

РЕШЕНИЕ

по жалобе на постановление об административном правонарушении

дело № 4-14.3-1397/00-08-15

«25» января 2016 г. г. Москва

Заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы А.Б. Кашеваров, рассмотрев жалобу ООО «ИнфоБип» (юридический адрес: ул. Ильинка, д. 4, г.Москва, 109012, ИНН 7703673690, ОГРН 5087746020720, КПП 771001001, дата регистрации: 26.08.2008) на вынесенное Московским УФАС России постановление от 16.11.2015 по делу № 4-14.3-987/77-15 об административном правонарушении о наложении штрафа, а также материалы данного дела,

УСТАНОВИЛ:

На основании части 1 статьи 14.3 Кодекса об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) Московское УФАС России постановлением от 16.11.2015 по делу № 4-14.3-987/77-15 об административном правонарушении привлекло ООО «ИнфоБип» к административной ответственности в виде штрафа в размере ста тысяч рублей за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»), выразившегося в распространении на телефонный номер гражданина смс-рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение.

С вынесенным постановлением ООО «ИнфоБип» не согласно, полагая, что Московское УФАС России нарушило процедуру привлечения к административной ответственности.

Исследовав материалы дела, ФАС России приходит к выводу, что Московское УФАС России обоснованно вменило ООО «ИнфоБип» совершение правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Основанием для привлечения ООО «ИнфоБип» к административной ответственности явилось распространение ООО «ИнфоБип» на телефонный номер гражданина смс-рекламы без его согласия.

Как усматривается из материалов дела № 4-14.3-987/77-15 об административном правонарушении, на абонентский номер гражданина <...> 25.12.2014 в 10:55 часов без предварительного согласия абонента была направлена смс-реклама следующего содержания: «МирЪ БанкЪ» увеличил доходность по вкладам: до 8,65% в долларах США, до 8,20% в евро + бонус 1% за лояльность, банковская ячейка. <...>».

Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламой является 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.

Рассматриваемая информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Федерального 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 финансовым услугам ОАО АКБ «МИРЪ», формирование и поддержание интереса к ним и продвижение их на рынке, соответственно является рекламой финансовых услуг банка.

В соответствии с частью 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. 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.

Под абонентом или адресатом понимается лицо, на чей телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Согласно пункту 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 на получение рекламы может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы лежит на лице ее распространившем.

Однако Федеральный закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия (отказа) абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие (отказ) абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение (отказ) рекламы от конкретного рекламодателя.

Как следует из материалов дела, <...> является клиентом ОАО АКБ «МИРЪ» (далее - Банк) с 12.12.2014 и имеет в Банке текущий счет и счета по вкладам физических лиц.

При открытии текущего счета <...> подписал заявление-анкету на банковское обслуживание физических лиц, тем самым согласился с публичной офертой банка и взял на себя обязанность по соблюдению и исполнению Договора комплексного банковского обслуживания физических лиц и Единых условий комплексного банковского обслуживания физических лиц (далее — Условия), являющихся частью договора.

Текст Условий является публичной офертой и находится в общем доступе.

Согласно пункту 10 Условий клиент выражает свое согласие на обработку, использование, распространение (в том числе передачу) и т. д. своих персональных данных, указанных в заявлении-анкете. В указанных целях Банк может по своему усмотрению осуществлять передачу персональных данных дочерним компаниям, аффилированным лицам, партнерам, а также иным третьим лицам с целью исполнения настоящего договора, продвижения услуг Банка и его партнеров, а также для обработки информации. Настоящее согласие предоставляется с момента подписания заявления-анкеты на весь срок действия договора и может быть отозвано при представлении в Банк заявления в простой письменной форме в соответствии с требованиями законодательства РФ.

<...> 12.12.2014 письменно заявил банку об отзыве согласия на передачу своих персональных данных аффилированным лицам, дочерним компаниям, партнерам, а также иным третьим лицам с целью продвижения услуг банка и его партнеров, а также для обработки информации организацией статистического учета, оценки рисков и т. п.

ОАО АКБ «МИРЪ» 17.12.2014 сообщил <...>, что, не видит законных оснований для изменения условий Договора в части прекращения обработки персональных данных, поскольку согласно части 1 статьи 6 Федерального закона Российской Федерации от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее — Закон о персональных данных), обработка персональных данных должна осуществляться с соблюдением принципов и правил, предусмотренных Законом о персональных данных. Обработка персональных данных необходима для исполнения договора, стороной которого либо выгодоприобретателем или поручителем по которому является субъект персональных данных, в том числе в случае реализации оператором своего права на уступку прав (требований) по такому договору, а также для заключения договора по инициативе субъекта персональных данных или договора, по которому субъект персональных данных будет являться выгодоприобретателем или поручителем.

Вместе с тем данный довод является несостоятельным.

Согласно пункту 10 Условий, согласие, предоставленное <...> при подписании заявления-анкеты, может быть отозвано заявителем при предоставлении в Банк заявления в простой письменной форме в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации.

<...> на основании положений части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при заключении договора с ОАО АКБ «МИРЪ» сразу же подал в свободной письменной форме заявление Банку об отзыве своего согласия на обработку персональных данных, связанных с продвижением Банком своих услуг, передачу персональных данных аффилированным с Банком лицам, его дочерним компаниям, партнерам, а также иным третьим лицам с целью продвижения услуг Банка и его партнеров.

Следовательно, ОАО АКБ «МИРЪ» не имеет подтвержденного волеизъявления <...> (согласия) на получение рекламы по сетям электросвязи.

