

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу № 126-14.3ч.1/18 об административном правонарушении

17 января 2019 года г. Челябинск

Я, заместитель руководителя - начальник отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области, рассмотрев материалы административного дела № 126-14.3ч.1/2018, возбужденного в отношении общества с ограниченной ответственностью «О'КЕУ», по факту поступления 20 февраля 2018 года в 14:07 на телефонный номер смс-сообщения: «-40% бритые, -61% муж рубаш/белье/носки, 389 р/кг креветки корол 21-22.02» от отправителя под буквенным обозначением «О'КЕУ» без согласия абонента с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях,

в отсутствие представителя ООО «О'КЕУ», извещенного о месте и времени рассмотрения дела № 126-14.3ч.1/18 об административном правонарушении, что подтверждается данными с сайта «Почта России»,

в присутствии специалиста-эксперта отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС,

исследовав материалы дела,

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) поступило заявление физического лица по факту поступления 20 февраля 2018 года в 14:07 на телефонный номер смс-сообщения: «-40% бритые, -61% муж рубаш/белье/носки, 389 р/кг креветки корол 21-22.02» от отправителя под буквенным обозначением «О'КЕУ» без предварительного согласия абонента.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи, телефонный номер <...> -903-091-16-54 входит в ресурс нумерации оператора связи ПАО «Вымпел-Коммуникации».

ПАО «Вымпел-Коммуникации» представило письменные пояснения, согласно

которым смс-сообщения на абонентский номер от отправителя под буквенным обозначением «O'KEY» зафиксированы в системе биллинга оператора связи как отправленные 20 февраля 2018 г. в 14:07. Рекламораспространителем смс-сообщения 20 февраля 2018 г. на абонентский номер является Общество с ограниченной ответственностью «ДЭНИ КОЛЛ». Согласие абонента с номером на получение уведомлений рекламного характера от ООО «ДЭНИ КОЛЛ» должен получить рекламораспространитель.

На запрос Челябинского УФАС России ООО «Дэни Колл» представило письменные пояснения, согласно которым Общество не является заказчиком и рекламораспространителем рассылки данного сообщения. Между ООО «ДЭНИ КОЛЛ» и ООО «СМС Трафик» заключен Партнерский договор от 01.12.2017г. в соответствии с которым Общество оказывает услуги по предоставлению исключительно технической возможности для рассылки SMS-сообщений.

В соответствии с п.4.3 вышеуказанного договора, компания ООО «СМС Трафик» самостоятельно формирует SMS-сообщения, иницирует отправку SMS-сообщения и HLR-запросов, производит выбор конкретных настроек и опций оказания Услуг и совершает другие действия в рамках оказания ООО «ДЭНИ КОЛЛ» Услуг по Договору.

ООО «СМС Трафик» представило письменные пояснения, согласно которым на абонентский номер было направлено смс-сообщение 20.02.2018 в 14:07 от имени отправителя «O'KEY». Инициатором рассылки данного сообщения является ООО «O'KEY».

От ООО «СМС Трафик» в адрес ООО «O'KEY» был направлен запрос о предоставлении предварительного согласия. ООО «O'KEY» представило анкету клиента.

В соответствии с договором №228/17 от 01.07.2017 года (далее-Договор), заключенным между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ООО «O'KEY» (Заказчик), Исполнитель по заданию Заказчика оказывает последнему услуги по рассылке рекламно-информационных сообщений, осуществляемой посредством сети подвижной радиотелефонной связи и электросвязи, а также обязуется оказывать дополнительные услуги, в том числе, но не ограничиваясь, разработку шаблонов и макетов для вышеуказанных рассылок.

Согласно п.п. 5 п. 3.1 Договора Исполнитель предоставляет Заказчику доступ к Личному кабинету, расположенному на сайте Исполнителя. Доступ предоставляется Заказчику в целях управления рассылками, включая создание рассылок, изменение списка получателей рассылок, предварительный расчет стоимости рассылок, получение информации о балансе, а также статистики о произведенных рассылках.

