

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу об административном правонарушении №03-32/2017-14

26 июля 2017 года
город Иваново

Я, ВрИО руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области <...>, рассмотрев протокол №03-32/2017-14 от 12 июля 2017 года и другие материалы дела об административном правонарушении №03-32/2017-14, возбужденного в отношении Публичного акционерного общества «Мобильные телесистемы» (сокращенное наименование ПАО «МТС», ИНН 7740000076, юридический адрес: 109147 г. Москва, ул. Марксистская, д.4), в присутствии представителей Общества: <...>

УСТАНОВИЛ:

12 июля 2017 года главный специалист-эксперт аналитического отдела Управления Федеральной антимонопольной службы по Ивановской области <...> составила протокол об административном правонарушении №03-32/2017-14 по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ) в отношении ПАО «МТС».

В Ивановское УФАС России поступило заявление <...>, в котором содержится информация о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Так, из заявления следует, что 08.12.2016 в 16:07 на телефонный номер +<...> от абонента «585GOLD» пришло рекламное смс-сообщение следующего содержания: «Приходите и получите украшение в подарок от ювелирной сети 585GOLD по коду 532 до 20.12.2016г. и только для Вас кольцо с бриллиантами за 2590 р. Подробности на <http://r.mts.ru/585GOLD> (Отправлено МТС)». Однако своего согласия на получение подобной рекламной рассылки абонент не давал.

Следовательно, в указанной рекламе содержатся признаки нарушения ч.1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), согласно которой 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.

Факт распространения указанной рекламы подтверждается: заявлением, скриншотом смс-сообщения, детализацией оказанных абоненту услуг.

Ивановским УФАС России по данному факту 01 февраля 2017 года возбуждено дело №03-31/2017-03 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Определением от 01 марта 2017 года рассмотрение дела было отложено для истребования дополнительных доказательств на 19 апреля 2017 года, срок рассмотрения продлен. Далее определением от 19 апреля 2017 года по ходатайству ПАО «МТС» рассмотрение дела было отложено на 27 апреля 2017 года.

27 апреля 2017 года по результатам рассмотрения указанного дела комиссией Ивановского УФАС России была оглашена резолютивная часть решения о признании рекламы ненадлежащей, поскольку при ее распространении были нарушены требования ч.1 ст.18 Закона о рекламе. Материалы дела переданы должностному лицу Ивановского УФАС России для решения вопроса в соответствии со ст. 14.3 КоАП РФ.

Понятия «сеть связи», «средства связи», «абонент» приведены в ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи».

Так, сеть связи – это технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для электросвязи или почтовой связи.

Средства связи – технические и программные средства, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки сообщений электросвязи или почтовых отправлений, а также иные технические и программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей связи.

Абонент – это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Понятие «адресат» содержится в ст.2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи», согласно которой адресат – это гражданин или организация, которым адресованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или иное сообщение.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе ненадлежащей является реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе реклама – это информация, распространяемая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная

на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирования и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке.

Федеральной антимонопольной службой России в письме №АЦ/4624 от 05.04.2007 разъяснено, что 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.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В содержании рассматриваемой информации отсутствуют сведения, указывающие на лицо, до которого информация доведена (распространена) и на восприятие которого непосредственно направлена. Таким образом, распространенная информация по своему содержанию, не позволяя определить круг лиц ее получателей, т.е. является неперсонифицированной.

Таким образом, рассматриваемая информация подпадает под определение рекламы и содержит все её признаки:

- направлена на привлечение внимания к ювелирной сети 585GOLD, реализуемому товару (кольцу с бриллиантами) и сайту <http://r.mts.ru/585GOLD>;
- призвана формировать и поддерживать интерес к объектам рекламирования, способствует их продвижению на рынке;
- адресована неопределенному кругу лиц.

Вместе с тем, согласно предоставленной ПАО «МТС» информации 08.12.2016 на телефонный номер <...> от абонента «585GOLD» поступило 3 смс-сообщения во временной промежуток с 16:06:51 до 16:06:59.

Согласно протоколу заседания комиссии Ивановского УФАС России от 01 марта 2017 года представитель ПАО «МТС» заявлял, что подтвердить изложенный факт передачи рассматриваемого смс-сообщения возможно только путем анализа детализации оказанных абоненту услуг связи, т.к. текст сообщения оператору связи не известен, а на телефонный номер поступило три смс. Таким образом, представитель ПАО «МТС» изначально отказывался подтвердить факт передачи рассматриваемого смс-сообщения абоненту и назвать причины расхождения в данных о времени поступления рекламы

абоненту.

Однако в рассматриваемом случае Общество выступает не только в качестве оператора связи, но и как рекламодатель, заключивший соответствующие договоры на передачу рекламного смс.

