Постановление

о наложении штрафа по делу №012/04/14.3-1204/2021

об административном правонарушении

«10» февраля 2022 года г. Йошкар-Ола

Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) в лице заместителя руководителя-начальника отдела <…>, рассмотрев протокол от «27» декабря 2021 года об административном правонарушении и материалы дела №012/04/14.3-1204/2021, возбужденного в отношении старшего менеджера экспертизы и поддержки корпоративных решений и сервисов ПАО «Вымпел-Коммуникации» <…> (<…>) по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: *«Первый заём под 0% без скрытых подписок до 30 000 рублей до 30 дней! http://bit.ly/ZAYMERBe5 ООО МФК Займер»* 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 №012/04/14.3-1204/2021 в отношении старшего менеджера экспертизы и поддержки корпоративных решений и сервисов ПАО «Вымпел-Коммуникации» <…> по факту нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

По адресу места регистрации <…> направлено уведомление о составлении протокола исх. № 03-07/959 от 14.12.2021, так же направлена телеграмма №733 от 14.12.2021

Протокол об административном правонарушении от «27» декабря 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 №012/04/14.3-1204/2021 об административном правонарушении (исх. № 03-07/989 от 17.12.2021) направлена по

адресу места регистрации <…>.

Копия определения об отложении рассмотрения дела об административном правонарушении №012/04/14.3-1204/2021 с указанием даты, времени, места рассмотрения дела об административном правонарушении направлена по адресу места регистрации <…>. Так же направлена телеграмма №841 от 08.02.2022.

Таким образом, должностное лицо <…> на момент рассмотрения административного дела №012/04/14.3-1204/2021 надлежащим образом извещено о месте и времени рассмотрения административного дела.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление <…> вх. № 168-А от 04.06.2021, направленное в порядке переадресации из Управления Роскомнадзора по Приволжскому федеральному округу, относительно смс-сообщения с рекламной информацией компании ООО «МФК Займер» без согласия абонента.

В своем заявлении <…> указал, что на его абонентский номер (<…>) 25.05.2021 в 14:47 поступило смс-сообщение от отправителя Zaymer без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Первый заём под 0% без скрытых подписок до 30 000 рублей до 30 дней! http://bit.ly/ZAYMERBe5 ООО МФК Займер».

Антимонопольный орган в соответствии с предоставленными Федеральным законом от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) полномочиями осуществляет государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе и проводит проверки рекламы на соответствие требованиям Российской Федерации.

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 содержит следующие признаки рекламы: 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 рассматриваемого рекламного смс-сообщения.

ПАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях указало, что <…> является абонентом сотовой связи ПАО «ВымпелКом» на основании договора об оказании услуг подвижной связи от 06.10.2008. На момент получения рекламы действовали новые условия оказания услуг ПАО «ВымпелКом». Против действующей редакции условий абонент не возражал. С просьбами о прекращении распространения рекламной информации не обращался, претензий по данному вопросу не зафиксировано.

Так, пунктом 8.13 Условий оказания услуг подвижной связи «Билайн», действовавших на момент получения рассматриваемого смс-сообщения, установлено, что абонент вправе отозвать данное им согласие в любое время путем направления оператору соответствующего письменного уведомления.

Однако в договоре отсутствует указание на то, что <…> предоставил согласие на получение рекламой информации. Таким образом, у <…> отсутствовало согласие на получение данного рекламного сообщения, и он не обязан

дополнительно оформлять отказ от получения согласия в соответствии с п. 8.13 Условий оказания услуг подвижной связи «Билайн».

ПАО «ВымпелКом» указало, что отправителем с буквенным обозначением Zaymer рассматриваемого рекламного смс-сообщения на номер <…> является ООО Микрофинансовая компания «Займер» (<…>).

Из письменных пояснений ООО Микрофинансовая компания «Займер» (далее – ООО МФК «Займер») от 20.08.2021 вх. № 7915 следует, что 01.02.2021 между ПАО «ВымпелКом» (Исполнитель) и ООО МФК «Займер» (Заказчик) заключен договор № 672458230 оказания услуг связи «Билайн», согласно которому Исполнитель обязуется оказать Заказчику услуги по рассылке SMS1 и PUSH2 сообщений (далее – Услуги) на абонентские телефонные номера потенциальных и/или действующих клиентов и/или партнеров ООО МФК «Займер»), являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн (далее – Пользователи), а Заказчик обязуется принять и оплатить оказанные услуги.

Согласно Приложению №1 к Договору № 672458230 оказания услуг связи «Билайн», ООО МФК «Займер» заказывает предоставление Дополнительных информационных услуг путем проставления соответствующей отметки в Бланке заказа на Услуги и предоставления ПАО «ВымпелКом» информации, необходимой для предоставления данных услуг. При предоставлении Дополнительных информационных услуг критерии таргетирования списка Пользователей определяются ПАО «ВымпелКом» самостоятельно по результату предоставления Дополнительных информационных услуг и направляются ПАО «ВымпелКом» на указанный в Дополнительном соглашении адрес электронной почты ООО МФК «Займер».

Отчет предоставляется в обезличенном виде и не содержит персональных данных или иной конфиденциальной информации о Пользователях.

Согласно п. 5.5 Приложения №1 к Договору № 672458230 оказания услуг связи «Билайн», Рассылка SMS и PUSH сообщений осуществляется в соответствии с принятой в ПАО «ВымпелКом» политикой контактов, редакционной политикой и с учетом стоп-листов ПАО «ВымпелКом». В стоп-листы ПАО «ВымпелКом» включаются номера Пользователей, выразивших отказ на получение информации посредством рассылки SMS и/или иных сообщений.

Выборку клиентов и соответственно получение согласия от своих абонентов для рассылки SMS1 и PUSH2 сообщений происходит на стороне ПАО «ВымпелКом». ООО МФК «Займер» не получает предварительную информацию, на какие номера будет отправлено рекламное сообщение.

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 рекламораспространителя.

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 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.

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 выражал 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 рекламораспространителей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

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 ПАО «ВымпелКом» в лице старшего менеджера экспертизы и поддержки корпоративных решений и сервисов <…>.

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: «Первый заём под 0% без скрытых подписок до 30 000 рублей до 30 дней! http://bit.ly/ZAYMERBe5 ООО МФК Займер» является старший менеджер экспертизы и поддержки корпоративных решений и сервисов ПАО «ВымпелКом» <…>.

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: 25.05.2021, 14:47 – 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 – старший менеджер экспертизы и поддержки корпоративных решений и сервисов ПАО «ВымпелКом» <…>;

- 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 admini стративного 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 Воронежской области вынесено постановление по делу № 036/04/14.3-78/2021 от 12.03.2021, которым назначен штраф в размере 5000 руб., оплаченный должностным лицом 12.03.2021).

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 в размере 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, вынесшие 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