

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-197/2022
об административном правонарушении

«21» марта 2022 года

г. Йошкар-Ола

Протокол составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> в соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП О. (<...>) по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Одобрен займ 15000руб. под 0%. Забрать: fipn.pw/Oy8ji» с нарушением требований части 1 статьи 18, части 1 статьи 28 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Ответственность за данное административное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

Место совершения административного правонарушения: г. Йошкар-Ола.

Время совершения административного правонарушения: 04.10.2021, 15:45 – время поступления рекламного смс-сообщения без согласия абонента.

Событие административного правонарушения:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило обращение <...> (вх. № 287-А от 05.10.2021).

В своем обращении <...> указал, что на его абонентский номер (<...>) 04.10.2021 в 15:45 поступило смс-сообщение от отправителя «cash2day.ru» без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Одобрен займ 15000руб. под 0%. Забрать: fipn.pw/Oy8ji».

Антимонопольный орган в соответствии с предоставленными Федеральным законом от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) полномочиями осуществляет государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе и проводит проверки рекламы на соответствие требованиям Российской Федерации.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, реклама - 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.

Под объектом рекламирования понимают 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 (статья 3 Закона о рекламе).

В рассматриваемой рекламе объектом рекламирования являются финансовые услуги.

Информация, направленная <...> в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, оно не было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является персонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация содержит следующие признаки рекламы: рассматриваемое смс-сообщение направлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Следовательно, указанная информация по своему содержанию и целевой направленности является рекламой.

Согласно части 1 статьи 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.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение.

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, в случае, если будет доказана его вина.

Согласно части 1 статьи 28 Закона о рекламе, реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг, и финансовой деятельности должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги или осуществляющего данную деятельность (для юридического лица - наименование, для индивидуального предпринимателя - фамилию, имя и (если имеется) отчество).

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения рассматриваемого рекламного смс-сообщения.

ПАО «МТС» в письменных пояснениях от 22.10.2021 вх. №138 ДСП указало, что абонентский номер <...> принадлежит <...> на основании договора о предоставлении услуг подвижной радиотелефонной связи от 19.01.2010. Договор оказания услуг связи по номеру +79877176743 на настоящий момент в архиве не найден.

Так же ПАО «МТС» указало, что отправителем с буквенным обозначением «cash2day.ru» рассматриваемого рекламного смс-сообщения на номер <...> является ООО «СМС Трафик» на основании договора от 12.12.2017. Согласно пункту 2.1 указанного договора, ПАО «МТС» оказывает ООО «СМС Трафик» SMS-рассылку в соответствии с требованиями договора и приложениями к нему, а ООО «СМС Трафик» обязуется оплачивать оказанные услуги SMS-рассылки.

Согласно письменным пояснениям ПАО «МТС» от 21.01.2022 вх. №502, оператор связи ПАО «МТС» оказывает ООО «СМС Трафик» только услуги связи по осуществлению смс-рассылки.

ООО «СМС Трафик» в письменных пояснениях от 22.11.2021 вх. №10756 сообщило, что распространение рассматриваемого сообщения осуществлялось на основании договора №30/21 от 01.03.2021 между ООО «СМС Трафик» (Исполнитель) и ООО «Смарттек Медиа» (Заказчик). В соответствии с пунктом 2.1 указанного договора, Исполнитель обязуется оказывать Заказчику услуги доступа к системе SMS Traffic, в том числе проводить необходимые технические и организационные мероприятия по обработке сообщений с помощью системы, обеспечивающие прием сообщений абонентами.

Между ООО «Смарттек Медиа» и ООО «Космос Лидс» заключен договор №СМ-03/21 от 15.03.2021 об оказании услуг организации рассылки, в соответствии с которым заказчиком осуществляемой рассылки является ООО «Космос Лидс».

ООО «Космос Лидс» представило согласие абонента <...> (<...>) на получение информационно-рекламных материалов путем заполнения формы на сайте dengi-dolg.ru

Однако обществом не представлено доказательств того, что <...> предоставил согласие на получение рекламой информации.

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Буквальное толкование изложенных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

При этом из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

Вместе с тем, <...> не выразил согласие на получение рассматриваемой рекламной информации.

Марийским УФАС России осуществлен мониторинг сайта dengi-dolg.ru, выход на который осуществлялся по ссылке, указанной в рассматриваемом рекламном сообщении. При осуществлении мониторинга установлено, что на указанном сайте предлагаются займы различных организаций: «Lime-займ», «Займер», «Смсфинанс» и иных, а также Марийским УФАС России установлено, что предложенные услуги осуществляет ИП О. Следовательно, рекламодателем спорной рекламы является ИП О. Однако в рассматриваемом рекламном сообщении отсутствует указание имени или наименования лица, предоставляющего финансовые услуги (займ 15000руб. под 0%).

Кроме того, антимонопольным органом установлено, что рекламодателями рассматриваемого рекламного смс-сообщения являются ООО «СМС Трафик», ООО «Смарттек Медиа», ООО «Космос Лидс».

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламодателя. Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение с применением электронного сервиса операторов подвижной связи, что нарушает часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно статье 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламодатель, ответственность за нарушение части 1 статьи 28 несут рекламодатель и рекламодатель.

Таким образом, антимонопольным органом установлено, что рекламодателем вышеуказанной рекламы является ИП О.

Ответственность за данное нарушение предусмотрена статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

Согласно пункту 1 статьи 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.

Согласно пункту 1 статьи 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично.

ИП О. при размещении рассматриваемой рекламы не были предприняты все зависящие от него меры по соблюдению законодательства о рекламе, по предотвращению совершения правонарушения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами, в том числе правом обжаловать постановление по делу в течение 10 дней согласно статьям 30.1, 30.3 КоАП РФ.

В силу части 2 статьи 24.2 КоАП РФ лицам, участвующим в производстве по делу об административном правонарушении и не владеющим языком, на котором ведется производство по делу, обеспечивается право выступать и давать объяснения, заявлять ходатайства и отводы, приносить жалобы на родном языке, либо на другом свободно избранном указанными лицами языке общения, а также пользоваться услугами переводчика.

Согласно статье 51 Конституции Российской Федерации никто не обязан свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников.

Протокол составлен по правилам статьи 28.2 КоАП РФ в отсутствие ИП О., надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении. ИП О. направлено уведомление о составлении протокола исх. №03-07/102 от 02.03.2022, так же направлена телеграмма №618 от 19.03.2022.

Согласно пункту 24.1 постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившиеся за их получением несмотря на почтовое извещение.

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «31» марта 2022 года в 11 час. 00 мин. по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

С протоколом ознакомлен(а),

права и обязанности разъяснены.

Даю согласие на

обработку персональных данных.

(ФИО, подпись лица, привлекаемого к административной ответственности)

<...>

(Ф.И.О. составившего протокол)

«21» марта 2022 года

(подпись)

Объяснения лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении:

В соответствии со ст. 28.2 КоАП РФ копию протокола получил:

(ФИО лица, получившего протокол)

« ____ » _____ 2022 г.

(подпись)

Также сообщаем, что возможность участия в рассмотрении дела будет организована посредством удаленного доступа через программу «True Conf» по ссылке <https://fas1.tconf.ru/c/5015944927>.

Подключение к конференции возможно в том числе со смартфона или планшета под управлением операционной системы Android или iOS.

Инструкция для участников видеоконференцсвязи прилагается к настоящему уведомлению.

Информацию об участии в составлении протокола посредством удаленного доступа необходимо сообщить в Марийское УФАС России по телефону 8 (8362) 41-76-21.