

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу об административном правонарушении

город Омск

Дело №

14 марта 2023 года

055/04/14.3-
232/2023

Заместитель руководителя управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) <...>, рассмотрев протокол об административном правонарушении от 28.02.2023 и другие материалы дела, возбужденного по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) в отношении общества с ограниченной ответственностью «О КЕЙ» (ИНН 7826087713, ОГРН 1027810304950, юридический адрес: <...>, далее – ООО «О КЕЙ», Общество),

в присутствии защитника ООО «О КЕЙ» <...> (доверенность от 18.08.2022 № ОК/22-6646)

У С Т А Н О В И Л А:

Решением Комиссии Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 24.01.2023 по делу № 055/05/18-965/2022 реклама, распространенная ООО «О КЕЙ» 25.08.2022 в 13:13 час., 30.08.2022 в 13:55 час., 01.09.2022 в 17:16 час., 08.09.2022 в 14:56 час. и 13.09.2022 в 15:10 час. от абонента, имеющего обозначение «O'KEY», посредством смс-сообщений в адрес гражданина (абонентский номер <...>), была признана ненадлежащей, нарушающей требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»).

Комиссией Омского УФАС России также было принято решение о передаче материалов дела уполномоченному должностному лицу Омского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

Протоколом об административном правонарушении от 28.02.2023 в отношении ООО «О КЕЙ» возбуждено дело № 055/04/14.3-232/2023 по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Доказательствами по делу об административном правонарушении, установленными протоколом и другими документами, подтверждено следующее.

В результате рассмотрения материалов дела установлено следующее. В адрес Омского УФАС России из ФАС России поступило заявления <...> по факту направления на принадлежащий ей абонентский номер <...> от абонента, имеющего обозначение «O'KEY», смс-сообщений рекламного характера:

- 25.08.2022 в 13:13 час. смс-сообщение: «279.99 р /кг филе цыпленка ТЧН!, - 25% йогурты, творожные сырники 25-28.08»;
- 30.08.2022 в 13:55 час. смс-сообщение: «-40% торты, -35% конфеты в коробках, - 50% канцтовары 30.08-1.09»;
- 01.09.2022 в 17:16 час. смс-сообщение: «39.99 р/кг томаты сливовидные, 69.99 р/кг виноград

КИШМИШ 2-4.09»;

- 08.09.2022 в 14:56 час. смс-сообщение: «289.99 р/кг свинина карбонад, - 40% колбасы вареные 9- 11.09.2022»;

- 13.09.2022 в 15:10 час. смс-сообщение: «-20% на день рождения! Действует 1 раз по карте **9461. Код 170694742».

Кроме того, в своем обращении заявитель указывает, что 01.09.2022 в 17:32 час. посредством электронной почты она направила сообщение на электронный адрес ООО «О КЕЙ» с требованием незамедлительно прекратить рассылку сообщений рекламного характера на абонентский номер <...>, однако рассылка не прекратилась.

Согласно информации из Базы данных перенесенных абонентских номеров, абонентский номер <...> принадлежит к ресурсу нумерации ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» была представлена информация, согласно которой направление смс-сообщений абоненту <...> от абонента, имеющего обозначение «О'КЕЙ», осуществлялось ПАО «Мегафон».

По информации ПАО «Мегафон» отправка вышеуказанных смс-сообщений была осуществлена на основании договора № 100445733 от 01.06.2022, заключенного между ПАО «Мегафон» и ООО «О'КЕЙ».

На запрос Омского УФАС России 07.12.2022 ООО «О КЕЙ» представлена информация, согласно которой «Согласие на получение рекламной рассылки на номер <...> дано 21.02.2010 <...>. О том, что в настоящее время данный номер используется <...>, ООО «О КЕЙ» не знало и не могло знать...

... ООО «О КЕЙ» прекратило обработку номера <...>...».

14.12.2022 ООО «О КЕЙ» представлены пояснения, согласно которым «Согласие на получение рекламной рассылки на номер <...> дано 21.02.2010 <...>...

... ООО «О КЕЙ» не может нести ответственность за допущенные <...> нарушения или, в их отсутствие, за нарушение оператором связи положений законодательства «О связи», равно как и любые иные действия указанных лиц, не подконтрольные ООО «О КЕЙ». При этом ООО «О КЕЙ» не имело возможности заключить с оператором договор, на основании которого оператор сообщил бы ООО «О КЕЙ» о том, что номер передан новому абоненту (ст. 53 Федерального закона «О связи»).

Таким образом, ООО «О КЕЙ» были приняты все зависящие от него меры по соблюдению правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность...».

