Постановление

о наложении штрафа по делу № 012/04/14.3-846/2021

об административном правонарушении

«01» октября 2021 года г. Йошкар-Ола

Заместитель руководителя – начальник отдела Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) <…>, рассмотрев протокол от 17.09.2021 и материалы дела № 012/04/14.3-846/2021 об административном правонарушении, возбужденного в отношении индивидуального предпринимателя П. (<…>) по факту нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством смс-сообщения с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «7000т.р. доступно для Вас! Выбирай и Забирай: cashv.ru/LSAnD», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП), в отсутствии ИП П.,

УстановилА:

Марийским УФАС России возбуждено дело об административном правонарушении № 012/04/14.3-846/2021 в отношении индивидуального предпринимателя П. по факту нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Протокол об административном правонарушении от «17» сентября 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 № 012/04/14.3-846/2021 об административном правонарушении (от 17.09.2021 исх. № 03-07/729) с указанием даты, времени, места рассмотрения дела об административном правонарушении направлена по адресу регистрации ИП П. Марийским УФАС России получен ответ на протокол № 012/04/14.3-846/2021 от ИП П. (вх. №8786 от 17.09.2021). Таким образом, на момент рассмотрения дела № 012/04/14.3-846/2021 ИП П.

надлежащим образом уведомлена о дате, месте и времени рассмотрения дела.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) поступило заявление <…> (вх. № 133-Б от 17.05.2021).

В своем заявлении <…> указал, что на его абонентский номер (<…>) 12.05.2021 в 12 часов 39 минут поступило смс-сообщение от отправителя «vzaimy24ru», без предварительного согласия абонента следующего содержания: «7000т.р. доступно для Вас! Выбирай и Забирай: cashv.ru/LSAnD».

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального закона от 26.03.2006 года № 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, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования (финансовые услуги) формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

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 <…> принадлежит ООО «Т2 Мобайл».

Письмом от 25.05.2021 вх. № 73 ДСП ООО «Т2 Мобайл» указало, что распространение данной рекламы осуществлялось АО «Загрузка» в рамках Договора.

Письмом от 11.06.2021 вх. № 1130 АО «Загрузка» указало, что общество выполняет только технологическую функцию по передаче сообщений через свою коммуникационную платформу от Заказчика оператору. Рассылка сообщений осуществлялась в рамках исполнения договора № СМС-10/17 от 01.03.2017 между АО «Загрузка» и ООО «Раппорто».

В соответствии с условиями договора № СМС-10/17 от 01.03.2017, АО «Загрузка» берет на себя обязательства по предоставлению ООО «Раппорто» услуг по доступу к коммуникационной платформе АО «Загрузка» для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы ООО «Раппорто» либо клиента ООО «Раппорто», формируемых и отправляемых ООО «Раппорто» для дальнейшей отправки смс- сообщений абонентам.

Согласно п.3.3.1 договора № СМС-10/17 от 01.03.2017 АО «Загрузка» обязуется осуществлять технологическую передачу сообщений через свою коммуникационную платформу, формируемых ООО «Раппорто».

Письмом от 01.07.2021 вх. № 6155 ООО «Раппорто» указало, что распространение данной рассылки осуществлялось в рамках исполнения договора №ПАА-03/20 от 11.03.2020, заключенного между ООО «Раппорто» и ИП П. (<…>).

Согласно п. 1.6 договора №ПАА-03/20 от 11.03.2020, ООО «Раппорто» является организацией-посредником, работающей на рынке смс-маркетинга, занимающейся установлением множественных договоренностей с

операторами связи для облегчения процесса распространения смс-сообщений.

Согласно п. 2.1 договора №ПАА-03/20 от 11.03.2020, ООО «Раппорто» за обусловленную плату предоставляет ИП П. доступ к системе Rapporto, обеспечивающей формирование, планирование, доставку до абонентов различных смс-рассылок, управление ими и пр., а также услуги по осуществлению информационно-технического обслуживания: обработке трафика и разделению (сепарации) его по операторам, установление принадлежности абонентского номера к какому-либо оператору по базе MNP (базе перенесенных номеров), технической поддержке.

Формирование текста смс-сообщений и создание списка телефонных номеров абонентов для отправки/доставки смс-сообщений производилось ИП П. в системе самостоятельно.

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 рекламораспространителе.

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 частью 3 статьи 10 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при использовании для распространения информации средств, позволяющих определять получателей информации, в том числе телефонных звонков, лицо, распространяющее информацию, обязано обеспечить получателю информации возможность отказа от такой информации.

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.

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.

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.

Так, указанная информация доводилась до абонента без предварительного согласия на ее получение.

На основании вышеизложенного, Марийским УФАС России установлено, что при отправке 12.05.2021 в 12:39 смс-сообщения на телефонный номер <…> (<…>) нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

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, антимонопольным органом установлено, что рекламодателем, рекламораспространителем и рекламопроизводителем вышеуказанной рекламы являются ИП П., АО «Загрузка», ООО «Раппорто».

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 рекламораспространителем 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 настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Согласно пункту 1 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.

Антимонопольным органом установлено, что ИП П. при должной внимательности и осмотрительности при размещении рекламы могла предвидеть последствия - возможность нарушения законодательства о рекламе, имела возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предприняла всех зависящих от него мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Антимонопольный орган на основе собранных по делу доказательств приходит к выводу, что вина ИП П. 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: 12.05.2021 12:39 – время поступления рекламного смс-сообщения без согласия абонента.

Состав административного правонарушения, совершенного ИП П. и предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, образуют:

- объект административного правонарушения - установленный порядок производства, размещения и распространения рекламы;

- объективная сторона – действия ИП П., направленные на доведение рекламы до потребителей с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе;

- субъект правонарушения – ИП П.;

- субъективная сторона - виновное совершение административного правонарушения, так как у ИП П. имелась возможность соблюдения законодательства о рекламе, но ею не были приняты все зависящие от него меры по его соблюдению.

Следовательно, установлено, что имело место событие административного правонарушения и факт его совершения ИП П., 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).

Дополнительно должностным лицом был исследован вопрос о малозначительности.

Согласно статье 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Как разъяснил Верховный Суд 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.

Кроме того, квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом

положений пункта 18 указанного постановления применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния.

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 ИП П. 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 ИП П. 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.

Таким образом, оценив характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, должностное лицо Марийского УФАС России пришло к выводу о том, что совершенное ИП П. правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным 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 ИП П. к административной ответственности за распространение ненадлежащей рекламы (постановление Ярославского УФАС России от 16.03.2021 по делу № 076/04/14.3-231/2021, 22.03.2021 выдано предупреждение).

Таким образом, должностное лицо, учитывая характер совершенного правонарушения, считает возможным назначить ИП П. административное наказание в виде штрафа в пределах размера санкции ч. 1 ст. 14.1 КоАП РФ в сумме 4000 (четырех 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, статьями 25, 33, 38 Закона о рекламе,

постановила:

Привлечь ИП П. (<…>) к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ и назначить наказание в виде штрафа 4000 (четырех 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