

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

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

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № 072/04/14.3-577/2022

об административном правонарушении

06.12.2022г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России) <...>, рассмотрев материалы дела №072/04/14.3-577/2022, возбужденного в отношении ИП <...> (дата рождения: <...>г., место рождения: <...>, адрес: <...>, ОГРНИП: 311774610500146, ИНН: 771770581568, дата регистрации: 15.04.2011г.),

в отсутствии:

- ИП <...>, надлежащим образом уведомленной о дате, времени и месте рассмотрения дел (почтовое уведомление 80080678826153), 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 10.11.2022 по делу №072/04/14.3-577/2022,

- в отсутствии потерпевшего – <...>, надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления и подписания протокола об административном правонарушении (о чем свидетельствует почтовое уведомление №80080678826146),

У С Т А Н О В И Л:

Как следует из материалов дела, определение о назначении даты, времени и места рассмотрения дела №072/04/14.3-577/2022 об административном правонарушении было заблаговременно (10.11.2022г.) направлено по месту нахождения ИП <...>, содержащемуся в выписке ЕГРЮЛ (адрес местонахождения: <...>) и вернулось отправителю с пометкой «истек срок хранения».

Согласно сведениям об индивидуальном предпринимателе, содержащимся на официальном сайте ФНС России по состоянию на 06.12.2022г., адрес местонахождения ИП <...>: 129075, г. Москва, Мурманский пр-д, д.20, кв. 48.

В соответствии с Постановлением Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 №10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» не могут считаться не извещенными лица, отказавшиеся от

получения направленных материалов или не явившихся за их получением несмотря на почтовое извещение (при наличии соответствующих доказательств).

Таким образом, дело может быть рассмотрено в отсутствие лица, в действиях которого содержится административное правонарушение.

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе от 25.07.2022 г. по делу №072/05/18-9/2022 признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «Займ готов – Получите 25.100 руб. aael.ru/r_3au9n», распространенная 13.12.2021 в 22:10 с номера «arbitrhouse» смс-центр отправителя +79184330011, посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента +<...>, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст.18, ч.1 ст.28 и ч.7 ст.5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе от 10.06.2022 г. по делу №072/05/18-11/2022 признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «Ответ по заявке: Одобрено до 30 500р. zzz.ru/j_3au9n», распространенная 13.12.2021 в 22:30 с номера «zaem48.ru» смс-центр отправителя +7168960418, посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента +<...>, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст.18, ч.1 ст.28 и ч.7 ст.5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе от 10.06.2022 г. по делу №072/05/18-12/2022 признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «VISA*2801 Зачисление 30 750р. Вывести aael.ru/1B_3au9n», распространенная 13.12.2021 в 22:50 с номера «joyzaim.ru» смс-центр отправителя +7168960418, посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента +<...>, поскольку в ней нарушены требования ч.1 ст.18, ч.1 ст.28 и ч.7 ст.5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

10.11.2022г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ИП <...> был составлен протокол об административном правонарушении № №072/04/14.3-577/2022. При составлении протокола об административном правонарушении <...> признан потерпевшей стороной по делу №023/04/14.3-577/2022.

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) - 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 ИП <...>, без согласия абонента <...> на принадлежащий ему абонентский номер 13.12.2021г. в 22:10 с номера «arbitrhouse» смс-центр отправителя +79184330011, направила смс-сообщение, следующего содержания: «Займ готов – Получите 25.100 руб. aael.ru/r_3au9n», в 22:30 с номера «zaem48.ru» смс-центр отправителя +7168960418 направила смс-сообщение следующего содержания: «Ответ по заявке: Одобрено до 30 500р. zzz.ru/j_3au9n», в 22:50 с номера «joyzaim.ru» смс-центр отправителя +7168960418 направила смс-сообщение следующего содержания: «VISA*2801 Зачисление 30750р. Вывести aael.ru/1B_3au9n».

Указанная информация является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В данном случае 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.

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, могущих 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 смс-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ряда хозяйствующих субъектов на основании заключенных гражданско-правовых договоров.

Пунктом 2 Договора № <...> от <...> заключенного между ПАО «МТС» (Исполнитель) и ООО «СМС-Центр» (Заказчик), Исполнитель оказывает Заказчику рассылки услугу смс-рассылки в соответствии с требованиями настоящего Соглашения. Фактом оказания услуги смс-рассылки является поступление смс-сообщений Заказчика рассылки на смс-центр Оператора.