19.12.2022 в адрес Омского УФАС России от ООО «О КЕЙ» поступили дополнительные пояснения, согласно которым «1. В рассматриваемом случае рассылки на номер <...> осуществлялись от имени ООО «О КЕЙ» в полном соответствии с действующим законодательством РФ.

Начиная с 21.02.2016 года ООО «О КЕЙ» имел разрешение клиента на направление ему информационных и рекламных рассылок. В подтверждение данного факта ООО «О КЕЙ» была представлена копия собственноручно заполненной анкеты. В связи с тем, что анкета заполнена в режиме онлайн в стационарном Гипермаркете, личность клиента была проверена и соответствовала действительности.

Со своей стороны ООО «О КЕЙ» добросовестно исполняло обязанности, возложенные на него нормами действующего законодательства: разрешение было получено, заключен договор на осуществление рассылки, рассылка прекращена в момент получение информации из УФАС о наличии претензий со стороны <...>.

Обращаем особое внимание на тот факт, что <...> на обращалась непосредственно в ООО «О КЕЙ» с просьбой прекратить рассылку рекламных сообщений, несмотря на то, что все контакты ООО «О КЕЙ» находятся в свободном доступе. В случае обращения физического лица с жалобой на рассылку, рассылка была бы прекращена до выяснения ситуации.

Обращение <...> в первую очередь в контролирующую инстанцию лишило ООО «О КЕЙ» возможности разрешить вопрос в добровольном порядке, а учитывая отсутствие вины ООО «О КЕЙ» в сложившейся ситуации, обращение с жалобой может рассматриваться как злоупотребление правом, при котором защита прав не осуществляется...

... ООО «О КЕЙ» не согласно с тем, что в Определении о возбуждении дела ООО «О КЕЙ» определен в качестве рекламораспространителя. В данном случае ООО «О КЕЙ» является рекламодателем. Рекламодатель – изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо. Распространение спорной рекламы осуществлялось в рамках Договора № 100445733 от 01.06.2022г., заключенного с ПАО «МегаФон».

Условия договора следующие:

п.2.1 Исполнитель обязуется оказывать Заказчику услугу «Мегафон Хаб», предусматривающую доступ к Системе, в том числе проводить необходимые технические и организационные мероприятия по обработке сообщений с помощью Системы, обеспечивающие прием Сообщений Абонентами или от Абонентов и передачу Сообщений Операторами Абонентам.

п. 2.5 В рамках оказания услуг Оператор осуществляет размещение РИМ посредством каналов коммуникации среди Конечных получателей (Абонентов), являющихся Абонентами других операторов связи России, пользователями услуг Партнеров, при условии наличия у Оператора технической возможности совершения таких действий.

п. 3 Правил оказания услуг (Приложение № 4) Передача информации (текст Сообщений, телефон и доп. информация) переходят от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет. По совокупности указанных пунктов и условиям сотрудничества ООО «О КЕЙ» определяет объект рекламирования и передает список абонентов, которым реклама должна быть направлена, а ПАО «МегаФон» непосредственно осуществляет размещение РИМ.

Таким образом, рекламораспространителем рекламы является не ООО «О КЕЙ», а ПАО «МегаФон»...

...В связи с этим, просим привлечь ПАО «МегаФон», являющегося рекламораспространителем, в качестве лица, участвующего в деле...

...В рамках рассмотрения настоящего дела со стороны ООО «О КЕЙ» было предоставлено согласие клиента на получение рекламных рассылок на номер телефона <...>, в связи с чем отсутствует факт нарушения требований законодательства «О рекламе».

ООО «О КЕЙ» приняты достаточные меры по соблюдению требований законодательства о рекламе при направлении смссообщения рекламного характера...».

19.01.2023 ООО «О КЕЙ» дополнительно представлена информация, согласно которой «...В

материалах дела имеется письмо с адреса <...> следующего содержания: «Незамедлительно прекратить рассылку сообщений рекламного характера на мобильный номер <...>». На указанное письмо со стороны ООО «О КЕЙ» был предоставлен ответ: «Здравствуйте! Отключить получение уведомлений Вы можете в личном кабинете на сайте okmarket.ru или мобильном приложении ОКЕЙ, либо обратившись на горячую линию по номеру 8-800-250-00-08, звонок бесплатный».

В соответствии с п. 8.4 Правил программы лояльности ООО «О КЕЙ» участник вправе отказаться от рассылки «О КЕЙ» одним из следующих способов:

- Для отказа от рассылок по электронной почте в письме с рассылкой от «О КЕЙ» нажать на кнопку «Отписаться от рассылки».

