

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № 072/04/14.3-134/2023

об административном правонарушении

11.04.2023г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России) <...>, рассмотрев материалы дела №072/04/14.3-134/2023, возбужденного в отношении Общества с ограниченной ответственностью микрофинансовая компания «Эйрлоанс» (далее – ООО МФК «ЭЙРЛОАНС») (123112, г. Москва, Пресненская набережная, д.8, стр. 1, помещение 511М, ОГРН: 1137746543296, ИНН: 7716748537, КПП: 770301001, дата регистрации: 26.06.2013г.),

в отсутствие законного представителя ООО МФК «ЭЙРЛОАНС», надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела (почтовое уведомление №80090382643427), которому права лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, закрепленные ст.25.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ, Кодекс) разъяснены в протоколе от 15.03.2023 по делу №072/04/134/2023 об административном правонарушении,

У С Т А Н О В И Л:

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № 072/05/18-437/2022 от 18.11.2022г. признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «Максим, Ваш одобренный лимит: <https://kviku.ru/l/qrwX/VTNVW/>», распространенная 20.06.2022 в 20:49 с номера «kviku», посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента +<...>, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

15.03.2023г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» был составлен протокол об административном правонарушении № №072/04/14.3-134/2023.

Исследовав материалы административного дела, установлено следующее.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) реклама - это 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. Объект рекламирования – товар, средство его индивидуализации, 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.

Из материалов дела следует, что ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» без согласия абонента <...> на принадлежащий ему абонентский номер 20.06.2022 в 20:49 от абонента «kviku» направило смс-сообщение следующего содержания: «*Максим, Ваш одобренный лимит: <https://kviku.ru/l/qpwX/VTNVW/>*».

Рассматриваемое сообщение, является рекламой, поскольку заявитель каких-либо заявок посредством заполнения форм на сайте не оставлял, каких-либо согласий на получение информации не давал, а, кроме того, клиентом лиц, направивших сообщение не является. Цель данного сообщения – привлечь внимание абонента к сайту <https://kviku.ru/>, который указан в тексте смс-сообщения, т.е. к фактическому его продвижению.

Согласно статье 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 обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

По смыслу приведенной нормы права, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Кроме того, Законом о рекламе не оговорено количество рекламораспространителей, которые могут принимать участие в распространении определенной рекламы.

Таким образом, количество рекламораспространителей, участвовавших в

рекламной sms-рассылке определяется не только набором и отправкой сообщения конечным лицом, но и фактически созданными и/или предоставленными возможностями для распространения рекламы иными лицами, которые осуществляют набор и отправку сообщений.

Распространение указанного sms-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ряда хозяйствующих субъектов на основании заключенных гражданско-правовых договоров.

Согласно п. 2.1. Договора № <...> от <...>г. (далее-Договор) Исполнитель (ПАО «Мегафон») обязуется оказывать Заказчику (ООО «СМС Трафик») за вознаграждение услуги по размещению посредством Каналов коммуникации сообщения, направленные информирование об оказанных услугах Заказчика, или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые Заказчиком, предназначенные для размещения с помощью Каналов коммуникации, а Заказчик обязуется оплачивать их в порядке и в сроки, предусмотренные Договором, приложениями к нему и Заявкам.

При этом стороны определили, что Заявка – это направленный Заказчиком Исполнителю посредством Интерфейса или в письменной форме заказ на проведение Рекламной компании (размещение РИМ), содержащей все условия, подлежащие обязательному определению Сторонами, включающие в себя информацию о содержании (шаблоне) РИМ, Канале коммуникации, сроках оказания услуг, количестве планируемых к размещению sms-сообщений, Подписи, параметрах таргетирования и другой информации. Клиент Заказчика – это третье лицо, являющееся рекламодателем и инициатором размещения РИМ среди Абонентов, с которым у Заказчика заключен договор на оказание услуг по размещению посредством каналов коммуникации РИМ среди Абонентов (п.1.1. Договора).

Согласно п. 3.9. Договора, в случае размещения РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика Заказчик обязуется до размещения РИМ получить согласие Абонентов на получение рекламы, использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их упоминания в sms-сообщении) для целей размещения РИМ. Письменное согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер, по которому Абонент дал согласие на получение sms-сообщений, должен быть указан в соответствии с международным форматом (например, +7(9XX)XXX-XX-XX).