Рассматриваемая реклама распространялась на основании Договора оказания услуг № 22062011-053 от 23.06.2011 (далее — Договор), заключенного между ОАО «Флексинвест Банк» и ООО «Инфобип».

Согласно сведений Единого государственного реестра юридических лиц ОАО «Флексинвест Банк» сменило название и именуется ОАО АКБ «МИРЪ» (ИНН 6312023300).

Предметом указанного Договора является предоставление ООО «Инфобип» банку услуги по отправке SMS абонентам через оператора путем предоставления доступа к системе.

Согласно пункту 3.2.2 Договора ОАО АКБ «МИРЪ» обязано получить от абонента, на телефон которого планируется отправка SMS с информацией банка, согласие на получение таких сообщений и такой рекламы, которая может быть предъявлена Оператору и не оставляет сомнений как безоговорочное доказательство добровольности абонента на получение SMS с информацией ОАО АКБ «МИРЪ».

Согласно пункту 6.1. Договора при нарушении ОАО АКБ «МИРЪ» условий Договора настоящий Договор может быть расторгнут ООО «Инфобип» в одностороннем порядке.

Таким образом, ООО «Инфобип» предполагало возможность направления абонентам смс-сообщений, содержащих информацию, подпадающую под понятие «спам», в том числе и рекламу.

При этом у ООО «Инфобип» имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия пользователей (абонентов) на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию, а также имелась возможность блокировать отправку смс-сообщений распространяемых лицам, не давшим согласия, в случае возникновения такой необходимости. Соответственно, ООО «Инфобип» обладало возможностью осуществления контроля за действиями контрагента.

Обязанность ОАО АКБ «МИРЪ» не использовать выделенное подключение к оборудованию с целью организации «спама», а также самостоятельно получать согласие абонента на получение смс-сообщений, является обеспечительной мерой в рамках гражданско-правовых отношений между указанными лицами, а не административных, и не исключают обязанности ООО «Инфобип» соблюдать рекламное законодательство, а также не отменяют ответственность за его несоблюдение.

Соответственно заключение договоров с Заказчиками не снимает с ООО «Инфобип» обязанности получить предварительное согласие абонента на рассылку смс-рекламы в его адрес, возникшую в силу части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

ООО «Инфобип» не представило доказательств того, что самостоятельно предпринимало какие-либо действия, направленные на получение согласия абонента.

Таким образом, распространение 25.12.2014 в 10:55 рекламы финансовых услуг на номер телефона <...> от отправителя «MirBank» осуществлено с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 несет рекламораспространитель.

ООО «ИнфоБип» осуществило распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...> <...> в силу имеющихся у него гражданско - правовых отношений, осуществив конкретное фактическое действие, в результате которого рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату. В случае отсутствия конкретных действий со стороны ООО «ИнфоБип» рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата — потребителя рекламы.

С учетом изложенного ООО «ИнфоБип» является рекламораспространителем рекламы финансовых услуг банка.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», ООО «ИнфоБип» не представило. Более того, такая возможность напрямую следует из совокупности прав и обязанностей, принятых на себя сторонами в силу соглашений (договоров).

Таким образом, действия ООО «ИнфоБип», выразившееся в распространении 25.12.2014 в 10:55 на телефонный номер <...> <...> от отправителя «MirBank» рекламы финансовых услуг без предварительного согласия абонента на ее получение, нарушают часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно части 1 статьи 3.1 КоАП РФ наказание является установленной государством мерой ответственности за совершения правонарушений и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самих правонарушителем, так и другими лицами.

Согласно части 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность. При этом 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.

ООО «ИнфоБип» виновно в совершении административного правонарушения, так как оно имело возможность обеспечить соблюдение требований, предусмотренных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», но не приняло все зависящие от него меры по соблюдению вышеуказанных требований, в результате чего смс-реклама распространялась в отсутствие согласия абонента.

Вина в действиях ООО «ИнфоБип» установлена Московским УФАС России, доказательства наличия вины в действиях указанного лица подтверждаются

основаниями, приведенными в постановлении от 16.11.2015 по делу № 4-14.3-987/77-15 об административном правонарушении, а также сведениями и документами, имеющимися в материалах административного дела.

Таким образом, Московское УФАС России обоснованно и правомерно привлекло ООО «ИнфоБип» к административной ответственности в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Московским УФАС России в отношении ООО «ИнфоБип» составлен протокол об административном правонарушении, вынесено постановление о наложении штрафа в размере 100 000 рублей. О времени и месте составления протокола и рассмотрения дела об административном правонарушении ООО «ИнфоБип» уведомлен Московским УФАС России надлежащим образом, о чем в материалах дела имеются доказательства.

Порядок привлечения ООО «ИнфоБип» к административной ответственности не нарушен, наказание назначено в минимальном размере санкций части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

С учетом изложенного обжалованное постановление Московское УФАС России от 16.11.2015 по делу № 4-14.3-987/77-15 об административном правонарушении является законным и обоснованным.

Заместитель руководителя ФАС России, руководствуясь статьями 14.3, 24.5, 29.7, пунктом 1 части 1 статьи 30.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

РЕШИЛ:

Постановление от 16.11.2015 по делу № 4-14.3-987/77-15 об административном правонарушении, вынесенное Московским УФАС России, оставить без изменения, а жалобу ООО «ИнфоБип» без удовлетворения.

В соответствии с частью 1 статьи 30.3, частями 1, 3 статьи 30.9 КоАП решение может быть обжаловано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии решения. Жалоба на решение подаётся вышестоящему должностному лицу либо в суд в порядке, предусмотренном главой 30 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.