- Для отказа от получения смс-рассылок позвонить по телефону Колл-Центра Программы и сообщить об отказе.

Именно такие действия было предложено осуществить лицу, обращающемуся с просьбой прекратить рассылку, в соответствии с установленным в компании порядком. Однако звонков на горячую линию с просьбой прекратить рассылки не поступало, что подтверждается письмом от ООО «ТЕЛЕКОНТАКТ». Как видно из текста обращения в адрес ООО «О КЕЙ»: в письме отсутствует какая-либо подпись, позволяющая идентифицировать отправителя письма, что не дает возможности исполнить анонимную просьбу прекратить рассылку, так как неизвестно кто такое сообщение направил. Обращаем внимание на то, что если бы <...> воспользовалась установленным порядком извещения ООО «О КЕЙ» об отказе от рассылок, рассылки были бы незамедлительно остановлены, однако со стороны Заявителя таких действий предпринято не было. Установление определенного порядка имеет целью именно своевременное удовлетворение требований клиентов и учет всех поступающих обращений...».

На заседании Комиссии представитель ООО «О КЕЙ» также указала, что при оформлении анкеты в 2016 году авторизационных сообщений ООО «О КЕЙ» на номер, указанный в анкете не направлялось. Эта функция появилась позже.

Дополнительно ООО «Т2 Мобайл» представлена информация, исходя из которой в период с 18.08.2006 по настоящее время абонентский номер <...> <...> не использовался.

ПАО «МегаФон» представлена информация, согласно которой: «...Отправка указанных в определении SMS-сообщений была осуществлена на основании договора № 100445733 от 01.06.2022 (далее – «Договор»).

В соответствии с Договором, Общество обязуется оказывать Заказчику - ООО «О КЕЙ» комплексную услугу «МегаФон Хаб», предусматривающую доступ к Системе, в том числе проводить необходимые технические и организационные мероприятия по обработке Сообщений с помощью Системы, обеспечивающие прием сообщений Абонентами или от Абонентов и передачу сообщений Операторами Абонентам. Оператор осуществляет размещение РИМ посредством каналов коммуникаций среди конечных получателей (абонентов), являющихся абонентами других операторов связи России, пользователями услуг партнеров, при условии наличия у Оператора технической возможности совершения таких действий.

Согласно п. 3.2.2 Договора, в случае отправки сообщений по перечню Заказчика, ООО «О'КЕЙ», являясь Заказчиком, обязано в порядке, предусмотренном действующим законодательством Российской Федерации получить от абонента предварительное согласие на получение сообщений посредством SMS/MMS – сообщений, электронных сообщений в мессенджере Viber, сообщений электронной почты, электронных сообщений в

мессенджере WhatsApp, сообщений в аккаунты социальных сетей от корпоративного клиента или иным образом. Договором определено, что согласие абонента должно быть получено в форме, достаточной для идентификации и подтверждения его волеизъявления на получение РИМ посредством соответствующего канала коммуникации партнера от заказчика и должно в обязательном порядке содержать абонентский номер/адрес электронной почты и/или иной идентификатор, по которому абонент предоставил согласие на получение РИМ через SMS/MMS – сообщения, должен быть указан в соответствии с международным форматом. Использование услуги Заказчиком для размещения РИМ среди абонентов из перечня Заказчика означает наличие у Заказчика предварительного согласия абонента на получение РИМ посредством сообщений от Заказчика. Сообщение считается отправленным без предварительного согласия абонента, если заказчик не докажет, что такое согласие было получено...

...Соответственно, информация о наличии согласия абонента <...> на получение рекламы от отправителя «O'KEY» может быть получена у Заказчика.

Обществом были приняты все зависящие от него меры по соблюдению контрагентами требований законодательства, в т.ч. в договоре с Заказчиком предусмотрены вышеуказанные обязательства Заказчика и меры ответственности за их неисполнение. ПАО «МегаФон» не может предвидеть, что Заказчиком и/или его клиентами будут нарушаться положения договора, а также законодательства в сфере рекламы и связи, и исходит из презумпции добросовестности участников гражданского оборота.

Таким образом, ПАО «МегаФон» не допущено нарушений законодательства Российской Федерации о рекламе».

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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;

объект рекламирования - это товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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.

Распространенная в адрес заявителя (абонентский номер <...>) от абонента, имеющего обозначение «O'KEY», информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена по сетям электросвязи, направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования – товарам, реализуемым в гипермаркетах «O'KEY».

