

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-61/2024

об административном правонарушении

«30» января 2024 года г. Йошкар – Ола

Протокол составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> в соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении должностного лица – директора ООО «Медиарик» <...> по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения без предварительного согласия абонента, поступившей на телефонный номер <...> (<...>) 15.07.2023 в 10 часов 37 минут, с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (решение Марийского УФАС России по делу № 012/05/18-847/2023 от 14 декабря 2023 года).

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: Республика Марий Эл, г. Йошкар-Ола.

Время совершения административного правонарушения: 15.07.2023 – дата обнаружения рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Событие административного правонарушения:

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление <...> (вх. № 5355-ЭП/23 от 24.07.2023).

В своем заявлении <...> указал, что на его абонентский номер (<...>) 15.07.2023 в 10 часов 37 минут было направлено смс -сообщение с буквенного идентификатора EksFinanse, без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Вам доступны кредиты от 0 %, получить <https://fin-za.ru/bybf>».

Определением от 21.09.2023 по факту распространения указанной рекламы Марийским УФАС России возбуждено дело № 012/05/18-847/2023 по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Решением Комиссии Марийского УФАС России по делу № 012/05/18-847/2023 от 14 декабря 2023 года указанная реклама признана ненадлежащей в связи с нарушением Закона о рекламе ввиду следующего.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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 неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

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).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объектам рекламирования – финансовые услуги и сайт <https://fin-za.online>, формирование или поддержание интереса к ним и их продвижение на рынке.

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. Рекламораспространитель,

прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

Согласно части 1 статьи 15 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О защите персональных данных» обработка персональных данных в целях продвижения товаров, работ, услуг на рынке путем осуществления прямых контактов с потенциальным потребителем с помощью средств связи допускается только при условии предварительного согласия субъекта персональных данных.

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.

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

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, абонентский номер заявителя принадлежит ПАО «ВымпелКом».

Письмом от 07.08.2023 исх. б/н ПАО «ВымпелКом» указало, что распространение данной рекламы осуществлялось ООО «СМС-центр» на основании договора № 572561248 от 22.09.2015 и дополнительного соглашения № 3 от 01.12.2018.

Согласно условиям дополнительного соглашения № 3 в рамках услуги «Партнерские SMS-сервисы» оператор (ПАО «ВымпелКом») предоставляет абоненту (ООО «СМС-центр») услуги доступа к программно-аппаратному комплексу оператора для формирования и рассылки коротких текстовых сообщений определенному кругу лиц. При пользовании услугами абонент самостоятельно без участия оператора определяет содержание коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера пользователей.

В письменных пояснениях ООО «СМС-центр» от 11.08.2023 исх. № 08/11-2К сообщило, что рассматриваемое смс-сообщение с буквенного идентификатора EksFinance было передано заказчиком рассылки ООО «Медиарик» в рамках заключенного между обществами договора оказания услуг № 512620 от 01.10.2020.

В соответствии с данным договором ООО «СМС-центр» предоставляет технический доступ к сервису SMSC.RU для самостоятельной передачи сообщений операторам связи с помощью различных протоколов передачи данных.

Также, ООО «СМС-центр» представило копию согласия от лица <...> на обработку персональных данных, оставленное при оформлении заявки на оформление денежных средств.

Из представленных письменных пояснений ООО «Медиарик» следует, что между обществом и ИП Н. заключен договор оказания услуг №73.1_МР_22 от 01.05.2022, согласно пункту 2.1 которого ООО «Медиарик» оказывает услуги ИП Н. путем предоставления доступа к личному кабинету пользователя на MEDIARIK Platform, что позволяет ИП Н. самостоятельно отправлять смс-сообщения. ООО «Медиарик» приложен скриншот из личного кабинета ИП Н., свидетельствующий об отправке рассматриваемого смс-сообщения.

ИП Н. подтвердил, что рассматриваемое смс-сообщение направлялось через MEDIARIK Platform, представил скриншоты механизма заполнения заявки на подбор кредитных предложений, лог-файла заявки на подбор кредита, текст согласия на обработку персональных данных.

В письменных пояснениях <...> указал, что согласие на получение рекламы не оставлял, за оказанием услуг по выдаче кредита не обращался, кроме того подпись в представленном согласии не совпадает с подписью заявителя.

Таким образом, в ходе рассмотрения дела в Марийское УФАС России не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение поступило абоненту <...> с его предварительного согласия, надлежащим образом полученного отправителями.

На основании данных обстоятельств Комиссия Марийского УФАС России считает, что распространители рекламы не представили доказательства, свидетельствующие о наличии согласия абонента <...> на получение ей подобных смс-сообщений, а, значит, нарушение законодательства о рекламе со стороны рекламодателей установлено.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Также, в соответствии с Письмом ФАС России № АК/13563/16 от 03.03.2016, согласие должно носить явно выраженный

характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

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. Требование законодателя относительно обязанности рекламодателя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов императивно и, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы. Соответственно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно предварительно получить от потребителя явно выраженное согласие, а только потом осуществлять соответствующую рассылку.

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.

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

На основании изложенного, рассматриваемая реклама распространялась без предварительного согласия абонента на ее получение.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламодатель.

Таким образом, антимонопольным органом в настоящее время установлено, что рекламодателями вышеуказанной рекламы являются ООО «СМС-центр», ООО «Медиарик», ИП Н.

В силу части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от ста тысяч до пятисот 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.

В силу статьи 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть.

Под должностным лицом в КоАП РФ следует понимать лицо – руководителя, работника организации, совершившее административное правонарушение в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций.

Организационно-распорядительные функции включают в себя руководство коллективом, расстановку и подбор кадров, организацию труда или службы подчиненных, поддержание дисциплины, применение мер поощрения и наложение дисциплинарных взысканий и иные.

К административно-хозяйственным функциям могут быть, в частности, отнесены полномочия по управлению и распоряжению имуществом и денежными средствами, находящимися на балансе и банковских счетах организаций и учреждений, воинских частей и подразделений, а также совершение иных действий: принятие решений о начислении заработной платы, премий, осуществление контроля за движением материальных ценностей, определение порядка их хранения и т.п.

Согласно представленным письменным пояснениям <...> от 10.01.2024 № 3 (рег. номер 324-ЭП/24 от 17.01.2024) должностными обязанностями лица входит обеспечение работоспособности сервиса в течение срока действия договора, проведение плановых ремонтных и профилактических работ, консультация по работе с личным кабинетом, ознакомление с техническими возможностями платформы.

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, 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.

Частью 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 <...>. Уведомление о составлении протокола от 09.01.2024 исх. № АБ/10/24 направлено по адресу места регистрации лица (отправление возвращено из-за истечения срока хранения 22.01.2024, почтовый идентификатор 80083492100874), а также по адресу электронной почты

a.kazakov@mediarik.ru.

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «13» февраля 2024 года в 11 час. 00 мин. по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

*С протоколом ознакомлен,
права и обязанности разъяснены.*

Даю согласие на обработку персональных данных _____

(подпись лица, привлекаемого к административной ответственности)

<...>

(Ф.И.О. составившего протокол)

30 января 2024 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)

« » _____ 2024 г. _____

(подпись)