителя, не производить рассылку спама, нежелательных SMS, Viber - сообщений, SMS, Viber - сообщений рекламного характера, если от Абонента не было получено предварительное согласие на их получение, SMS, Viber -сообщений, приводящих к нарушению работоспособности Системы, SMS, Viber -сообщений оскорбительного или клеветнического характера, разжигающих национальную, расовую или религиозную рознь, а также не использовать Услуги для передачи или приема материалов, нарушающих авторские и другие права, или материалов, противоречащих действующему российскому или международному законодательству.

В силу п. 4.2.6 Договора, Заказчик обязан осуществлять отправку SMS, Viber - сообщений только тем Абонентам, которые выразили свое согласие на получение отправляемых SMS, Viber -сообщений в любой законной форме (подписка через SMS- сообщение, анкета с указанием контактного номера, подписанное заявление или договор, акцепт на оферту, согласие посредством конклюдентных действий и т.д.). В соответствии со ст. 438 ГК РФ акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Акцепт должен быть полным и безоговорочным. При этом «совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте. В соответствии с условиями Пользовательского соглашения, фактически услуги предоставляются пользователю только после получения от него оплаты услуг (п. 3.3, 3.4 соглашения).

ООО «СМС Аэро» предоставляли пользователю услуги по техническому обеспечению передачи информационных массивов абонентам через операторов с использованием сервиса исполнителя. Суть услуг, оказанных ООО «СМС Аэро», заключалась в обеспечении абоненту технической возможности (то есть в создании необходимых условий) для формирования и отправки СМС-сообщений. Определение абонентов и содержание СМС-сообщений в ведение ООО «СМС Аэро» не входило.

Заказчик определяет конечных получателей (абонентов), а Исполнитель создает техническую возможность для отправки (распространения), доставки SMS, Viber - сообщений посредством определенной совокупности технического оборудования и программного обеспечения. Заказчик признает, что в случае возбуждения любого рода дел в отношении Исполнителя в связи с нарушением норм действующего законодательства, допущенных в результате отправки (рассылки) и доставки SMS, Viber -сообщений, отправляемых Заказчиком в рамках настоящего Договора, надлежащим ответственным лицом (в случае нарушения законодательства о рекламе) является Заказчик.

В адрес ООО «СМС Аэро» от ООО «Фитнес на Алексеевской» был предоставлен клубный контракт №44473 от 16.10.2015г., написанная и подписанная физическим лицом, указавшим номер «...», согласно п.2.8 которого он дает согласие на обработку персональных данных, а также на информирование о рекламных акциях

и скидках.

После получения требования о прекращении рассылки абоненту «...», он был незамедлительно удален из базы и добавлен в черный список.

Таким образом, рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Фитнес на Алексеевской».

Рассмотрев материалы дела антимонопольный орган приходит к следующему.

Распространение рекламной информации посредством сетей электросвязи (смс-сообщений) предполагает со стороны рекламодателя определение абонентов, которым должно быть направлено рекламное смс-сообщение.

Обязанность рекламодателя предварительно получить согласие абонента на получение рекламы предполагает совершение им действий, направленных на получение согласия абонента, до начала распространения рекламы по сетям электросвязи.

Исходя из части 1 статьи 18 Закона о рекламе согласие на получение рекламы должно быть получено именно от абонента телефонного номера. Цель законодателя оградить абонентов от нежелательных смс-сообщений, осуществляемых в рекламных целях.

Согласно пункту 1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» абонентом является пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В представленном ООО «Фитнес на Алексеевской» и ООО «СМС Аэро» Клубном контракте №44473 от 16.10.2015г., заполненным физическим лицом, указавшим номер <...> «...», персональные данные отличаются от персональных данных абонента – заявителя. Как было установлено антимонопольным органом, владельцем абонентского номера «...»8, на момент заключения Клубного договора – 16.10.15г., было иное лицо, поскольку данный абонентский номер <...> .03.17г. перешел в пользование по Договору с оператором связи, абоненту – заявителю.

Таким образом, ООО «Фитнес на Алексеевской» не имело на момент направления смс-сообщения надлежащего согласия на получение смс-сообщений ООО «Фитнес на Алексеевской» от абонента: «...», в связи с чем, допустило распространение рекламного смс-сообщения без согласия заявителя.

Комиссией Новосибирского УФАС России по делу №76/18 от 01.07.2019г. реклама, распространенная посредством рассылки 19.09.2018г. в 18:59 на абонентский номер <...> «...» через смс-центр: «...» от отправителя «FitnesCCCP», смс-сообщения следующего содержания: «СССР Алексеевская удивляет! День открытых дверей! До 23.09 Карты от 20900! Бронь «...»», признана ненадлежащей;

а ООО «Фитнес на Алексеевской» (ИНН 7717794134; ОГРН 5147746100486; адрес регистрации: 129626, г. Москва, ул. Новоалексеевская, д. 25; дата регистрации в качестве юридического лица: 15.09.2014г.) нарушившим требования ч.1 ст.18 Закона «О рекламе», согласно которой, 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.

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

Дата совершения административного правонарушения – 19.09.2018г.

Место совершения административного правонарушения – г. Новосибирск.

В соответствии ч. 1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, нарушение рекламоделом, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, 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 должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Таким образом, действия ООО «Фитнес на Алексеевской» (ИНН 7717794134) образуют состав правонарушения, предусмотренного ч.1 ст. 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

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

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.

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.

На основании сведений, размещенных в Едином реестре субъектов малого и среднего предпринимательства, ООО «Фитнес на Алексеевской», является субъектом малого предпринимательства (дата внесения сведений в реестр – 01.08.2016г.).

Данное правонарушение совершено ООО «Фитнес на Алексеевской» впервые, не нанесло вредных последствий, не повлекло 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 не причинило имущественного ущерба.

Учитывая характер правонарушения, при отсутствии смягчающих иотягчающих обстоятельств, установленных ст.4.2, ст.4.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, руководствуясь ст. 3.4,ст.4.1.1,ст.14.3, ст.23.48 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать общество с ограниченной ответственностью «Фитнес на Алексеевской» (ИНН 7717794134; ОГРН 5147746100486; адрес регистрации: 129626, г. Москва, ул. Новоалексеевская, д. 25; дата регистрации в качестве юридического лица: 15.09.2014г.) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях.
2. Применить к ООО «Фитнес на Алексеевской» меру административной ответственности в виде предупреждения.

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1 – 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Заместитель руководителя управления –

начальник отдела рекламы

И.В. Волохина

Постановление о назначении административного наказания выдано «___» _____
г.

Постановление о назначении административного наказания вступило в законную силу
«___» _____ г.