При этом указанная информация распространена с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена без ее предварительного согласия на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального 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 именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на

получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

Исходя из 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.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Учитывая, что абонентский номер <...> на основании договора от 30.12.2021 б/н, заключенного между <...> и ООО «Т2 Мобайл», используется заявителем, при этом согласие <...> на получение рекламной информации от ООО «О КЕЙ» (иного лица) в адрес Омского УФАС России не представлено, следовательно, реклама ООО «О КЕЙ» распространена в адрес заявителя 25.08.2022 в 13:13 час., 30.08.2022 в 13:55 час., 01.09.2022 в 17:16 час., 08.09.2022 в 14:56 час. и 13.09.2022 в 15:10 час. с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно пункту 2.1 договора № 100445733 от 01.06.2022, заключенного между ПАО «МегаФон» и ООО «О'КЕЙ» (далее – Договор) Оператор (ПАО «МегаФон») обязуется оказать Заказчику (ООО «О'КЕЙ») услугу «МегаФон Хаб», предусматривающую доступ к Системе, в том числе проводить необходимые технические и организационные мероприятия по обработке Сообщений с помощью Системы, обеспечивающие прием Сообщений Абонентами или от Абонентов и передачу Сообщений Операторами Абонентам, а Заказчик обязуется принимать оплачивать Услуги на условиях, предусмотренных Договором.

На основании пункта 1.23 Договора «Система» или «Интерфейс» - принадлежащий

Исполнителю (ПАО «МегаФон») программно-аппаратный комплекс, который позволяет обрабатывать Сообщения в автоматическом режиме без участия Исполнителя, если иное не предусмотрено соглашением сторон, и с помощью которого стороны обмениваются информацией, касающейся исполнения Договора.

В силу пункта 3.2.2 Договора в случае отправки сообщений по перечню Заказчика, ООО «О'КЕЙ» обязано получить от абонента предварительное согласие на получение сообщений посредством SMS/MMS – сообщений, электронных сообщений в мессенджере Viber, сообщений электронной почты, электронных сообщений в мессенджере WhatsApp, сообщений в аккаунты социальных сетей от корпоративного клиента или иным образом.

Учитывая, что ПАО «МегаФон» обеспечивает лишь техническую возможность передачи смс-сообщений от ООО «О'КЕЙ» до конечных получателей, самостоятельно не определяет конечных абонентов (отправка сообщений осуществляется по перечню Заказчика), следовательно, в данном случае ПАО «МегаФон» не может рассматриваться в качестве рекламодателя.

Статус рекламодателя в случае распространения рекламных рассылок по сети электросвязи фактически имеет лицо, по чьей инициативе происходит рассылка, то есть либо заказчик рассылки, инициировавший рекламную рассылку в рамках соответствующего договора на ее осуществление, либо непосредственно сам оператор связи, если рассылка происходит по его инициативе.

Само по себе создание сети связи и поддержание ее работы соответствующим оператором не может быть приравнено к распространению рекламы.

Таким образом, исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ООО «О'КЕЙ» является рекламодателем, инициировавшим осуществление рассылки рекламы без согласия абонента с использованием технических средств ПАО «МегаФон» на основании заключенного договора.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе», несет рекламодатель

На основании **части 1 статьи 14.3 КоАП РФ** нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 10 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, ООО «О'КЕЙ», имея возможность для соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», не приняв все зависящие от Общества меры по их соблюдению, распространив ненадлежащую рекламу, совершило административное правонарушение, ответственность за которого предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения: г. Омск.

Время совершения административного правонарушения: 25.08.2022 в 13:13 час., 30.08.2022 в 13:55 час., 01.09.2022 в 17:16 час., 08.09.2022 в 14:56 час. и 13.09.2022 в 15:10 час.

Протокол по делу об административном правонарушении № 055/04/14.3-232/2023 составлен 28.02.2023 уполномоченным должностным лицом Омского УФАС России в присутствии защитника ООО «О'КЕЙ» <...>.

Копии определения о назначении времени и месте рассмотрения дела были направлены по юридическому адресу ООО «О'КЕЙ» заказным письмом от 01.03.2023 исх. № ТШ/1339/23, и, согласно информации, размещенной на официальном сайте ФГУП «Почта России» (<http://www.russianpost.ru>), указанное письмо Омского УФАС России (трек-номер <...>) получено адресатом 09.03.2023.

