

Постановление

о наложении штрафа по делу №012/04/14.3-932/2021

об административном правонарушении

«26» октября 2021 года
Йошкар-Ола

г.

Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в лице заместителя руководителя-начальника отдела <...>, рассмотрев протокол от «12» октября 2021 года об административном правонарушении и материалы дела №012/04/14.3-932/2021, возбужденного в отношении генерального директора АО «Загрузка» <...> (<...>) по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «7000т.р. доступно для Вас! Выбирай и Забирай: cashv.ru/LSAnD » с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в отсутствие <...>, при надлежащем извещении должностного лица о дате, времени и месте рассмотрения дела,

Установила:

Марийским УФАС России возбуждено дело об административном правонарушении №012/04/14.3-932/2021 в отношении генерального директора АО «Загрузка» <...> по факту нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

По адресу места регистрации <...> направлено уведомление о составлении протокола исх. № 03-07/758 от 28.09.2021. Так же Марийским УФАС России получен ответ на уведомление о составлении протокола 11.10.2021 вх. № 9468.

Протокол об административном правонарушении от «12» октября 2021 года составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> в соответствии со статьями 28.2, 28.3 КоАП РФ.

Копия протокола №012/04/14.3-932/2021 об административном правонарушении (исх. № 03-07/805 от 12.10.2021) с указанием даты, времени, места рассмотрения дела об административном правонарушении направлена по адресу места регистрации <...> В ответ на протокол

должностным лицом <...> представлены письменные пояснения (вх. № 9951 от 26.10.2021).

Таким образом, должностное лицо <...> на момент рассмотрения административного дела №012/04/14.3-932/2021 надлежащим образом извещено о месте и времени рассмотрения административного дела.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <...> (вх. № 133-Б от 17.05.2021).

В своем заявлении <...> указал, что на его абонентский номер (<...>) 12.05.2021 в 12 часов 39 минут поступило смс-сообщение от отправителя «vzaimy24ru», без предварительного согласия абонента следующего содержания: «7000т.р. доступно для Вас! Выбирай и Забирай: cashv.ru/LSAnD».

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 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, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (финансовые услуги) формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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 <...> принадлежит ООО «Т2 Мобайл».

Письмом от 25.05.2021 вх. № 73 ДСП ООО «Т2 Мобайл» указало, что распространение данной рекламы осуществлялось АО «Загрузка» в рамках Договора.

Письмом от 11.06.2021 вх. № 1130 АО «Загрузка» указало, что общество выполняет только технологическую функцию по передаче сообщений через свою коммуникационную платформу от Заказчика оператору. Рассылка сообщений осуществлялась в рамках исполнения договора № СМС-10/17 от 01.03.2017 между АО «Загрузка» и ООО «Раппорто».

В соответствии с условиями договора № СМС-10/17 от 01.03.2017, АО «Загрузка» берет на себя обязательства по предоставлению ООО «Раппорто» услуг по доступу к коммуникационной платформе АО «Загрузка» для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы ООО «Раппорто» либо клиента ООО «Раппорто», формируемых и отправляемых ООО «Раппорто» для дальнейшей отправки смс-сообщений абонентам.

Согласно п.3.3.1 договора № СМС-10/17 от 01.03.2017 АО «Загрузка» обязуется осуществлять технологическую передачу сообщений через свою коммуникационную платформу, формируемых ООО «Раппорто».

Письмом от 01.07.2021 вх. № 6155 ООО «Раппорто» указало, что распространение данной рассылки осуществлялось в рамках исполнения договора №ПАА-03/20 от 11.03.2020, заключенного между ООО «Раппорто» и ИП П. (<...>).

Согласно п. 1.6 договора №ПАА-03/20 от 11.03.2020, ООО «Раппорто» является организацией-посредником, работающей на рынке смс-маркетинга, занимающейся установлением множественных договоренностей с операторами связи для облегчения процесса распространения смс-сообщений.

Согласно п. 2.1 договора №ПАА-03/20 от 11.03.2020, ООО «Раппорто» за обусловленную плату предоставляет ИП П. доступ к системе Rapporto,

обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов различных смс-рассылок, управление ими и пр., а также услуги по осуществлению информационно-технического обслуживания: обработке трафика и разделению (сепарации) его по операторам, установление принадлежности абонентского номера к какому-либо оператору по базе MNP (базе перенесенных номеров), технической поддержке.

Формирование текста смс-сообщений и создание списка телефонных номеров абонентов для отправки/доставки смс-сообщений производилось ИП П в системе самостоятельно.

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 рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламораспространителе.

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 частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе телефонных звонков, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

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.

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 рекламораспространителя. Требование законодателя относительно обязанности рекламораспространителя 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.

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

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при отправке 12.05.2021 в 12:39 смс-сообщения на телефонный номер <...> (<...>) нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. 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; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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

Таким образом, Марийским УФАС России установлено, что рекламораспространителем вышеуказанной рекламы является АО «Загрузка» в лице генерального директора Таболкина Максима Борисовича.

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

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о

рекламе влечет наложение административного штрафа на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

Статьей 26.1 КоАП РФ также предусмотрено, что одним из обстоятельств, подлежащих выяснению по делу об административном правонарушении, является виновность лица в совершении административного правонарушения.

