

Постановление

о наложении штрафа по делу № 012/04/14.3-1041/2021

об административном правонарушении

«20» января 2022 года
Йошкар-Ола

г.

Я, заместитель руководителя – начальник отдела Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл <...>, рассмотрев протокол от «15» декабря 2021 года об административном правонарушении и материалы дела №012/04/14.3-1041/2021, возбужденного в отношении ООО «Облака Фитнес» (<...>) по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Акция до 3 августа Новый Фитнес+Бассейн=2990р/Ежемесячно 849551202611» 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 представителя ООО «Облака Фитнес», при надлежащем извещении общества о дате, времени и месте рассмотрения дела,

Установил:

Марийским УФАС России возбуждено дело № 012/04/14.3-1041/2021 об административном правонарушении в отношении ООО «Облака Фитнес» по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

15.12.2021 ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> составлен протокол об административном правонарушении № 012/04/14.3-1041/2021 в отношении ООО «Облака Фитнес» по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ. ООО «Облака Фитнес» надлежащим образом извещено о дате, времени составления протокола. Определение о возбуждении дела об административном правонарушении №012/04/14.3-1041/2021 и проведении административного расследования от 18.11.2021 (исх. № 03-07/905 от 19.11.2021) направленно Марийским УФАС России по юридическому адресу ООО «Облака Фитнес». Кроме того, ООО «Облака фитнес» направлено

уведомление о составлении протокола (исх. №03-07/933 от 01.12.2021), а также телеграмма №438.

Копия протокола была направлена по юридическому адресу ООО «Облака Фитнес» (исх. № 03-07/967 от 15.12.2021). В связи с тем, что на дату рассмотрения дела (27.12.2021) в материалах дела отсутствовали доказательства извещения ООО «Облака Фитнес» о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении № 012/04/14.3-1041/2021, определением от 27.12.2021 (исх. № 03-07/992) рассмотрение дела отложено на 20.01.2022.

Копия данного определения, а также телеграмма №1549 направлены по юридическому адресу ООО «Облака Фитнес».

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <...> (вх. № 237-К от 16.08.2021) о sms – рассылке без согласия абонента следующего содержания: «Акция до 3 августа Новый Фитнес+Бассейн=2990р/Ежемесячно 849551202611».

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 неперсонифицированной, 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 является рекламой, так как 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.

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

Марийским УФАС России направлен запрос (исх. №03-13/451 от 24.08.2021) ПАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ПАО «ВымпелКом») о представлении информации.

ПАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях указало, что абонентский номер <...> выделен <...> на основании договора на оказание услуг связи Билайн № 388236151 от 25.02.2011, который был в последующем переоформлен с выделением номера АО «Газпромбанк».

Кроме того, АО «Газпромбанк» представило письменные пояснения о том, что номер <...> принадлежит АО «Газпромбанк» и 15.02.2011 года выдан в пользование сотруднику – <...>.

Также, Марийским УФАС России установлено, что номер, который содержится в смс-сообщении (849551202611) принадлежит ООО «Облака Фитнес» на основании договора на оказание услуг связи от 30.11.2017 с оператором связи ООО «Манго Телеком».

Антимонопольным органом не установлено и заявителем <...> не подтверждено, что он предоставлял согласие на получение рекламной 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.

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.

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.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента при получении такого согласия последнему как потребителю услуги должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок. При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие, а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами оказания услуг, а также направления самостоятельно запросов на фиксированный номер оператора, информация о котором отсутствует в договоре, а доступ к личному кабинету на сайте ПАО «ВымпелКом» может быть затруднен отсутствием интернет связи. Иной подход, может привести к злоупотреблениям со стороны рекламодателей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

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.

Однако в рамках рассмотрения дела Марийским УФАС России не установлено, что Куликовым Н.Э. предоставлено согласие ООО «Облака Фитнес» и ПАО «Вымпел-Коммуникации» в такой форме, что данное согласие можно было бы трактовать как прямым и недвусмысленным волеизъявлением для получения информации рекламного характера о деятельности ООО «Облака Фитнес» и товарах, реализуемых данным обществом.

Во исполнение определения о возбуждении дела и назначении дела к рассмотрению ООО «Облака Фитнес» представило письменные пояснения, в которых указало, что подтверждает факт направления смс-сообщения с текстом: «Акция до 3 августа Новый Фитнес+Бассейн=2990р/Ежемесячно 849551202611». Однако абонентский номер +79645793587 был выбран обществом в качестве получателя смс ошибочно вследствие технической ошибки при указании абонентского номера. Общество пояснило, что лицу, допустившему ошибку, вынесено замечание, с работниками проведена беседа о недопустимости подобных ошибок.

