

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-454/2021

об административном правонарушении

«21» мая 2021 года
Йошкар – Ола

г.

Протокол составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> в соответствии со статьей 28.2 КоАП РФ в отношении должностного лица ООО «Строй-Инвест» - генерального директора <...> (<...>) по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении рекламной информации посредством смс-сообщения на абонентский номер гражданина без его согласия (решение Комиссии Марийского УФАС России о признании рекламы ненадлежащей от 14.01.2021 по делу №012/05/18-839/2020)

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: г. Йошкар-Ола.

Время совершения административного правонарушения: 26.08.2020 года – дата поступления заявления <...> о нежелательном смс-сообщении.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <...> (вх. № 163-Б от 26.08.2020) о нежелательном смс-сообщении, распространенном с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Профнастил, рабица, утеплитель и др. Скидка 10% 89951041663».

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 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 (письмо ФАС России от 05 апреля 2007 года исх. № АЦ/4624).

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 рассматриваемой рекламе, поступившей посредством смс-сообщения, объектом рекламирования являются строительные материалы и услуги по предоставлению скидки.

Информация, направленная <...> в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, из сообщения не следует, что оно 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, поступившая <...>, является рекламой, так как смс-сообщение отправлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим товарам и услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его 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.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия абонента на ее получение, что указывает на нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

В письменных пояснениях ПАО «Ростелеком» сообщило, что абонентский номер <...> выделен по договору об оказании услуг связи № 100268401 от 30.06.2020 ООО «Строй-Инвест» (<...>).

Согласно пункту 1.1. и 1.2. вышеуказанного договора договор регулирует отношения между Оператором и Абонентом при оказании Оператором услуг связи. В соответствии с условиями настоящего договора оператор оказывает услуги, а абонент оплачивает. Права и обязанности сторон не могут передаваться другим лицам иначе как в порядке установленным законом или договором. В случае передачи абонентского устройства с подключенной SIM-картой третьим лицам, абонент несет ответственность за все действия, совершенные третьим лицом с использованием телефонного номера.

В соответствии с частью 1 статьи 46 Закона о связи оператор связи обязан оказывать пользователям услуги связи в соответствии с законодательством Российской Федерации, национальными стандартами, техническими нормами и правилами, лицензией, а также договором об оказании услуг связи; соблюдать требования, касающиеся организационно-технического взаимодействия с другими сетями связи, пропуска трафика и его маршрутизации и устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти в области связи, а также требования к ведению взаиморасчетов и обязательным платежам.

Пунктом 21.1 Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 28.03.2005 № 161, оператор сети подвижной связи при оказании услуг присоединения обязан обеспечить возможность пропуска трафика на (от) своей сети связи.

Письмом от 28.04.2011 № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» ФАС России указала, что поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, рекламораспространителем не является.

Следовательно, ПАО «Ростелеком» не является рекламораспространителем, а только обеспечивает подключение к сети оператора.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за

нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламораспространитель.

Марийским УФАС России установлено, что смс-сообщение поступило с номера телефона <...>, принадлежащего ООО «Строй-Инвест».

Кроме того, ООО «Строй-Инвест» в письменных пояснениях от 26.10.2020 указало, что между Обществом (исполнитель) и ИП А. (заказчик) заключен договор № 0058/2018 от 17.01.2018. Согласно данному договору ИП А. самостоятельно без участия общества формирует базу телефонных номеров абонентов для рассылки, определяет содержание сообщений, производит набор текстов и самостоятельно осуществляет рассылку. ООО «Строй-Инвест» предоставляет только услуги доступа к Системе программного обеспечения и не формирует, и не рассылает сообщения.

В соответствии с договором, Исполнитель оказывает за плату Заказчику услуги доступа к системе для самостоятельной отправки сообщений из личного кабинета, обеспечивающему формирование, отправку и подтверждение об отправке SMS/Viber/Whatsapp сообщений в течение определенного периода. При пользовании услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров абонентов для рассылки сообщений, определяет содержание сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку сообщений абонентам и адресатам в соответствии с требованиями законодательства и условиями договора.

В соответствии с п. 3.1 договора обязанностями Исполнителя является оказание Заказчику услуги в соответствии с действующими тарифами, предоставление Заказчику доступ к системе в соответствии с условиями настоящего договора, обеспечение Заказчику возможность контроля за информацией о зачислении платежей, состоянии своего электронного виртуального счета и состоянии каждого переданного для отправки SMS/Viber/Whatsapp сообщения через сайт Исполнителя посредством предоставления логина и пароля доступа к электронному виртуальному счету Заказчика.

Согласно пункту 3.2 договора, в обязанности Заказчика входит соблюдение требований законодательства Российской Федерации при исполнении договора в отношении использования услуг, требования законодательства других стран, в которые выполняется рассылка сообщений, а также норм международного права. В обязательном порядке получать от абонента или адресата согласие на получение сообщений, выраженного посредством совершения или действий, однозначно идентифицирующих этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщений, в форме, которая может быть предъявлена оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

Таким образом, договорные отношения между ООО «Строй-Инвест» в лице

генерального директора <...> и А. подтверждают совершение последовательности действий сторонами по распространению рассматриваемой рекламы, а, следовательно, являются рекламодателем и распространителем.

ООО «Строй-Инвест» в лице генерального директора <...> при распространении смс-сообщения не были предприняты все зависящие от общества меры по предотвращению нарушения законодательства.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

В соответствии с частью 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 соответствии со статьей 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.

Совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители коммерческих и некоммерческих организаций несут ответственность как должностные лица.

Марийским УФАС России установлено, что ответственным за распространение рекламы ООО «Строй-Инвест» является генеральный директор Васильев Андрей Анатольевич.

В силу статьи 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично. 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.

Генеральным директором ООО «Строй-Инвест» <...> при размещении

рассматриваемой рекламы не были предприняты все зависящие от него меры по соблюдению законодательства о рекламе, по предотвращению совершения правонарушения.

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.

В силу части 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 должностного лица – генерального директора ООО «Строй-Инвест» <...>, надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления протокола (в адрес <...> 30.04.2021 направлено уведомление о составлении протокола исх. №03-07/343). В соответствии со сведениями Почты России 07.05.2021 произошла неудачная попытка вручения письма и 13.05.2021 произошел возврат отправителю из-за истечения срока хранения.

Согласно пункту 24.1 постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от получения направленных материалов или не явившиеся за их получением несмотря на почтовое извещение.

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «28» мая 2021 года в 15 час. 00 мин. по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

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)

Также сообщаем, что возможность участия в составлении протокола будет организована посредством удаленного доступа через программу «TrueConf Server» по ссылке: <https://fas1.tconf.rt.ru/c/7450024424>.

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.

Информацию об участии в составлении протокола посредством удаленного доступа необходимо сообщить в Марийское УФАС России по телефону 8 (8362) 41-76-21.