

**ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-390/2021**

**об административном правонарушении**

«29» апреля 2021 г.

г. Йошкар – Ола

Протокол составлен специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Ржавиной Екатериной Владимировной в соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении индивидуального предпринимателя ИП К. (<...>) по факту нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении сообщения посредством мессенджера WhatsApp без согласия абонента.

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

**Место, время совершения и событие административного правонарушения:**

*Место совершения административного правонарушения: Российская Федерация.*

*Время совершения административного правонарушения: 29.10.2020 – дата поступления рекламного смс-сообщения.*

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление <...> вх. № 216-О от 29.10.2020.

В своем заявлении <...> указал, что на его абонентский номер (<...>) 29.10.2020 в 12:08 посредством мессенджера Whatsapp поступило сообщение с телефонного номера +79172944429 без предварительного согласия абонента следующего содержания:

*«БЕСПЛАТНАЯ ДОСТАВКА (725 г / 28 шт роллов) 299 руб. + ПИЦЦА В ПОДАРОК «Мясная» 21 см на традиционном тесте ПРОМОКОД 999 38-00-28 радуга вкуса служба доставки еды».*

В соответствии с пунктом 1 статьи 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.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

В пункте 2 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» установлено, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе, объект рекламирования - 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.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределенному кругу лиц.

Согласно Письму ФАС России от 05.04.2007 года исх. № АЦ/4624 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.

Согласно письму ФАС России от 20.06.2018 № АД/45557/18 «Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе» квалификация информации как рекламы либо иного рода информации зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации.

Информация, направленная <...> в виде сообщения, не обращена к конкретному потребителю, она не была адресована 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, указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством электросвязи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам) формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования являются услуги, оказываемые ИП К., осуществляющей деятельность по доставке еды под коммерческим названием «Радуга вкуса». Следовательно, указанная информация по своему содержанию и целевой направленности является рекламой.

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.

Согласно Письму ФАС России от 24.06.2019 № АК/52901/19 в случае выявления признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в содержании рекламных сообщений, распространение которых осуществляется с использованием приложений WhatsApp Messenger, Viber и иных приложений, передающих и принимающих информацию с использованием сетей электросвязи, в целях установления рекламодателя антимонопольными органами, исходя из содержания рекламного сообщения в соответствии с пунктом 1.5 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12 может быть направлен соответствующий запрос в адрес лица, на привлечение внимания к деятельности (товарам, работам, услугам, средствам индивидуализации) которого направлено распространяемое рекламное сообщение, для установления рекламодателя и рекламораспространителя указанной рекламы.

В ответ на запрос Марийского УФАС России от 25.11.2020 № 03-13/406 ИП К., осуществляющая деятельность по доставке еды под коммерческим названием «Радуга вкуса», сообщила, что указанную рекламную информацию не распространяла. Абонентский номер, с которого было получено указанное рекламное сообщение, не зарегистрирован на ИП К., а также на кого-либо из сотрудников предпринимателя.

Также ИП К. сообщила, что указанную информацию о проведении акции распространяла организация «PRONTO SMS», что является коммерческим наименованием ООО «Мир Вендинга». Сотрудник ИП Ким М.П. согласовывал посредством переписки в мессенджере WhatsApp с сотрудником ООО «Мир Вендинга» проект листовки, информирующей о начале проведения акции для ее дальнейшей обработки и направлению потребителям – пользователям мессенджера WhatsApp. Оплата услуг информирования потребителей службы доставки еды «Радуга вкуса» о товарах, услугах, производимых акциях в размере 6900 руб. совершалась с помощью платежной системы «Яндекс.Деньги».

В ответ на запрос Марийского УФАС России от 03.12.2020 № 03-13/422 ООО «Мир Вендинга» сообщило, что не распространяло указанное сообщение, так как не предоставляет заказчикам услуг по отправке сообщений посредством мессенджера WhatsApp, в связи с отсутствием технической возможности для распространения сообщений с помощью данного мессенджера.