Работа комплекса ООО «СМС Трафик» основана на изобретении «Способ взаимодействия системы контент-провайдера с агрегатом для пакетной

передачи смс-сообщений» (патент на изобретение № 2498529, приоритет от 15 мая 2012).

Согласно пп. 7 п. 3.1. Договора Исполнитель обязан проверять соответствие предоставленных Заказчиком рекламно-информационных материалов требованиям действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, согласно п. 3.2 Договора Заказчик обязан предоставлять Исполнителю все исходные сведения, необходимые для оказания услуг. К таковым относятся, в частности, подтверждение получения согласия Абонента на рассылку и любая иная информация, необходимая для проверки соблюдения Заказчиком требований законодательства РФ.

ООО «СМС Трафик» сообщает, что не может получить согласие самостоятельно или каким-либо образом взаимодействовать с абонентом.

ООО «О'KEY» была предоставлена анкета клиента, в которой выражено согласие абонента на получение смс-рассылки. В данной анкете также содержится условие, предусматривающее возможность отзыва согласия на распространение смс-рекламы, о чем Абонент должен уведомить ООО «О'KEY». Заявление Абонента об отказе от получения сообщений в адрес ООО «СМС Трафик» не поступало. Сообщение направлялось держателю дисконтной карты ООО «О'KEY» <...>, ООО «СМС Трафик» не могло быть известно о неверном указании в анкете владельца абонентского номера.

Таким, образом, предоставляя ООО «О'KEY» доступ к Системе, ООО «СМС Трафик» поясняет, что действовало добросовестно, им были приняты все возможные меры по соблюдению законодательства о рекламе. ООО «СМС Трафик» не может нести ответственность за действия третьих лиц и не может быть признано лицом, в чьих действиях содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе.

ООО «СМС Трафик» требует от клиента гарантировать предоставление всех данных, необходимых для проверки сообщений на предмет соответствия действующему законодательству, так как самостоятельно ООО «СМС Трафик», не вступая в непосредственное взаимодействие с абонентом, получить указанные данные не может.

В материалы дела представлена копия анкеты, из которой усматривается, что согласие абонента на получение смс-сообщений с рекламой выразила гр. Комарова Екатерина Ростиславовна, однако, владельцем номера является иное лицо, которое утверждает, что не давал согласия на рассылку СМС-сообщений с рекламой.

ООО «О'KEY» представило письменные пояснения, согласно которым рассылка смс-сообщений о товарах Общества осуществляется только на номера телефонов, владельцы которых заполнили анкету при получении карты постоянного покупателя и дали согласие на получение рассылок рекламного характера.

На телефонный номер организацией ООО «СМС Трафик» осуществлялась рассылка смс-сообщений, так как имелась анкета на <...> с явно выраженным согласием на обработку персональных данных и на получение информации рекламного характера.

При обработке анкеты у ООО «О'KEY» не было оснований полагать, что номер телефона, указанный покупателем не принадлежит ему, поскольку анкета содержит следующий текст: «Настоящим я подтверждаю свое безусловное согласие на обработку любым способом моих вышеуказанных персональных данных».

Таким образом ООО «О'KEY» считает, что покупатели действуют добросовестно и указывают свои персональные данные и дают согласие на получение смс-рассылок на указанный ими свой номер телефона.

ООО «О'KEY» считает, что согласие на получение рекламной информации от покупателя получено и, следовательно, есть все основания для рассылки смс-сообщений на указанный в анкете номер телефона.

Также ООО «О'KEY» поясняет, что в случае обращения покупателя с просьбой прекратить обработку его персональных данных и/или прекратить рассылку рекламных сообщений, Общество всегда оперативно реагирует на запрос и исключает номер из базы данных для рассылки смс-сообщений.

От владельца указанного номера запрос о прекращении смс-рассылок не поступал.

В настоящее время рассылка смс-сообщений с рекламой на номер прекращена, номер удален из базы данных постоянных покупателей ООО «О'KEY».