Стороны определили, что Исполнитель вправе осуществлять проверку размещаемых посредством Интерфейса sms-сообщений на предмет их соответствия действующему законодательству Российской Федерации. Исполнитель имеет право незамедлительно прекращать размещение среди Абонентов sms-сообщений Заказчика, если не получено или отозвано согласие Абонента согласия на получение рекламы при размещении РИМ сред абонентов из Базы Абонентов Оператора (п.4.3, п.4.4. Договора).

Стороны определили, что Заказчик гарантирует соответствие РИМ требованиям Федерального закона о рекламе. Заказчик при размещении РИМ среди Абонентов из Базы Абонентов Заказчика, гарантирует наличие надлежащим образом оформленных согласий таких Абонентов на получение рекламы (п.4.7, п.4.8. Договора).

Таким образом, ООО «СМС Трафик», является рекламораспространителем и несет персональную ответственность перед ПАО «Мегафон» и должно размещать рассылку только среди Абонентов, которые выразили свое согласие на получение рекламы.

Согласно п. 2.1. Договора №<...> от <...>г. (далее-Договор) Исполнитель (ООО «СМС Трафик») обязуется оказывать Заказчику (ООО МК «ЭйрЛоанс») услуги доступа к Системе (далее – Услуги), а Заказчик обязуется оплачивать Услуги на условиях, предусмотренных Договором.

Согласно п.1.10. Договора, «Система» – это принадлежащий Исполнителю программно-аппаратный комплекс, который позволяет обрабатывать Сообщения.

Согласно п. 3.2.1. Договора, Заказчик обязан в случаях, предусмотренных законом, получить от Абонента, которому Заказчик планирует отправлять Сообщение, предварительное согласие, выраженное посредством совершения Абонентом действий, однозначно идентифицирующих этого Абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение Сообщения, Сообщение считается отправленным без предварительного согласия Абонента, если Заказчик не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно п.3.3.1. Договора, Исполнитель вправе в случаях, предусмотренных законом, требовать от Заказчика предоставления Исполнителю, Оператору или уполномоченному органу государственной власти документа, подтверждающего согласие Абонента, указанное в п.3.2.1. Договора.

Таким образом, ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» также является рекламораспространителем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Таким образом, установлен круг лиц, непосредственно принимавших участие в последовательной передаче рекламного сообщения заявителю, среди которых и ООО МФК «ЭЙРЛОАНС».

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Закон о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических

рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона "О связи".

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования)

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Согласно статье 3 Федерального закона "О рекламе" рекламодатель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, в случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с "коротких" и "буквенных" номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, признается рекламодателем.

Согласно письменным пояснениям ООО МФК «ЭЙРЛОАНС», <...> внес свои данные, в том числе номер телефона на сайте <https://mozzaim.ru>.

На основании договора, заключенного Обществом с ООО «ДЕВТЕК», последний

передает контактные данные лиц, обратившихся за получением информации на этом сайте о возможности получения займа и предоставив также согласия на получение рекламных материалов и передачу данных третьим лицам. По мнению Общества в его действиях отсутствуют нарушения законодательства о рекламе.

Указанный довод не принимается во внимание как в силу того, что лицами не были представлены доказательства, заполнения заявителем заявки, так и в силу того, что сайт <https://mozzaim.ru/>, никакого отношения к рассматриваемому делу не имеет, так как объектом рекламирования является сайт <https://kviku.ru/l/qpwX/VTNVW/>.

Сам факт направления заявки путем заполнения стандартной формы не подтверждает согласия на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление пользователя исключительно на получение услуг, связанных с получением займа, при этом согласие на получение рекламы и порядок направления заявки на сайте вынуждают его (осознанно либо неосознанно) согласиться на получение рекламных уведомлений в целях получения желаемых услуг.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Нахождение подачи заявки на получение услуги в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по подаче рассматриваемой заявки как дачу им своего согласия на получение рекламной информации, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие будет действовать до тех пор, пока абонент не обратит внимание на не имеющее отношения к подаче заявки на предоставление услуги, условие.

Данное обстоятельство не позволяет признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления.

Добровольность волеизъявления означает, что лицо действительно без каких-либо вынуждающих условий, желает и выражает свое согласие на получение рекламы, даже при наличии одновременной возможности отказаться.

В пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", указано, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам, следует руководствоваться более жесткими требованиями и в каждом конкретном случае учитывать именно наличие прямого

согласия абонента на получение рекламы.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Следовательно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно сначала получить такое согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.