10.03.2023 в адрес Омского УФАС России поступили возражения ООО «О'КЕЙ» на протокол об административном правонарушении от 28.02.2023 по делу № 055/04/14.3-232/2023, согласно которым: «...ООО «О'КЕЙ» не согласно с составленным протоколом, просит приобщить к материалам административного дела настоящие возражения на основании п. 4 ст. 28.2 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее - КоАП РФ).

1. Отсутствует состав административного правонарушения.

В соответствии с п. 1 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.

П. 1 ст. 1.5 КоАП РФ предусматривает, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина. Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него 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.

В данном случае вина ООО «О'КЕЙ», как в форме умысла, так и в форме неосторожности, в распространении сообщений на абонентский номер <...> отсутствует, так как на момент распространения у ООО «О'КЕЙ» имелась заполненная анкета <...> с согласием на получение рассылок рекламного и информационного характера на номер <...>. Информацией о том, что у номера сменился абонент ООО «О'КЕЙ» не обладало и не могло обладать. Как следует из информации, представленной ООО «Теле2», у данного номера на протяжении времени имелось несколько владельцев, но никто из них не заявлял, начиная с 2016 года, о том, что не согласен на получение рассылок. То есть ООО «О'КЕЙ» не знало и не могло знать и не могло даже предполагать о переходе номера от одного абонента другому. Тот факт, что при даче согласия в 2016 году гражданка <...> не владела номером <...> не имеет юридического значения. Верификация номера никак не может подтвердить факт того, что именно человек, держащий в руках телефон с определенным номером, заключил договор услуг с оператором связи, точно также верификация не защитит добросовестных рекламодателей от перехода номера от одного абонента другому. В данном случае должен применяться следующий подход: наличие у организации-рекламодателя согласия на получение рассылок на определенный номер должно расцениваться как надлежащим образом полученное согласие вне зависимости от последующей смены абонентов.

В протоколе сделан вывод о том, что ООО «О'КЕЙ» имело возможность соблюдения требований законодательства и не предприняло все зависящие от него меры, при этом не указано каким образом общество могло соблюсти требования законодательства в конкретной ситуации и не указано какие меры должно было предпринять. Рассматриваемая ситуация не является линейной, при ее рассмотрении должны приниматься во внимание все особенности и должно быть конкретно указано что в таких ситуациях должно предпринять общество для того, чтобы не быть привлеченным к административной ответственности.

На основании вышеизложенного, в действиях ООО «О'КЕЙ» отсутствует состав правонарушения, ООО «О'КЕЙ» не имело возможности для соблюдения требований ч. 1 ст. 18

ФЗ «О рекламе», предприняло со своей стороны все зависящие от него меры по их соблюдению. ООО «О'КЕЙ» не осознавало и не предвидело наступление вредных последствий, не желало их наступления, при этом не могло и не должно было их предвидеть, так как осуществляло свои действия при должной степени заботливости и осмотрительности.

2. Юридическое лицо освобождается от ответственности в случае привлечения к ответственности должностного лица.

В соответствии с ч. 4 ст. 2.1. КоАП РФ юридическое лицо не подлежит административной ответственности за совершение административного правонарушения, за которое должностное лицо или иной работник данного юридического лица привлечены к административной ответственности либо его единоличный исполнительный орган, имеющий статус юридического лица, привлечен к административной ответственности, если таким юридическим лицом были приняты все предусмотренные законодательством Российской Федерации меры для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность.

В связи с тем, что в отношении должностного лица ООО «О'КЕЙ» <...> также составлен протокол и возбуждено дело об административном правонарушении, то основания для привлечения самого общества отсутствуют. Действуя разумно и добросовестно, ООО «О'КЕЙ» получило согласие на получение рекламных рассылок на номер <...>, на протяжении длительного времени осуществляло рассылки, на которые не поступало никаких жалоб, что презюмировалось как надлежащим образом осуществленные рассылки, а также назначило конкретное должностное лицо, которое должно было осуществлять контроль за рекламными материалами.

3. В данном деле усматривается злоупотребление правом со стороны заявителя жалобы.

В соответствии со ст. 10 ГК РФ не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу.

В данном случае обращение в контролирующую инстанцию вместо обращения к рекламодателю в порядке, который предусмотрен у последнего, может рассматриваться как злоупотребление правом, при котором заявителю отказывают в защите принадлежащего ему права.

В материалах дела имеется письмо с адреса <...> следующего содержания: «Незамедлительно прекратить рассылку сообщений рекламного характера на мобильный номер <...>». На указанное письмо со стороны ООО «О'КЕЙ» был предоставлен ответ: «Здравствуйте! Отключить получение уведомлений Вы можете в личном кабинете на сайте oknmarket.ru или мобильном приложении ОКЕЙ, либо обратившись на горячую линию по номеру 8-800-250-00-08, звонок бесплатный».

