Лицо, привлекаемое к административной ответственности:

ООО «Биглион»

Варшавское шоссе, д. 118, корп. 1, помещение XLVI, ком. 1, г. Москва, 117587

ivan@biglion.ru

Постановление

о наложении штрафа по делу № 012/04/14.3-615/2020

об административном правонарушении

28 сентября 2020 года г. Йошкар-Ола

Заместитель руководителя – начальник отдела Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее - Марийское УФАС России) Ерошкина Оксана Вадимовна, рассмотрев протокол № 012/04/14.3-615/2020 от 24 августа 2020 года и материалы административного дела № 012/04/14.3-615/2020, возбужденного в отношении ООО «Биглион» (ИНН 7729656202, ОГРН 1107746409737, 117587, г. Москва, ул. Варшавское шоссе, д. 118, корп. 1, помещение XLVI, ком. 1) по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении ООО «Биглион» информации посредством направления сообщения без согласия абонента, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в отсутствии представителя ООО «Биглион»,

УСТАНОВИЛА:

Марийским УФАС России возбуждено дело об административном правонарушении № 012/04/14.3-615/2020 в отношении ООО «Биглион» по факту распространения информации посредством направления сообщения без согласия абонента, ответственность за которое предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

В адрес лица, привлекаемого к административной ответственности 29.07.2020 направлено уведомление о составлении протокола (исх. № 03-07/546), которое получено обществом 05.08.2020.

Протокол об административном правонарушении № 012/04/14.3-615/2020 от 24.08.2020 составлен в соответствии со статьями 28.2, 28.3 КоАП РФ в отсутствии представителя ООО «Биглион», надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте составления протокола.

Копия протокола № 012/04/14.3-615/2020 (исх. № 03-07/635) направлена по юридическому адресу ООО «Биглион», согласно уведомлению органа почтовой связи получена обществом 08.09.2020.

В связи с тем, что на дату рассмотрения дела (04.09.2020) в материалах дела отсутствовали доказательства извещения ООО «Биглион» о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении № 012/04/14.3-615/2020 определением от 04.09.2020 (исх. № 03-07/677) рассмотрение дела отложено на 28.09.2020.

Копия данного определения направлена по юридическому адресу ООО «Биглион», получена обществом 15.09.2020.

Марийским УФАС России в определении об отложении рассмотрения дела № 012/04/14.3-615/2020 ООО «Биглион» указано о возможности участия в рассмотрении дела 28.09.2020 при наличии средств индивидуальной защиты (медицинская маска, одноразовые перчатки) либо посредством удаленного доступа через программу «True Conf».

Таким образом, ООО «Биглион» на момент рассмотрения административного дела № 012/04/14.3-509/2020 надлежащим образом извещено о месте и времени рассмотрения административного дела.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Марийского УФАС России в порядке переадресации из Управления Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций по Республике Марий Эл поступило заявление Дубровина Владислава Львовича (вх. № 19-Д от 10.02.2020).

В своем заявлении Дубровин В.Л. указал, что на его электронный адрес vldubrovin@yandex.ru направлены сообщения рекламного характера с доменного адреса biglion.ru, без предварительного согласия абонента следующих содержаний:

«Получай кэшбэк до 40 % $. Покупай с выгодой!, размещенный 04.02.2020;

Не пропусти КиберSALE до 20 %$ Купоны еще, размещенный 29.01.2020;

КИБЕРскидки до 20 % продолжаются… Осталось 2 дня, размещенный 30.01.2020;

Он приближается ….Идеи подарков ко Дню святого Валентина, 05.02.2020;

Финальный КиберSALE до 20 %! Вперед за покупками, размещенный 31.01.2020;

Снежный картинг Наслаждайтесь Виражами!», размещенный 05.02.2020.

При этом, Дубровин В.Л. указал на отсутствие его согласия на получение сообщения рекламного характера.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Под 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 объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с частью 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.

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 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 рекламораспространителя.

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 сообщения.

Согласно сведениям, содержащимся в реестре АО «РСИЦ» доменный адрес biglion.ru принадлежит ООО «Биглион».