Вместе с тем, у ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» отсутствуют письменное согласие абонента <...> на получение рекламы посредством направления SMS-сообщений. Ответственность за допущенное нарушение установлена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, в соответствии с которой, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот 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 с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Объектом правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, являются общественные отношения в области рекламы, а также регламентированный порядок осуществления предпринимательской деятельности.

Объективную сторону состава административного правонарушения образует распространение рекламы с нарушением требований законодательства о рекламе, а именно части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, представляет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям пренебрежительным отношением лица к исполнению своих публично-правовых обязанностей, к требованиям, предусмотренным Законом о рекламе, что посягает на установленный порядок в области распространения рекламы.

Часть 1 статьи 14.3 КоАП РФ предусматривает наступление административной ответственности вне зависимости от наличия/отсутствия отрицательных последствий распространения ненадлежащей рекламы.

Субъектом административного правонарушения по делу №072/04/14.3-134/2023

выступает – ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» (123112, г. Москва, Пресненская набережная, д.8, стр. 1, помещение 511М, ОГРН: 1137746543296, ИНН: 7716748537, КПП: 770301001, дата регистрации: 26.06.2013г.).

Таким образом, ООО МФК «ЭЙРЛОАНС», распространяя вышеуказанную рекламу без предварительного согласия потребителя на получение рекламы, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьей 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дела – 20.06.2022г.

Согласно пункту 2 статьи 2.1. КоАП РФ, юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Антимонопольным органом установлено, что ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» при должной внимательности и осмотрительности при распространении рекламы могло предвидеть последствия – возможность нарушения законодательства о рекламе, имело возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предприняло всех зависящих от него мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Вина ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» состоит в том, что оно не выполнило установленных Законом о рекламе требований и не предприняло всех зависящих от него мер по их соблюдению.

Дело об административном правонарушении №072/04/14.3-134/2023 в соответствии с частью 3 статьи 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Совершенное ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» 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 обладающих специальными познаниями.

Состав административного правонарушения, предусмотренный частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, является формальным, и для квалификации действий по названной норме не требуется обязательного наступления неблагоприятных последствий.

Наступление общественно опасных последствий в виде причинения ущерба при совершении правонарушений с формальным составом не доказывается,

возникновение этих последствий презюмируется самим фактом совершения действий или бездействий.

Административные правонарушения, совершаемые в сфере рекламы, посягают на нарушение установленных законодательством о рекламе требований и предписаний, в связи с чем вред, причиненный этими правонарушениями, наносится общественным интересам, а не конкретным физическим и юридическим лицам.

Общественный вред выражается в пренебрежении установленными законодательством нормами, обязательными для исполнения всеми без исключения лицами.

ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» должно было знать требования законодательства о рекламе, а также меру ответственности за его нарушение.

Учитывая характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, можно сделать вывод о том, что совершенное ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем, отсутствуют основания для признания его малозначительным.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законом требований, при рассмотрении дела не установлены.

К смягчающим обстоятельствам относится факт совершения правонарушения Обществом впервые. Отягчающих обстоятельств не выявлено.

На основании изложенного, учитывая характер и степень виновности лица, привлекаемого к административной ответственности, причины и условия совершения административного правонарушения, руководствуясь статьями 2.4, 14.3, 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Применить к ООО МФК «ЭЙРЛОАНС» (123112, г. Москва, Пресненская набережная, д.8, стр. 1, помещение 511М, ОГРН: 1137746543296, ИНН: 7716748537, КПП: 770301001, дата регистрации: 26.06.2013г.), меру ответственности в виде административного штрафа в размере **100 000 (сто тысяч)** рублей за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3. КоАП РФ.

2. Сумму штрафа надлежит уплатить по следующим реквизитам:

Получатель платежа: Управление Федерального казначейства по Тюменской области (Тюменское УФАС России)

Наименование банка: Отделение Тюмень Банка России/УФК по Тюменской области г. Тюмень

ЕКС (номер банковского счета): 40102810945370000060

Номер казначейского счета: 03100643000000016700

БИК: 017102101

ИНН: 7202081799

КПП: 720301001

ОКТМО: 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 01141 01 0003 140

УИН: 16100500000001636598

Назначение платежа: «Нарушение ч.1 ст.14.3 КоАП РФ».

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1 КоАП РФ, а также частью 1 статьи 30.3 КоАП постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно статьи 31.1 КоАП 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.

Согласно статьи 32.2 КоАП РФ, административный штраф должен быть уплачен в полном размере лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

Приложение: платежное поручение на уплату штрафа – на 1 л. в 1 экз.

Заместитель

руководителя управления <...>