Рассмотрение заявления и материалов приводит к следующим выводам.

Заявителю на его телефонный номер <...> февраля 2018 года поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под буквенным обозначением «О'KEY» без его предварительного согласия.

Согласно статье 3 Федерального закона «О рекламе» 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.

Информация, поступившая 20 февраля 2018 года заявителю на его телефонный номер <...> в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к конкретным товарам – одежда, продукты питания.

В силу части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»

распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно [статье 2](#) Федерального закона «О связи», это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - 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, не докажет, что такое согласие было получено.

При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено, что отражено в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Часть 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» устанавливает, что рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем указанного смс-сообщения является ООО «O'KEY» ввиду следующего.

В соответствии с договором на оказание услуг № 228/17 от 1 июля 2017 года, заключенного между ООО «O'KEY» (Заказчик) и ООО «СМС Трафик» (Исполнитель), Исполнитель обязуется оказывать, а Заказчик принимать и оплачивать услуги по рассылке рекламно-информационных сообщений, осуществляемой посредством сети подвижной радиотелефонной связи и электросвязи, а также обязуется оказывать дополнительные услуги, в том числе, но, не ограничиваясь, разработку шаблонов и макетов для вышеуказанных рассылок.

Согласно пп. 7 п. 3.1. договора Исполнитель обязан проверять соответствие предоставленных Заказчиком рекламно-информационных материалов требованиям действующего законодательства о рекламе.

В силу пп. 3.2. п. 3 Заказчик обязан предоставлять Исполнителю исходные

сведения, необходимые для оказания услуг по договору.

К таковым, в пояснении ООО «СМС Трафик» относятся, в частности, подтверждение получения согласия Абонента на рассылку и любая иная информация, необходимая для проверки соблюдения Заказчиком требований законодательства РФ.

Таким образом, ООО «O'KEY» обязан получить предварительное согласие от Абонента, на номер телефона которого будет производиться отправка смс-сообщений.

В материалах отсутствуют документы, свидетельствующие о получении ООО «O'KEY» предварительного согласия абонента на распространение ему рекламы по сетям электросвязи.

Из анализа документов следует, что согласие абонента на получение смс-сообщений с рекламой выразила <...>, однако владельцем номера +<...> является иное лицо, которое утверждает, что не давал согласия на рассылку СМС-сообщений с рекламой.

Таким образом, общество перед направлением рекламного сообщения абоненту от отправителя под буквенным обозначением «O'KEY» должно убедиться в том, что получатель рекламного сообщения дал предварительное согласие на его получение.

При рассмотрении дела не получены документы, иные материалы, что ООО «O'KEY», как рекламораспространителем данной рассылки СМС-сообщений с рекламой, приняты меры по идентификации абонента, а также о принадлежности телефонного номера лицу, заполнившему анкету владельца карты постоянного покупателя, в которой содержится согласие на получение СМС-сообщений с рекламной информацией непосредственно перед направлением рекламы по сетям электросвязи посредством СМС-сообщения, например, запрос абоненту телефонного номера перед направлением рекламной информации на его номер о принадлежности номера в форме предварительного звонка или смс-сообщения, о возможности направления рассылки рекламного характера и так далее.

Из анализа норм Федерального закона «О связи», Федерального закона «О рекламе» следует, что заказчик рассылки СМС-сообщений должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

Документов, материалов, указывающих, что ООО «O'KEY» приняты все достаточные меры по соблюдению требований статьи 44.1 Федерального закона «О связи», части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при направлении СМС-сообщений с рекламой на номер абонента Челябинским УФАС России при рассмотрении дела не получено, обществом не

предоставлено.

В силу статьи 44.1 Федерального закона «О связи» обязанность по идентификации абонента перед направлением ему СМС-сообщений, в том числе рекламного характера возложена на заказчика рассылки в случае, если рассылка осуществлялась по его инициативе.