В соответствии с п. 8.4. Правил программы лояльности ООО «О'КЕЙ» участник вправе отказаться от рассылки «О'КЕЙ» одним из следующим способом:

Для отказа от рассылок по электронной почте в письме с рассылкой от «О'КЕЙ» нажать на кнопку «Отписаться от рассылки».

Для отказа от получения смс — рассылок позвонить по телефону Колл-Центра Программы и сообщить об отказе.

Именно такие действия было предложено осуществить лицу, обращающемуся с просьбой прекратить рассылку, в соответствии с установленным в компании порядком. Однако, звонков на горячую линию с просьбой прекратить рассылки не поступало, что

подтверждается письмом от ООО «ТЕЛЕКОНТАКТ» (имеется в материалах дела).

Как видно из текста обращения в адрес ООО «О'КЕЙ»: в письме отсутствует какая-либо подпись, позволяющая идентифицировать отправителя письма, что не дает возможности исполнить анонимную просьбу прекратить рассылку, так как неизвестно кто такое сообщение направил. В материалах дела не содержится доказательств принадлежности данного адреса гражданке <...>, соответственно данное письмо не может быть приниматься как достоверное и допустимое, надлежащим образом подтверждающее факт обращения в ООО «О'КЕЙ».

Обращаем внимание на то, что, если бы <...> воспользовалась установленным порядком извещения ООО «О'КЕЙ» об отказе от рассылок, рассылки были бы незамедлительно остановлены, однако со стороны Заявителя таких действий предпринято не было. Установление определенного порядка имеет целью именно своевременное удовлетворение требований клиентов и учет всех поступивших обращений.

4. ООО «О'КЕЙ» не является рекламораспространителем.

В соответствии с п. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение п. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» возлагается на рекламораспространителя. ООО «О'КЕЙ» не согласно с тем, что ООО «О'КЕЙ» определен в качестве рекламораспространителя. В данном случае ООО «О'КЕЙ» является рекламодателем. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Распространение спорной рекламы осуществлялось в рамках Договора № 100445733 от 01.06.2022 г., заключенного с ПАО «МегаФон».

Условия договора следующие:

п. 2.1. Исполнитель обязуется оказывать Заказчику услугу «Мегафон Хаб», предусматривающую доступ к Системе, в том числе проводить необходимые технические и организационные мероприятия по обработке сообщений с помощью Системы, обеспечивающие прием Сообщений Абонентами или от Абонентов и передачу Сообщений Операторами Абонентам.

п. 2.5. В рамках оказания Услуги Оператор осуществляет размещение РИМ посредством каналов коммуникации среди Конечных получателей (Абонентов), являющихся Абонентами других операторов связи России, пользователями услуг Партнеров, при условии наличия у Оператора технической возможности совершения таких действий, п. 3 Правил оказания услуг (Приложение № 4) Передача информации (текст Сообщения, телефон и до. информация) переходит от Заказчика к Исполнителю через сеть Интернет.

По совокупности указанных пунктов и условиям сотрудничества ООО «О'КЕЙ» определяет объект рекламирования и передает список абонентов, которым реклама должна быть направлена, а ПАО «МегаФон» непосредственно осуществляет размещение РИМ. Таким образом, рекламораспространителем рекламы является не ООО «О'КЕЙ», а ПАО «МегаФон».

Вывод в протоколе о том, что рекламораспространителем является лицо, по чьей инициативе происходит рассылка, является ошибочным, так как всегда реклама распространяется по инициативе рекламодателя, но фактические действия по распространению рекламы через рассылки были осуществлены силами ПАО «Мегафон» на основании заключенного договора.

В случае совпадения рекламодателя и рекламораспространителя в одном лице, отсутствует необходимость в заключении договора на оказание соответствующих услуг. Именно в связи

с тем, что рекламодателем является ПАО «МегаФон» в Договор и включен пункт о компенсации со стороны рекламодателя рекламодателю сумм административных штрафов, заплаченных исполнителем по вине заказчика.

5. Малозначительность

В случае, если уполномоченный орган придет к выводу о привлечении ООО «О'КЕЙ» к административной ответственности, несмотря на все представленные возражения, ООО «О'КЕЙ» просит применить положения ст. 2.9. КоАП РФ об освобождении лица от административной ответственности в связи с малозначительностью.

Как разъяснил Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пунктах 18 и 18.1 Постановления Пленума от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

В данном случае никакой угрозы охраняемым общественным отношениям не имеется и не имелось, распространение рекламы в адрес абонента <...> прекращено».