Согласно информации, представленной ООО «Биглион» (вх. 2370 от 10.03.2020) следует, что владелец и пользователь электронного адреса vldubrovin@yandex.ru является зарегистрированным клиентом ООО «Биглион».

Регистрацию на сайте www.biglion.ru возможно осуществить двумя способами:

1) согласно правил, установленных в Публичной оферте ООО «Биглион» (https://www.biglion.ru/offer/- далее Оферта) и Пользовательском соглашении (https://www.biglion.ru/agreement/);

2) представители контрагентов ООО «Биглион» имеют возможность зарегистрировать в качестве клиентов в личном кабинете контрагента на Сайте,

обязательно указав электронный адрес, а также иные данные, которые клиент посчитает нужным указать.

Регистрация клиента была осуществлена 24.01.2020, путем регистрации клиента через личный кабинет контрагента – ООО «СТО ПРОЦЕНТОВ» (ОГРН 1025901217540, ИНН 5905024021; адрес местонахождения – 614066, г. Пермь, ул. Кавалерийская, д.15), с которым ООО «Биглион» заключен и действует партнерский договор № М10374653/Пермь от 22.11.2017 г.

Вместе с тем, ООО «Биглион» не представило соответствующее соглашение именно Дубровина В.Л. на получение рассматриваемой рекламы.

Кроме того, из письменного пояснения ООО «Сто процентов» следует, что Дубровин В.Л. не является клиентом организации. Общество сотрудничает с ООО «Биглион» на основании партнерского договора №М10374563 от 22.11.2017 года. Для документооборота между обществами используется личный кабинет директора клиники Васильевой Г.Б. Через этот кабинет никто, в том числе пациенты и представители организации, не имеет права осуществлять регистрацию в ООО «Биглион».

В свою очередь, ООО «Биглион» сообщило, что 24.01.2020 пользователем ID 9992564 добавлен в личный кабинет электронный адрес vldubrovin@yandex.ru. ООО «Биглион» имеет определенный доступ к личному кабинету ООО «Сто процентов» для размещения условий акций, статистику продаж, копии бухгалтерских документов, информацию о выплатах ООО «Сто процентов». При этом доступа к личным данным ООО «Сто процентов» ООО «Биглион» не имеет и изменять их не может.

ООО «Сто процентов» пояснило, что на сайте Биглион предоставляются услуги по продаже купонов на получение услуг со значительной скидкой в компаниях, являющихся партнерами ООО «Биглион». Сотрудничество с ООО «Биглион» используется организациями для достижения маркетинговых целей: продвижение предприятия, новых услуг, новых товаров, рекламные акции. Клиент из перечня возможных предложений по разным направлениям выбирает заинтересовавшую его услугу, заходит на страницу данной услуги, знакомится с информацией, производит покупку, получает в электронном виде купон. Далее клиент записывается по телефону на процедуру. При первом посещении клиент предоставляет купон с номером и пин-кодом. Представитель организации заходит в личный кабинет, забивает номер и пин-код купона и «гасит» его. «Гашение» купона означает, что клиент получил услугу. В течение периода, обозначенного в партнерском договоре, ООО «Биглион» перечисляет процент от стоимости купленного купона на счет организации ООО «Сто процентов». ООО «Биглион» официально не имеет доступ к личному кабинету ООО «Сто процентов». Информация по купонам отражается автоматически. В конце января от ООО «Биглион» в адрес ООО «Сто процентов» поступила информация о том, что личный кабинет взломан и необходимо изменить логин и пароль.

Заявитель Дубровин В.Л. пояснил, что первое сообщение от ООО «Биглион» на электронный адрес vldubrovin@yandex.ru поступило 24.01.2020, в дальнейшем он обратился в ООО «Яндекс» для блокировки рассылок писем. Письменно в ООО «Биглион» не обращался, поскольку никакого отношения к обществу не имеет.

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 почтовых отправлений и электронных сообщений, 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.

Вместе с тем, Марийским УФАС России установлено, что Дубровин В.Л. не выражал согласие на получение рекламной информации, что также подтверждается пояснениями Дубровина В.Л., а также отсутствием документальных доказательств со стороны ООО «Биглион».