Согласно п. 3.3.5. Договора, Заказчик рассылки до начала оказания своей Услуги обязан получить от Пользователей предварительное согласие на получение sms-сообщений путем регистрации Пользователя в информационных системах Заказчика рассылки или иным законным способом по усмотрению Заказчика рассылки.

Согласно пункту 2 Договора оказания услуг №<...> от <...>г., заключенного между ООО «СМС-центр» (Исполнитель) и ООО «Инновационные технологии» (Заказчик), Исполнитель предоставляет заказчику Услуги доступа к Сервису smsc.ru для самостоятельной отправки Сообщений из Личного кабинета. При использовании Услугами Заказчик самостоятельно без участия Исполнителя формирует базу телефонных номеров Абонентов для рассылки Сообщений, определяет содержание Сообщений, производит набор текста и осуществляет рассылку Сообщений Абонентам.

Согласно п. 3.2.3. Договора, Заказчик обязан получить от Абонента или адресата согласие на получение Сообщений, выраженного посредством совершения действий, однозначно идентифицируемых этого абонента или адресата и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение Сообщений, в форме, которая может быть предъявлена Оператору связи в качестве доказательства наличия такого согласия.

Согласно пункту 2 Договора № <...> от <...>г., заключенного между ООО «Инновационные технологии» (Исполнитель), а ИП <...> (Заказчиком), Исполнитель берет на себя обязательства по оказанию услуги по предоставлению Заказчику через Личный кабинет доступа к КПИ для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы Заказчика либо Клиента Заказчика, формируемых и отправляемых Заказчиком, для дальнейшей отправки смс-сообщений Заказчика Абонентам.

Согласно пункту 2 договора о предоставлении услуг № <...> от <...>г. где ИП <...> (Исполнитель) предоставляет за плату ИП <...> (Заказчик) услуги доступа к

Сервису через Личный кабинет для самостоятельного осуществления Заказчиком отправок созданных, сформированных и изготовленных Заказчиком sms-сообщения на мобильные терминалы Абонентов через Оператора. Заказчик самостоятельно определяет содержание Сообщений, формирует их текст и определяет список Абонентов/Адресатов и их абонентских телефонных номеров/адресов эл. почты. Исполнитель не редактирует и не составляет Сообщения, не предоставляет номера Абонентов.

Согласно п. 3.2.3. Договора, Заказчик обязан обеспечить получение от Абонента, которому планируется отправка сообщений, согласия на получение таких сообщений в такой форме, которая будет являться надлежащей и достаточной для Оператора и государственных органов, для подтверждения наличия согласия Абонента на получение сообщений.

Таким образом, установлен круг лиц, непосредственно принимавших участие в последовательной передаче рекламного сообщения заявителю, среди которых и ИП <...>.

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.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые 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 (то есть, например, с использованием "коротких" или "буквенных" номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

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 п. 2 Договора № <...> от <...>г. (далее – Договор) Исполнитель (ООО «Инновационные технологии») берет на себя обязательства по оказанию услуги по предоставлению Заказчику (ИП <...>) через Личный кабинет доступа к КПИ для технологического осуществления передачи телематических электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы Заказчика либо Клиента Заказчика, формируемых и отправляемых Заказчиком, для дальнейшей отправки смс-сообщений Заказчика Абонентам.

Согласно п. 3.1.3 Договора, Заказчик обязуется самостоятельно определять

объект рассылки, а также содержание смс-сообщения, получателя, время рассылки. Обеспечить соблюдение действующего законодательства Российской Федерации.

Согласно п.3.1.4. Договора, Заказчик обязуется не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие Абонента на получение которых отсутствует, объявляется СПАМом.

Из анализа указанного договора и законодательства Российской Федерации следует, что ИП <...> участвовала в передаче рассматриваемого SMS-сообщения рекламного характера, а следовательно, является рекламодателем и обязана при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки.

Согласно письменным пояснениям, представленным ИП <...>, отправка смс-сообщения осуществлялась ИП <...> по договору о предоставлении услуг № В-002/21 от 11.02.2021г. Где ИП <...> является «Исполнителем», а ИП <...> «Заказчиком».

Согласно п. 2 Договора, Исполнитель предоставляет за плату Заказчику услуги доступа к Сервису через Личный кабинет для самостоятельного осуществления Заказчиком отправок созданных, сформированных и изготовленных Заказчиком sms-сообщения на мобильные терминалы Абонентов через Оператора. Заказчик самостоятельно определяет содержание Сообщений, формирует их текст и определяет список Абонентов/Адресатов и их абонентских телефонных номеров/адресов эл. почты. Исполнитель не редактирует и не составляет Сообщения, не предоставляет номера Абонентов.