Рассмотрев вышеуказанные возражения, должностное лицо не может согласиться с доводами Общества ввиду следующего:

1. Право граждан Российской Федерации обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления закреплено в статье 33 Конституции Российской Федерации, а также в части 1 статьи 2 Федерального закона от 02.05.2006 № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации». Злоупотребление правом предполагает осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав.

В рассматриваемом случае заявитель (абонентский номер <...>) обратился в адрес антимонопольного органа с целью защиты от получения нежелательной рекламы. Намерений причинить вред другому лицу в действиях заявителя не установлено.

2. Абонентский номер <...> на основании договора от 30.12.2021 б/н, заключенного между <...> и ООО «Т2 Мобайл», используется заявителем, при этом согласие <...> на получение рекламной информации от ООО «О КЕЙ» (иного лица) в адрес Омского УФАС России не представлено, следовательно, реклама ООО «О КЕЙ» распространена в адрес заявителя 25.08.2022 в 13:13 час., 30.08.2022 в 13:55 час., 01.09.2022 в 17:16 час., 08.09.2022 в 14:56 час. и 13.09.2022 в 15:10 час. с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

3. Учитывая, что ПАО «МегаФон» обеспечивает лишь техническую возможность передачи смссообщений от ООО «О КЕЙ» до конечных получателей, самостоятельно не определяет конечных абонентов (отправка сообщений осуществляется по перечню Заказчика), следовательно, в данном случае ПАО «МегаФон» не может рассматриваться в качестве рекламодателя.

Исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ООО «О КЕЙ» является рекламодателем, инициировавшим осуществление рассылки рекламы без согласия абонента с использованием технических средств ПАО «МегаФон» на основании заключенного договора.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель

несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе».

4. В части 2 статьи 2.1 КоАП РФ установлено, что юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Должностное лицо полагает, что при получении согласия абонента (абонентский номер <...>) Обществом изначально не были проведены соответствующие мероприятия, направленные на проверку данных, указанных в анкете (верификация).

Кроме того, несмотря на получения письма по электронной почте с требованием незамедлительно прекратить рассылку сообщений рекламного характера на абонентский номер <...> ООО «О'КЕЙ» продолжило распространять рекламу в адрес гражданина (абонентский номер <...>) 08.09.2022 в 14:56 час. и 13.09.2022 в 15:10 час., не предприняв каких-либо мер по уточнению волеизъявления абонента на получения рекламной информации от ООО «О'КЕЙ».

Таким образом, ООО «О'КЕЙ», имело возможность для соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы по сетям электросвязи.

При этом частью 3 статьи 2.1 КоАП РФ установлено, что назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо, за исключением случаев, предусмотренных частями 4 и 5 настоящей статьи.

5. В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Пунктом 18 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» (далее – Постановление) разъяснено, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

По юридической конструкции рассматриваемое административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, образует формальный состав. В связи с этим существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается не в наступлении каких-либо материальных последствий в результате допущенного правонарушения, а в пренебрежительном отношении Общества к исполнению своих публично-правовых обязанностей, к формальным требованиям публичного права.

Согласно абзацу 3 пункта 18.1 Постановления квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 18 данного постановления применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния.

Доказательств того, что совершенное ООО «О'КЕЙ» правонарушение относится к категории малозначительных и является исключительным случаем, при рассмотрении дела об административном правонарушении Обществом представлено не было.

На момент рассмотрения настоящего дела об административном правонарушении сроки давности привлечения к административной ответственности, установленные статьей 4.5 КоАП РФ, не истекли.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение ООО «О КЕЙ» установленных Федеральным законом «О рекламе» требований, а также обстоятельства, вынуждающие Общество действовать в состоянии крайней необходимости, при рассмотрении дела не установлены.

При назначении наказания должностным лицом, рассматривающим дело № 055/04/14.3-232/2023, учитываются общие правила назначения административного наказания, предусмотренные статьей 4.1 КоАП РФ, в том числе положения части 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ.

Обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности совершенного административного правонарушения, должностным лицом Омского УФАС России, уполномоченным на рассмотрение дела об административном правонарушении, не усматривается.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность ООО «О КЕЙ» (статья 4.2 КоАП РФ), не установлено.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность (статья 4.3 КоАП РФ), не выявлено.

На основании части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ 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 частям 1, 2 и 3 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. 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 в соответствии со статьей 4.1.1 настоящего Кодекса.