При этом из содержания части 1 статьи 18 Закона о рекламе следует, что абонент должен совершить активное действие по выражению своего желания на получение рекламной информации от конкретных лиц по сетям электросвязи.

Кроме того, сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Марийское УФАС России считает, что поскольку согласие абонента Дубровина В.Л. на получение им подобных сообщений у ООО «Биглион» отсутствует, следовательно, общество не имело правовых оснований направлять на адрес электронной почты Дубровина В.Л.: vldubrovin@yandex.ru с 24.01.2020 информации рекламного характера и данная реклама не соответствует требованиям ч. 1 ст. 18 Закона 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.

Заключенный между указанными лицами договор рассматривается антимонопольным органам как действие, которое свидетельствует о том, что их предметом, в первую очередь, является обеспечение возможности рассылки смс-сообщений за плату.

ООО «Биглион» передавало сообщение по телематическим каналам связи, следовательно, общество являются рекламораспространителем.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе рекламораспространитель несет ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

На основании изложенного следует, что ООО «Биглион» является рекламораспространителем.

Ответственность за данное административное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В силу части 1 статьи 1.5 КоАП РФ лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

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

Одним из обстоятельств, подлежащих выяснению по делу об административном правонарушении, является виновность лица в совершении административного правонарушения (статья 26.1 КоАП РФ).

В соответствии с частью 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 «Биглион» при должной внимательности и осмотрительности при размещении 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.

Антимонопольный орган на основе собранных по делу доказательств приходит к выводу, что вина ООО «Биглион» в нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе установлена.

Событие административного правонарушения – нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», выразившегося в распространении ООО «Биглион» рекламной информации на электронную почту без согласия абонента.

Место совершения административного правонарушения: Республика Марий Эл.

Время совершения административного правонарушения: с 29.01.2020 по 05.02.2020

Состав административного правонарушения, совершенного ООО «Биглион» 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 ООО «Биглион», направленные на доведение рекламы до потребителей с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе;

- субъект правонарушения – ООО «Биглион»,

- субъективна сторона - виновное совершение административного правонарушения, так как у ООО «Биглион» имелась возможность соблюдения законодательства о рекламе, но им не были приняты все зависящие от него меры по его соблюдению.

Следовательно, установлено, что имело место событие административного правонарушения и факт его совершения ООО «Биглион». 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 совер шенного лицом деяния.

По смыслу статьи 2.9 КоАП РФ оценка малозначительности деяния должна соот носиться 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 ООО «Биглион» содержат нарушение законодательства о рекламе и свидетельствуют о пренебрежительном отношении юридического лица к исполнению своих обязанностей по соблюдению норм в сфере законодательства о рекламе.

Совершенное ООО «Биглион» 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 ООО «Биглион» 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.

По смыслу части 3 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Обстоятельств, смягчающих, отягчающих административную ответственность, не установлено.

Таким образом, должностное лицо считает возможным назначить ООО «Биглион» административное наказание в виде штрафа в размере санкции ч. 1 ст. 14.3 КоАП

РФ в сумме 100 000 (сто тысяч) рублей.

Руководствуясь ст. 2.1, 2.2, 2.9, 4.1, 4.2, 4.3, ч. 1 ст. 14.3, 23.48, ч. 1 ст. 29.9, 29.10, Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

постановила:

Привлечь ООО «Биглион» (ИНН 7729656202, ОГРН 1107746409737, 117587, г. Москва, ул. Варшавское шоссе, д. 118, корп. 1, помещение XLVI, ком. 1) к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ и назначить ему наказание в размере 100 000 (сто тысяч) рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ 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 РФ.

В соответствии с частью 5 статьи 3.5 КоАП РФ сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Реквизиты счетов для перечисления штрафа:

Администратор поступлений в бюджет – Марийское УФАС России

ИНН 1215026787, КПП 121501001, ОКТМО 88701000

Наименование получателя – УФК по Республике Марий Эл (Марийское УФАС России)

Банк получателя - Отделение — НБ Республика Марий Эл

БИК банка 048860001, счет получателя 40101810922020016001,

КБК 16111601141010003140

УИН 16100500000000688888

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа.

В соответствии с частями 1 и 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 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.

Заместитель руководителя –

начальник отдела О.В. Ерошкина