Согласно п. 3.2.3. Договора, Заказчик обязан обеспечить получение от Абонента, которому планируется отправка сообщений, согласия на получение таких сообщений в такой форме, которая будет являться надлежащей и достаточной для Оператора и государственных органов, для подтверждения наличия согласия Абонента на получение сообщений.

Согласно п. 3.3.1. Договора, Исполнитель вправе, блокировать Личный кабинет Заказчика при рассылке последним сообщений, нарушающих любой из пунктов 3.2.1., 3.2.3, 3.2.5., 3.2.6., 3.2.11., 3.2.13. Договора при условии незамедлительного уведомления Заказчика.

Из представленного договора следует, что ИП <...> несет персональную ответственность перед ИП <...> и должна размещать рассылку только среди Абонентов, которые выразили свое согласие на получение рекламы.

Вместе с тем, при заключении Договора № <...> от <...>г. ИП <...> обязалась перед ООО «Инновационные технологии» (п.3.1.4. Договора) получить от Абонента или адресата согласие на получение Сообщений, а именно: не инициировать отправку сообщений, которые будут соответствовать определению СПАМ. В частности, сообщения, согласие Абонента на получение которых отсутствует, объявляется СПАМом.

Наложение ИП <...> обязанности в получении надлежащим образом оформленных согласий Абонента на ИП <...>, согласно Договору № <...> от <...>г., заключенному

между ИП <...> и ИП <...>, не снимает с самой ИП <...> обязанности исполнения договорных обязательств перед ООО «Инновационные технологии» в части получения указанного согласия абонента.

Таким образом, ИП <...> обязана иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Договора № <...> от <...>г. обязательствах перед ООО «Инновационные технологии». Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ИП <...> не представлено.

Согласно ст.309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Согласно части 3 статьи 401 «Гражданского кодекса Российской Федерации» (часть первая) если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств.

На основании изложенного, у ИП <...> имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия Абонентов на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию.

Кроме того, отсутствие ИП <...> в цепочке рекламодателей привело бы к невозможности доставки смс-сообщения абоненту.

Тот факт, что ИП <...> не формировала SMS-сообщение и не являлась инициатором его отправки, не имеет правового значения для определения её статуса в качестве рекламодателя, поскольку законодательно установленное определение рекламодателя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Однако, по смыслу приведенной нормы права 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.

С учетом конкретных обстоятельств дела, исходя из положений Федерального закона "О рекламе" и существующих договорных обязательств, ИП <...> является рекламодателем указанного выше sms-сообщения, поскольку именно действиями ИП <...> осуществлялось непосредственное доведение sms-сообщений до конечных получателей.

Таким образом, ИП <...> также является неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи sms-сообщений, в том числе рекламного характера, конечным потребителям. Отсутствие в этих правоотношениях такого звена, как ИП <...>, сделает распространение указанных сообщений невозможным. Желание индивидуального предпринимателя получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче sms-сообщений и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительно злоупотребление правом.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению sms-сообщений до их конечных получателей осуществлены, в том числе ИП <...>, а также то, что она была осведомлена относительно целей оказания ею соответствующих услуг по смс-рассылке, ИП <...> является рекламораспространителем применительно к п. 7 ст. 3 Закона о рекламе.

ИП <...> в материалы дела предоставила доказательства получения согласия Пользователя - <...>, (тел. <...>) в виде заполненной формы на сайте.

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.

Пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", установлено, 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 рекламораспространителя.

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 рекламораспространителя и должно быть зафиксировано каким-либо

образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Нахождение подачи заявки на получение займа 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 займа, 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.

Таким образом, при подаче заявки на получение услуг на рассматриваемых сайтах у пользователя отсутствует возможность добровольного выбора, согласиться на получение рекламы или отказаться.

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.

Распространение рекламы в данном случае не должно нарушать права абонента на добровольное получение информации, а также создавать неудобства, связанные с поиском возможности отказаться от получения навязанной вопреки воле рекламы и совершением каких-либо дополнительных действий для отказа.

Таким образом, в рассматриваемых случаях у ИП <...> отсутствуют надлежащим образом выраженное согласие абонента <...> на получение рекламы посредством направления SMS-сообщений, таким образом, имеются признаки административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, в соответствии с которой, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа.

В соответствии с ч. 1 ст. 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. 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.