С учетом позиции, изложенной в пункте 43 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.12.2018, оснований для применения статей 3.4 и 4.1.1 КоАП РФ не имеется в связи с тем, что ООО «О КЕЙ» ранее привлекалось Омским УФАС России к административной

ответственности (постановление о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 055/04/14.3-26/2021 от 03.02.2021).

На основании изложенного, руководствуясь частью 3.2 статьи 4.1, статьями 14.3, 23.48, частью 1 статьи 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пунктом 7.12 Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы, утвержденного приказом Федеральной антимонопольной службы от 23.07.2015 № 649/15, зарегистрированного в Министерстве юстиции Российской Федерации 24.08.2015 № 38653,

ПО С Т А Н О В И Л А:

Признать ООО «О КЕЙ» (ИНН 7826087713, ОГРН 1027810304950) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначить ему наказание в виде административного штрафа в размере 50000 (Пятьдесят тысяч) рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен в полном размере лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу, за исключением случаев, предусмотренных частями 1.1, 1.3 - 1.3-3 и 1.4 настоящей статьи, либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 настоящего Кодекса.

Сумма административного штрафа вносится или перечисляется лицом, привлеченным к административной ответственности **по реквизитам, указанным в платежном поручении**, являющимся неотъемлемой частью настоящего постановления.

При оплате административного штрафа **платежный документ в ОБЯЗАТЕЛЬНОМ ПОРЯДКЕ должен содержать сведения о номере идентификатора начисления УИН**, указанного в назначении платежа прилагаемого к настоящему постановлению бланка платежного поручения.

Согласно части 1.3-3 статьи 32.2 КоАП РФ при уплате административного штрафа за административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, лицом, привлеченным к административной ответственности за совершение данного административного правонарушения, либо иным физическим или юридическим лицом **не позднее ДВАДЦАТИ ДНЕЙ со дня вынесения постановления о наложении административного штрафа административный штраф может быть уплачен в размере ПОЛОВИНЫ суммы наложенного административного штрафа**, за исключением административных правонарушений, предусмотренных статьями 13.15, 13.37, 14.31, 14.31.2, частями 5 - 7 статьи 14.32, статьями 14.33, 14.56, 15.21, 15.30, 19.3, частями 1 - 8.1, 9.1 - 39 статьи 19.5, статьями 19.5.1, 19.6, 19.7.5-2, 19.8 - 19.8.2, 19.23, частями 2 и 3 статьи 19.27, статьями 19.28, 19.29, 19.30, 19.33, 19.34, 20.3, частью 2 статьи 20.28 настоящего Кодекса.

В случае, если копия постановления о назначении административного штрафа, направленная лицу, привлеченному к административной ответственности, по почте заказным почтовым отправлением, поступила в его адрес после истечения двадцати дней со дня вынесения такого постановления, указанный срок подлежит восстановлению судьей, органом, должностным лицом, вынесшими такое постановление, по ходатайству лица, привлеченного к административной ответственности. Определение об отклонении указанного ходатайства может быть обжаловано в соответствии с правилами, установленными главой 30 настоящего Кодекса. В случае, если исполнение постановления о назначении административного штрафа было отсрочено либо рассрочено судьей, органом, должностным лицом, вынесшими такое постановление, административный штраф уплачивается в полном размере.

Согласно части 5 статьи 32.2 КоАП РФ при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в

Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах по истечении срока, указанного в части 1, 1.1 или 1.4 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, изготавливают второй экземпляр указанного постановления и направляют его в течение десяти суток, а в случаях, предусмотренных частями 1.1 и 1.4 настоящей статьи, в течение одних суток судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

В случае изготовления второго экземпляра постановления о наложении административного штрафа в форме электронного документа, юридическая сила которого подтверждена усиленной квалифицированной электронной подписью в соответствии с законодательством Российской Федерации, указанный второй экземпляр направляется судебному приставу-исполнителю в электронном виде по информационно-телекоммуникационным сетям.

Кроме того, должностное лицо федерального органа исполнительной власти, структурного подразделения или территориального органа, иного государственного органа, рассмотревших дело об административном правонарушении, либо уполномоченное лицо коллегиального органа, рассмотревшего дело об административном правонарушении, составляет протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный штраф.

Протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный штраф по делу об административном правонарушении, рассмотренному судьей, составляет судебный пристав-исполнитель. Протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, не составляется в случае, указанном в примечании 1 к статье 20.25 настоящего Кодекса.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

По истечении этого срока необжалованное и неопротестованное постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу и обращается к исполнению.

Заместитель руководителя управления <...>