Условие о предварительном согласии абонента на распространение рекламы по сетям электросвязи следует из части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Таким образом, с учетом того, что абоненты имеют возможность смены телефонных номеров, а также при условии, что нормы законодательства Российской Федерации о рекламе предполагают направление рекламы посредством использования сетей электросвязи только с предварительного согласия абонента ООО «O'KEY», являясь распространителем рассылки СМС-сообщений с рекламой, могло принять все возможные меры по установлению принадлежности телефонного номера конкретному лицу, а также по получению предварительного согласия абонента на распространение рекламы. Такие меры ООО «O'KEY» не приняты, в связи с чем допущено нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», а именно заявителю (абоненту телефонного номера) поступило СМС-сообщение с рекламой без его предварительного согласия.

Пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Рекламораспространителем является ООО «O'KEY» как лицо, осуществившее распространение рекламы по сетям электросвязи на основании договора на оказание услуг № 228/17 от 1 июля 2017 г., заключенного с ООО «СМС Трафик».

Распространение ненадлежащей рекламы также установлено решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 11 октября 2018 года по делу № 37-08/2018.

Частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-5 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; должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста до пятисот тысяч рублей.

Статья 1.5. КоАП РФ устанавливает, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Материалами дела установлено, что ООО «О'KEY» в отсутствие объективно непреодолимых препятствий, имело реальную возможность не распространять рекламу путем направления 20 февраля 2018 года в 14:07 на телефонный номер смс-сообщения: «-40% бритве, -61% муж рубаш/белье/носки, 389 р/кг кровати корол 21-22.02» от отправителя под буквенным обозначением «О'KEY» с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», однако им не были приняты соответствующие меры, что доказывает факт наличия у ООО «О'KEY» вины в совершении вменяемого ему нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Вина ООО «О'KEY» выразилась в ненадлежащем исполнении обязанности по соблюдению требований рекламного законодательства при распространении рекламы путем рассылки смс-сообщения от отправителя под буквенным обозначением «О'KEY» без предварительного согласия абонента, в результате чего были нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Срок давности привлечения к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, составляет один год со дня совершения административного правонарушения (часть 1 статьи 4.5 КоАП РФ).

Согласно правовой позиции, изложенной в пункте 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 8.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» рассматривая дела о привлечении лиц к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе, суды должны учитывать, что срок давности привлечения к административной ответственности начинает течь с момента совершения такого правонарушения, а не с момента принятия антимонопольным органом решения о нарушении законодательства о рекламе.

20 февраля 2018 года заявителю на его телефонный номер поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под буквенным обозначением «О'KEY» без его предварительного согласия, соответственно, срок привлечения к административной ответственности, рекламодателя данной рекламы, ООО «О'KEY» истекает 20 февраля 2019 года.

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих ООО «О'KEY» надлежащему соблюдению требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», Челябинским УФАС России не выявлено.

У ООО «О'KEY» отсутствовали препятствия и имелась возможность для соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно – для соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». Однако ООО «О'KEY» не приняло необходимых и достаточных мер по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе.

При таких обстоятельствах ООО «О'KEY» признается виновным в совершении

административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обстоятельств, исключающих вину ООО «О'KEY» в совершении данного административного правонарушения, а также обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении при совершении данного административного правонарушения, не установлено.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, предусмотренных статьей 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не установлено.

В соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

Должностным лицом Челябинского УФАС России при вынесении постановления в отношении ООО «О'KEY» принято во внимание, что Общество впервые совершило нарушение рекламного законодательства, устранило допущенные правонарушения, материалы, свидетельствующие о причинении имущественного ущерба либо вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, отсутствуют.

С учетом изложенного, ООО «О'KEY» может быть назначено наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного санкцией части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, а именно – административный штраф в размере 50000 (пятьдесят тысяч) рублей.

Руководствуясь статьями 4.1.1., 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать общество с ограниченной ответственностью «О'KEY» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Применить к ООО «О'КЕУ» административное наказание в виде административного штрафа за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в размере **50000 (пятидесяти тысяч) рублей**.