

об административном правонарушении

«22» февраля 2024 года г. Йошкар – Ола

Протокол составлен ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> в соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП Ч. (ИНН <...>, ОГНИП <...>) по факту нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в направлении 16.07.2023 в 15 часов 05 минут на телефонный номер <...> смс-рекламы с буквенного идентификатора monnet.ru без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Ваш заем одобрен на 15 000 руб. под 0%! Получить: dngz.ru/iXУkca» (решение Марийского УФАС России от 27.12.2023 по делу № 012/05/18-869/2023).

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

Место совершения административного правонарушения: г. Новосибирск.

Время совершения административного правонарушения: 16.07.2023 в 15 часов 05 минут.

Событие административного правонарушения:

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление <...> (вх. № 5207-ЭП/23 от 18.07.2023).

В своем заявлении <...> указал, что на его абонентский номер (<...>) 16.07.2023 в 15 часов 05 минут было направлено смс -сообщение с буквенного идентификатора monnet.ru, без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Ваш заем одобрен на 15 000 руб. под 0%! Получить: dngz.ru/iXУkca».

Решением от 27.12.2023 по делу № 012/05/18-869/2023 указанная реклама признана ненадлежащей в связи с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) на основании следующего.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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.

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).

Товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (статья 3 Закона о рекламе).

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.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объектам рекламирования – финансовые услуги и сайт <https://zaim5min.com/> по ссылке dngz.ru/iXУkca, формирование или поддержание интереса к ним и их 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. 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 рекламодателе.

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.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

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

Согласно сведениям, содержащимся в реестре Российской системы и плана нумерации, абонентский номер заявителя принадлежит ООО «Т2 Мобайл».

ООО «Т2 Мобайл» в письменных пояснениях сообщило, что направление смс-сообщения абоненту <...> от отправителя mopeneta.ru осуществило ООО «СМС Трафик» на основании заключенного договора № 225/SMS-BULK от 01.06.2015, рассылка производилась по клиентской базе заказчика.

ООО «СМС Трафик» представило письменные пояснения о том, что данная смс-реклама распространялась ООО «Севен Технолоджи» по договору оказания услуг доступа к системе № 138/20 от 01.08.2020.

В соответствии с п. 2.1 договора ООО «СМС Трафик» обязуется оказывать ООО «Севен Технолоджи» услуги доступа к системе (аппаратный комплекс по обработке смс-сообщений), в том числе проводить необходимые технические и организационные мероприятия по обработке сообщений с помощью системы, обеспечивающие прием сообщений абонентами или от абонентов и передачу сообщений операторами абонентам на возмездной основе.

ООО «Севен Технолоджи» в письменных пояснениях указало, что данная смс-рассылка была осуществлена через технические и программные средства общества по заказу ИП Ч. в рамках исполнения договора № СМС-02/22 от 01.11.2021.

ИП Ч. в письменных пояснениях сообщил, что предпринимателем была инициирована данная рассылка, поскольку им было получено согласие абонента через форму сайта mopeneta.ru.

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.

Также, 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 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.

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.

Из представленных в материалы дела пояснений ИП Ч. следует, что предпринимателем была инициирована данная рассылка, поскольку им было получено согласие абонента через форму сайта mopeneta.ru.

В целях установления подлинности представленного предпринимателем согласия, Марийским УФАС России направлен запрос от 18.08.2023 № ОЕ/4381/23 с приложением спорного согласия.

Вместе с тем, <...> в письменных пояснениях сообщил, что никакие заявки на указанном сайте не оставлял, данный сайт не посещал и не давал согласие на обработку и хранение своих персональных данных. Указанное отражено в письменных пояснениях <...> от 19.08.2023.

В связи с тем, что владелец номера <...> <...> прямо указывает на то, что согласие не давал, а предъявленное предпринимателем согласие является поддельным и подложным, у антимонопольного органа отсутствуют основания для признания представленных ИП Ч. материалов в качестве подтверждающих наличие согласия абонента на получение смс-рекламы.

Таким образом, в Марийское УФАС России не были представлены доказательства того, что данное смс-сообщение поступило абоненту <...> с его предварительного согласия, надлежащим образом полученного отправителями.

На основании изложенного, антимонопольным органом установлено, что рассматриваемая реклама распространялась без предварительного согласия абонента на ее получение.

На основании данных обстоятельств антимонопольным органом установлено, что распространители рекламы не представили доказательства, свидетельствующие о наличии согласия абонента <...> на получение им подобных смс-сообщений, а, значит, нарушение законодательства о рекламе со стороны рекламодателей установлено.

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.

Проанализировав правоотношения, складывающиеся между ООО «Т2 Мобайл», ООО «СМС Трафик», ООО «Севен Технолоджи» и ИП Ч. Марийское УФАС России пришло к выводу о том, что между субъектами правоотношений фактически возникли взаимосвязанные действия, направленные на доведение сведений, содержащихся в рассматриваемом смс-сообщении, до абонента.

Заключенные между указанными лицами договоры и дополнительные соглашения рассматриваются антимонопольным органом как взаимосвязанные действия, которые свидетельствуют о том, что их предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений за плату.

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.

В письме Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации от 24.04.2014 исх. № ДА-П12-7436 указано, что в соответствии с законом о связи, операторы связи обязаны соблюдать тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Просмотр почтовых отправлений лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, ознакомление с информацией, передаваемой по сетям электросвязи, осуществляется только на основании решения суда, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

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.

Из материалов дела следует, что <...> заключен договор об оказании услуг связи с ООО «Т2 Мобайл», в соответствии с которым оператор связи обязан предоставить абоненту в пользование телефонный номер для пользования услугой передачи данных, а абонент использует указанные средства по назначению, а также оплачивает данные услуги.

В спорных правоотношениях смс-сообщение было передано абоненту по подвижной радиотелефонной связи. Тем самым поставщиком услуг связи <...> в рассматриваемом случае выступает оператор сотовой связи ООО «Т2 Мобайл».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламодатель.

В силу части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

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

Согласно пункту 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

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.

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 ИП Ч. Уведомление о составлении протокола от 14.02.2024 исх. № АБ/625/24 направлено по адресу места регистрации лица (почтовый идентификатор 80081093848768), направлено по адресу электронной почты <...>, а также направлена телеграмма с указанием даты, времени, месте составления протокола.

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «07» марта 2024 года в 09 час. 00 мин. по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

С протоколом ознакомлен,

права и обязанности разъяснены.

Даю согласие на обработку персональных данных _____

(подпись лица, привлекаемого к административной ответственности)

<...>

(Ф.И.О. составившего протокол)

22 февраля 2024 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)

« » _____ 2024 г. _____

(подпись)