ООО «Мир Вендинга» сообщило, что в октябре 2019 г. между ООО «Мир Вендинга» и ИП К. заключен публичный договор по предоставлению доступа к сервису prontosms, принадлежащего обществу. Вышеуказанный договор заключался с ИП К. посредством регистрации предпринимателя в сервисе prontosms, расположенный в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» по адресу: [https://clk.prontosms.ru/ru/reg.html?roistat\\_visit=15584](https://clk.prontosms.ru/ru/reg.html?roistat_visit=15584). Договор был заключен и вступил в силу с момента регистрации ИП К. в сервисе prontosms.

Согласно пункту 1.3 договора, заказчик в лице ИП К. подтверждает, что при регистрации в сервисе prontosms с условиями договора ознакомлен, для него они понятны и им приняты в полном объеме. Разногласий по договору не имеет.

В рамках вышеуказанного договора, исполнитель в лице ООО «Мир Вендинга» только предоставляет заказчику доступ к сервису prontosms, справочную информацию и техническую поддержку при работе с сервисом, но не формирует, не преобразует и не вмешивается в содержание текста сообщения, а также не совершает каких-либо действий по отправке и выбору получателя согласно пунктам 3.2.5, 6.2.4 договора.

Согласно пункту 6.2.4 договора заказчик подтверждает, что рекламодателем и рекламораспространителем является заказчик, так как самостоятельно совершает действия по доведению рекламного сообщения до получателя.

В соответствии с пунктом 6.2.4 договора, исполнитель предоставляет исключительно техническую возможность для рассылки сообщений, а заказчик является распространителем и несет полную ответственность за соблюдение законодательства Российской Федерации, в том числе Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

В силу пункта 6.2.15 договора заказчик гарантирует, что в случае возбуждения любого рода дел в отношении исполнителя в связи с нарушением норм законодательства, допущенных в результате отправки (рассылки) и доставки сообщений, отправляемых заказчиком в рамках оказания услуг, надлежащим ответственным лицом (в случае нарушения законодательства о рекламе и связи) является заказчик.

Также, ООО «Мир Вендинга» сообщило, что не получало денежные средства в размере 6900 руб. от ИП К. при помощи платежной системы «Яндекс.Деньги» в качестве оплаты услуг информирования потребителей службы доставки еды «Радуга вкуса» о товарах, услугах, производимых акциях.

В ответ на определение о возбуждении дела № 012/05/18-1045/2020 по признакам нарушения законодательства о рекламе от 29.12.2020 ООО «Мир Вендинга» сообщило, что с февраля 2020 не оказывает услуги по предоставлению доступа к сервису prontosms.

В ответ на определение об отложении дела № 012/05/18-1045/2020 от 29.01.2021 ИП К. пояснила, что договор, предметом которого является оказание услуг по обеспечению доступа к сервису исполнителя, обеспечивающему формирование, доставку и подтверждение о доставке SMS/Viber сообщений, заключен с ИП Ф. (<...>).

В соответствии с пояснениями от 22.03.2021 № 2496, представленными ИП Ф., договор № 75 от 30.11.2020 заключен с ИП К. после осуществления рассылки на номер <...> рассматриваемого рекламного сообщения.

Также, ИП Ф. указывает, что предмет договора № 75 от 30.11.2020, указанный в пункте 2.1, не включает рассылку посредством мессенджера WhatsApp.

Кроме того, в соответствии с пунктом 4.5 указанного договора заказчик в лице ИП К. обязуется формировать сообщения и отправлять их только при наличии согласия на получение таких сообщений от получателя сообщений. Заказчик самостоятельно и за свой счет предварительно получает согласия, урегулирует претензии любых третьих лиц, в том числе получателей сообщений, органов государственной власти по всем вопросам, вытекающим из условий настоящего договора.

