

ПРОТОКОЛ № 012/04/14.3-1204/2021

об административном правонарушении

«27» декабря 2021 года
Йошкар-Ола

г.

Протокол составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении старшего менеджера экспертизы и поддержки корпоративных решений и сервисов ПАО «Вымпел-Коммуникации» <...> (<...>) по факту распространения рекламы посредством телефонного звонка без предварительного согласия абонента с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

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: 25.05.2021, 14:47 – время поступления рекламного звонка без предварительного согласия абонента.

Событие административного правонарушения:

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 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, 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 Zaumer 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 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 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 рекламодателей, 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 рекламодистрибьютора. 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; рекламодистрибьютор - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, антимонопольным органом установлено, что рекламодистрибьютором является ПАО «ВымпелКом».

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 рекламодистрибьютором 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: «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 «Вымпел-Коммуникации» Овчинников А.А.

Кроме того, в соответствии с должностной инструкцией старшего менеджера экспертизы и поддержки корпоративных решений и сервисов от 06.08.2019 в его должностные обязанности входит осуществление операционного взаимодействия с клиентами и агрегаторами, участие в согласовании и разработке процессов и процедур, анализе эффективности проектов по сервисам таргетированных смс-рассылок и сервисам лидогенерации с использованием смс-рассылок.

Вместе с тем, <...> не принял всех зависящих от него мер при наличии необходимой степени заботливости и осмотрительности, которые требовались от него по соблюдению требований действующего законодательства, не исполнил надлежащим образом организационно-распорядительные и административно-хозяйственные функции по соблюдению требований законодательства о рекламе, т.е. не предпринял необходимых и достаточных мер для соблюдения 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.

Протокол составлен по правилам статьи 28.2 КоАП РФ в отсутствии старшего менеджера экспертизы и поддержки корпоративных решений и сервисов ПАО «Вымпел-Коммуникации» <...>, при надлежащем извещении

должностного лица о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении (по адресу места регистрации <...> направлено уведомление о составлении протокола исх. №03-07/959 от 14.12.2021, также направлена телеграмма №733 от 14.12.2021).

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «11» января 2022 года в 10 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 средства индивидуальной защиты (медицинская маска, одноразовые перчатки).

Также сообщаем, возможность участия в составлении протокола будет организована посредством удаленного доступа по ссылке: **<https://fas1.tconf.rt.ru/c/2937596994>**.

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.

Приложение: инструкция для участников видеоконференцсвязи – 9.

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)

«27» декабря 2021 года

(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)