Согласно части 1 статьи 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

В соответствии со статьей 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.

Согласно статье 2.4 КоАП РФ административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Под должностным лицом в КоАП РФ следует понимать лицо – руководителя, работника организации, совершившего 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.

Марийским УФАС России установлено, что ответственным за распространение рекламы: «7000т.р. доступно для Вас! Выбирай и Забирай: cashv.ru/LSAnD» является генеральный директор АО «Загрузка» <...>.

Должностное лицо, в силу возложенных на него обязанностей, должно знать требования законодательства о рекламе и соблюдать их. <...> не принял всех зависящих от него мер при наличии необходимой степени заботливости и осмотрительности, которые требовались от него по соблюдению требований

действующего законодательства, а, следовательно, вина <...> в нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе установлена.

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

Место совершения административного правонарушения: г. Йошкар-Ола.

Время совершения административного правонарушения: 12.05.2021, 12:39 – время поступления рекламного смс-сообщения без согласия абонента.

Состав административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, совершенного <...>, образуют:

- объект административного правонарушения - установленный порядок производства, размещения и распространения рекламы;
- объективная сторона – распространение рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»;
- субъект правонарушения – генеральный директор АО «Загрузка» <...>;
- субъективная сторона – виновное совершение административного правонарушения, так как у <...> имелась возможность соблюдения законодательства о рекламе, но им не были приняты все зависящие от него меры по его соблюдению.

Следовательно, установлено, что имело место событие административного правонарушения и факт его совершения должностным лицом <...> Кроме того, имелись основания для составления протокола об административном правонарушении, юридические признаки (противоправность, виновность, наказуемость) и все элементы состава административного правонарушения, предусмотренные нормой права (объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона).

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ) не установлено.

Дополнительно должностным лицом Марийского УФАС России исследован вопрос о малозначительности.

Согласно статье 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.

Согласно разъяснениям Верховного Суда Российской Федерации в пункте 21 постановления Пленума от 24.03.2005 №5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки

состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений. При этом такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, характеризующими малозначительность правонарушения.

По смыслу статьи 2.9 КоАП РФ оценка малозначительности деяния должна соотноситься с характером и степенью общественной опасности, причинением вреда либо угрозой причинения вреда личности, обществу или государству. Таким образом, административные органы обязаны установить не только формальное сходство содеянного с признаками того или иного административного правонарушения, но и решить вопрос о социальной опасности деяния.

Действия <...> содержат нарушение законодательства о рекламе и свидетельствуют о пренебрежительном отношении должностного лица к исполнению своих обязанностей по соблюдению норм в сфере законодательства о рекламе.

Совершенное <...> правонарушение посягает на установленные нормативными правовыми актами гарантии на защиту потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку требования законодательства о рекламе, а также установление в части 1 статьи 14.3 КоАП РФ административной ответственности за их нарушение направлены на охрану прав потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку потребители признаются слабой стороной данных отношений, не обладающей специальными познаниями.

Марийское УФАС России приходит к выводу, что совершенное правонарушение несет существенную угрозу правоохраняемым отношениям, в связи с чем, отсутствуют основания для признания его малозначительным.

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ), не установлено.

Обстоятельства, смягчающие административную ответственность, не установлены.

Марийское УФАС России в качестве отягчающего обстоятельства признает привлечение <...> к административной ответственности за распространение ненадлежащей рекламы (Управлением федеральной антимонопольной службы по Свердловской области вынесено постановление по делу № 066/04/14.3-4328/2020 от 21.10.2020, которым назначен штраф в размере 6000 руб., оплаченный должностным лицом 11.12.2020).

Таким образом, должностное лицо, учитывая характер совершенного правонарушения, считает возможным назначить <...> административное

наказание в виде штрафа в пределах размера санкции ч. 1 ст. 14.1 КоАП РФ в сумме 6000 (шести тысяч) рублей.

Руководствуясь ст. 2.1, 2.2, 2.9, 2.10, 4.1, 4.2, 4.3, ч. 1 ст. 14.3, 23.48, ч. 1 ст. 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛА:

Привлечь <...> (<...>) к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП и назначить наказание в виде штрафа 6000 (шести тысяч) рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 КоАП.

В соответствии с частью 5 статьи 3.5 КоАП сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Реквизиты счетов для перечисления штрафа:

<...>

Согласно части 5 статьи 32.2 КоАП РФ при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, по истечении шестидесяти дней со срока, указанного в части 1 данной статьи должностное лицо, вынесшее постановление, направляют соответствующие материалы судебному приставу-исполнителю для взыскания суммы административного штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством. Кроме того, должностное лицо федерального органа исполнительной власти, его учреждения, структурного подразделения или территориального органа, а также иного государственного органа, уполномоченного осуществлять производство по делам об административных правонарушениях, составляет протокол об административном правонарушении, предусмотренный частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный штраф.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа.

В соответствии с частью 1, 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 по месту рассмотрения дела в течение 10 дней со дня вручения или

получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

Приложение: квитанция для оплаты штрафа

Заместитель руководителя-

начальник отдела