Согласно пункту 4.6 договора, рекламодателем и рекламораспространителем по указанному договору выступает заказчик в лице ИП К., который совершает определенные действия по доведению рекламы до получателя сообщения. Исполнитель в лице ИП Ф. только обеспечивает доступ к сервису и не осуществляет непосредственно распространение рекламных сообщений и рекламодателем и рекламораспространителем не является. Заказчик в рамках указанного договора является рекламодателем и рекламораспространителем.

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.

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.

В Письме от 24.06.2019 № АК/52901/19 ФАС России указывается, что требование части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространяется на всю без исключения рекламу, распространяемую по сетям электросвязи, в том числе на приложения WhatsApp Messenger, Viber и иных приложений, передающих и принимающих информацию с использованием сетей электросвязи.

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.

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 почтовых отправлений и электронных сообщений, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

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.

Вместе с тем, Овчинников В.М. не выражал согласие на получение рассматриваемой рекламной информации.

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.

Поскольку согласие абонента <...> на получение им подобных сообщений отсутствует, следовательно, допущено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе со стороны рекламодателя.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе за нарушение статьи 18 данного закона ответственность несет рекламодатель.

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.

Рекламодателем и рекламопроизводителем в соответствии со статьей 3 Закона о рекламе является ИП К., что подтверждается предпринимателем в ответе на запрос Марийского УФАС России вх. № 11133 от 01.12.2020.

В соответствии с Письмом ФАС России от 24.06.2019 № АК/52901/19 само по себе распространение рекламы с использованием приложений WhatsApp Messenger, Viber и иных приложений, передающих и принимающих информацию с использованием сетей электросвязи, не является основанием для признания разработчиков указанного программного обеспечения рекламодателями.

В соответствии с публичным договором по предоставлению доступа к сервису prontosms, заключенным между ООО «Мир Вендинга» и ИП К., а также договором № 75 от 30.11.2020, заключенным между ИП К. и ИП Ф., рекламодателем рассматриваемого сообщения является ИП К.

На основании вышеизложенного, Комиссия Марийского УФАС России пришла к выводу о наличии в действиях ИП К. нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламного сообщения на абонентский номер <...> посредством мессенджера WhatsApp без его согласия.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 5 данной статьи влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

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

В соответствии с частью 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.

Одним из обстоятельств, подлежащих выяснению по делу об административном правонарушении, является виновность лица в

совершении административного правонарушения (статья 26.1 КоАП РФ).

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.

Антимонопольным органом установлено, что ИП К. при должной внимательности и осмотрительности при размещении рекламы могла предвидеть последствия - возможность нарушения законодательства о рекламе, имела возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предприняла всех зависящих от него мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

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.

Согласно части 1 статьи 51 Конституции РФ никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом.

ИП К. надлежащим образом извещена о дате, времени и месте составления протокола. По адресу места жительства ИП К. направлено уведомление о составлении протокола от 01.04.2021 исх. № 03-07/250, которое, согласно информации с сайта Почты России, вручено адресату 08.04.2021.

Протокол составлен по правилам статьи 28.2 КоАП РФ в отсутствие ИП К.

**Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении:**

**14 мая 2021 года в 11 час. 30 мин.** по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

Обращаем внимание, что пропуск в здание Марийского УФАС России ограничен: при входе необходимо иметь при себе справку, подтверждающую право передвигаться в период самоизоляции, средства индивидуальной защиты (медицинская маска, одноразовые перчатки).

В связи с чем, возможность участия в составлении протокола об административном правонарушении будет организована посредством удаленного доступа через программу «VideoMostlite» по ссылке: <https://fas1.tconf.rt.ru/c/5448407815>.

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.

- в указанный срок, либо неявка представителя будет расценена как отказ от подписания протокола об административном правонарушении.

Приложение: инструкция для участников видеоконференцсвязи – 9 л.

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)

\_\_\_\_\_ 2021 г. \_\_\_\_\_

(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)

« \_\_\_\_\_ 2021 г. \_\_\_\_\_ (подпись)