ПАО «Вымпел Коммуникации» в письменных пояснениях указало, что обществом зафиксировано распространение смс-сообщения отправителем (рекламораспространителем) с буквенным обозначением «OblakaFit» на абонентский номер +79645793587.

Кроме того, ПАО «Вымпел Коммуникации» заключен договор оказания услуг связи «Билайн» №785390333. В соответствии с п.1 дополнительного соглашения к договору на оказание услуг связи «Билайн» №785390333 Билайн обязуется оказывать клиенту услугу «БилайнПРОдвижение» в соответствии с условиями предоставления услуги, размещенными на сайте Билайн и являющимися неотъемлемой частью настоящего дополнительного соглашения и договора. В соответствии с п.2 дополнительного соглашения к договору на оказание услуг связи «Билайн» №785390333 учетная запись клиента в личном кабинете позволяет клиенту создавать и запускать рекламные кампании с применением критериев таргетирования целевой аудитории клиента среди пользователей услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн с пользователями рекламных каналов, указанных в условиях и аккаунте.

23.10.2007 между ПАО «Вымпел Коммуникации» и АО «Газпромбанк» заключен договор на оказание услуг «Билайн» №220245150, согласно которому с

06.06.2012 абонентский номер <...> выделен в пользование АО «Газпромбанк». Конечным пользователем юридического лица, использующим абонентский номер <...>, является <...>.

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 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.

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 рекламораспространитель.

Таким образом, антимонопольным органом установлено, что рекламораспространителями вышеуказанной рекламы являются ООО «Облака Фитнес», ПАО «Вымпел-Коммуникации».

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при распространении 31.07.2021 в 13:07 смс-сообщения на телефонный номер <...> (<...>) нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

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 рекламораспространителем законодательства

о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц – 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.

Согласно пункту 2 статьи 2.1 КоАП РФ 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 «Облака Фитнес» при распространении рассматриваемой рекламы не были предприняты все зависящие от общества меры по соблюдению законодательства о рекламе, по предотвращению совершения правонарушения.

Антимонопольный орган, на основе собранных по делу доказательств, приходит к выводу, что вина ООО «Облака Фитнес» в нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе установлена.

Место совершения административного правонарушения: г. Москва.

Время совершения административного правонарушения: 31.07.2021 в 13:07 – время поступления рекламного смс-сообщения без согласия абонента.

Состав административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, совершенного ООО «Облака Фитнес», образуют:

- объект административного правонарушения - установленный порядок производства, размещения и распространения рекламы;
- объективная сторона – распространение рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе;
- субъект правонарушения – ООО «Облака Фитнес»;
- субъективная сторона – виновное совершение административного правонарушения, так как у ООО «Облака Фитнес» 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 ООО «Облака Фитнес».

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.

Как разъяснил Верховный Суд 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.

Совершенное ООО «Облака Фитнес» 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.

С учетом изложенных обстоятельств, совершенное правонарушение несет существенную угрозу правоохраняемым отношениям.

Таким образом, оценив характер и конкретные обстоятельства

совершенного правонарушения, роль правонарушителя, должностное лицо Марийского УФАС России приходит к выводу о том, что совершенное ООО «Облака Фитнес» правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным 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.

Обстоятельством, отягчающим административную ответственность, Марийское УФАС России признает неоднократное привлечение ООО «Облака Фитнес» к административной ответственности по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Так, Управлением Федеральной антимонопольной службы по г. Краснодар (далее – Краснодарское УФАС России) вынесено постановление по делу № 023/04/14.3-3300/2020 от 11.09.2020, которым ООО «Облака Фитнес» назначен штраф в размере 100 000 руб., оплаченный обществом 11.11.2020.

Таким образом, учитывая вышеизложенное, должностное лицо Марийского УФАС России считает возможным назначить ООО «Облака Фитнес» административное наказание в виде штрафа в пределах санкции ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ в сумме 110 000 (сто десять тысяч) рублей. Основания для применения ст. 4.1.1 КоАП РФ отсутствуют.

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,

ПОСТАНОВИЛ:

Привлечь ООО «Облака Фитнес» (<...>) к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и назначить наказание в виде штрафа в размере **110 000(сто десять тысяч) рублей.**

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ 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 РФ.

В соответствии с частью 5 статьи 3.5 КоАП РФ сумма административного

штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Реквизиты счетов для перечисления штрафа:

Администратор поступлений в бюджет – Марийское УФАС России

<...>

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

В соответствии с частями 1 и 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 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