Между тем, <...> своего согласия на получение упомянутого ранее сообщения не давал.

Доказательств наличия такого согласия никем из участвующих в деле лиц представлено не было.

Исходя из положений, заключенных индивидуальным предпринимателем гражданско-правовых договоров, у ИП <...> имелась возможность предварительного выяснения у лица, передающего сообщения, наличие согласия абонента на получение рекламы, однако, ею не были предприняты достаточные меры для соблюдения требований действующего законодательства, в связи с чем, ИП <...> признается виновной в совершении вмененных ей правонарушений (ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ).

Ненадлежащее отношение к своим публично-правовым обязанностям в части проверки согласия абонента на получение рекламных сообщений влечет для рекламодателя наступление неблагоприятных последствий в виде привлечения к административной ответственности. Такое отношение рекламодателя к своим обязанностям является предпринимательским риском в силу ч. 1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации. В рассматриваемом случае индивидуальный предприниматель предпочёл направить sms-сообщение и привлечь внимание к рекламируемому товару, не проверив надлежащим образом наличие согласия абонента на получение сообщения рекламного характера.

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 рекламодателем 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 ч.1 ст.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 ч.1 ст.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.

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

Субъектом административного правонарушения по делу №072/04/14.3-577/2022 выступает – ИП <...> (дата рождения: <...>г., место рождения: г. <...>, адрес: <...>, ОГРНИП: 311774610500146, ИНН: 771770581568, дата регистрации: 15.04.2011г.).

Таким образом, ИП <...>, распространяя вышеуказанную рекламу, без предварительного согласия потребителей на получение рекламы, совершила 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 – 13.12.2021г.

Субъективная сторона характеризуется наличием вины, которая, исходя из положений, закрепленных в примечании к статье 2.4 КоАП РФ, определяется в форме умысла или неосторожности.

Вина ИП <...> выражена в форме неосторожности, ИП <...> предвидела возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывала на предотвращение таких последствий, либо не предвидела возможности наступления таких последствий, хотя должна была и могла их предвидеть (часть 2 статьи 2.2 КоАП РФ).

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

Вина ИП <...> состоит в том, что она не выполнила установленных Законом о рекламе требований и не предприняла всех зависящих от неё мер по их соблюдению.

Дело об административном правонарушении №072/04/14.3-577/2022 в соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера, совершенного ИП <...> правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Совершенное ИП <...> 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 ч. 1 ст. 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.

ИП <...> должна была знать требования законодательства о рекламе, а также меру ответственности за его нарушение.

Обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности совершенного правонарушения, при рассмотрении дела не установлено.

Пунктом 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» предусмотрено, что малозначительность имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, свидетельствующими о малозначительности правонарушения.

Безразличное отношение лица к своим публично-правовым обязанностям, которые установлены действующим законодательством, свидетельствует о существенной угрозе охраняемым общественным отношениям. Следовательно, признать допущенное ИП <...> правонарушение в качестве малозначительного недопустимо.

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

Вместе с тем, согласно ч. 1 ст. 4.1.1 КоАП РФ (в редакции, вступившей в силу с 25.07.2022 г.) за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II данного кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии

обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 данного кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 данной статьи.

Согласно части 2 статьи 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

ИП <...> впервые совершила нарушение рекламного законодательства, материалы, свидетельствующие о причинении имущественного ущерба либо вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, отсутствуют.

С учетом изложенного, административное наказание ИП <...> в виде административного штрафа, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, подлежит замене на предупреждение.

С учетом положений ч. 1 ст. 3.1 КоАП РФ, закрепившей цели административного наказания, предупреждение является официальным предостережением лица от возможности совершения им противоправного действия.

Применение предупреждения влечет для нарушителя соответствующие правовые последствия. Лицо, которому назначено предупреждение, считается подвергнутым данному наказанию в течение одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении предупреждения. Если в течение года такое лицо совершит новое административное правонарушение, то к нему может быть применено более строгое административное наказание.

Руководствуясь статьями 4.1.1., 4.1, 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать ИП <...> виновной в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. В соответствии со статьей 4.1.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях объявить ИП <...> (дата рождения: <...>г., место рождения: г. <...>, адрес: <...>, ОГРНИП: 311774610500146, ИНН: 771770581568, дата регистрации: 15.04.2011г.) официальное порицание в форме предупреждения за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Частью 3 статьи 30.1. и частью 1 статьи 30.3. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что постановление по делу

об административном правонарушении может быть обжаловано в Арбитражный суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

Заместитель

руководителя управления <...>