Согласно информации, полученной Ивановским УФАС России, ООО «Голд» заключило с АО «Связной загрузка» договор №П-16/15-МР от 14.12.2015 на оказание услуг по размещению рекламы. ЗАО «Связной загрузка» заключило договор №145/4-2015 от 01.12.2015 на размещение рекламы с помощью каналов коммуникации с ООО «Стрим». Между ООО «Стрим» и ОАО «МТС» заключен договор №D130524209 от 14.02.2014 на предоставление услуги «мобильная реклама». В соответствии с п.3.3 указанного договора ОАО «МТС» обязано размещать рекламно-информационные материалы заказчика в установленном порядке и сроки. При этом в п.3.5 указанного договора между ООО «Стрим» и ОАО «МТС» установлено право исполнителя проверять содержание рекламно-информационных материалов заказчика, в том числе на соответствие Закону о рекламе.

Таким образом, на основании материалов дела №03-31/2017-03 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе достоверно установлено, что рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Голд», рекламодателем – ПАО «МТС».

Согласно письменным пояснениям ООО «Голд» (вх. №1435 от 03.05.2017) Общество не получало согласие абонента на смс-рекламу, таким согласием должно располагать ПАО «МТС». Кроме того, при заключении договоров ПАО «МТС» взяло обязательство обеспечить размещение рекламной информации ООО «Голд» с помощью каналов коммуникации абонентам, которые не отзывали свое согласие на распространение рекламы (вх. №1666 от 22.05.2017).

ПАО «МТС» в Ивановское УФАС России представлены письменные пояснения (вх. №946 от 21.03.2017), в которых указано, что одной из возможных причин расхождения данных о времени получения абонентом сообщений является настройка абонентского оборудования.

Вместе с тем, согласно дополнительным письменным пояснениям заявителя (вх. №69гр от 17.04.2017) на его телефонный номер <...> .12.2016 поступило только одно смс-сообщение от абонента «585GOLD», расхождение в одну секунду во времени его поступления он объяснил настройками телефона. При этом <...> предоставил на обозрение сотрудникам Ивановского УФАС России указанное сообщение для сверки с приложенным к заявлению скриншотом. Таким образом, факт поступления рассматриваемого смс абоненту не может вызывать сомнений.

Также заявитель сообщил, что текст рассматриваемого сообщения составляет более 150 кириллических символов и для его передачи по сетям

связи фактически необходимо 3 смс.

Дополнительно в Управлении Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций по Ивановской области были запрошены пояснения о существующих стандартах сотовой связи GSM в отношении передачи смс. Из представленного в Ивановское УФАС России ответа (вх. №089ф от 27.04.2017) следует, что прием и отправка смс регулируется глобальным стандартом цифровой мобильной сотовой связи GSM, согласно которому, если в смс есть хотя бы один кириллический символ, то все сообщение считается кириллическим. Кроме того, если в смс более 70 кириллических символов, оно автоматически разбивается на части, каждая из которой состоит не более чем из 67 символов (включая знаки препинания и пробелы). В детализации услуг связи такие сообщения отображаются в виде нескольких смс и тарифицируются отдельно.

После этого в письменных пояснениях ПАО «МТС» (вх. №1329 от 24.04.2017) подтвердило, что при отправке смс более 70 символов кириллицей сообщение разбивается на части, при этом максимальная длина каждой части составляет 67 символов. Кроме того, Общество сообщило, что в момент получения рассматриваемого смс абонент находился в домашнем регионе.

Рассматриваемое смс состоит из 201 символа. Исходя из изложенного, можно сделать вывод о том, что представленные в материалы дела сведения подтверждают факт отправки абоненту рассматриваемого смс и не противоречат друг другу.

Кроме того, согласно письменным пояснениям ООО «Голд» (вх. №1435 от 03.05.2017) 08.12.2016 абоненту было отправлено одно смс с указанным содержанием.

Вместе с тем, из материалов дела следует, что рассмотрение заявления было затянуто ПАО «МТС»: Общество с нарушением сроков или не в полном объеме представляло запрашиваемые сведения, что, в свою очередь, свидетельствует об оказании намеренного противодействия антимонопольному органу в осуществлении возложенных функций.

Согласно протоколам трех заседаний комиссии Ивановского УФАС России по рассмотрению указанного заявления абонента только 27 апреля 2017 года представитель ПАО «МТС» перестал отрицать, что Общество является рекламодателем рассматриваемой рекламы, что ему известно содержание указанного смс и оно было передано тремя частями, которые отображаются в представленной детализации оказанных абоненту услуг связи.

Дополнительно со ссылкой на Правила оказания услуг связи <...> пояснил, что в силу, например, погодных условий доставка смс может быть осуществлена не секунда в секунду. Кроме того, процесс доставки смс

зависит от настройки абонентского оборудования (сотового телефона).

При обращении в Ивановское УФАС России заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рекламных сообщений. Дополнительно в письменных пояснениях (вх. №69гр от 17.07.2017) абонент указал, что форма договора, заключенного им с оператором связи, не предусматривала выражения согласия на смс-рассылку рекламы. При этом Общество не уведомляло его об изменениях условий оказания услуг, в том числе о необходимости оформления отказа от смс-рекламы.

В материалы дела представлена копия договора услуг связи от 29.10.2003 о предоставлении абоненту телефонного номера <...>, заключенного между <...> и ОАО «МТС». Вместе с тем, ПАО «МТС» сообщило, что до 25.06.2017 фирменным наименованием Общества было ОАО «МТС» (вх. №610 от 22.02.2017).

В соответствии с положениями указанного договора абонент подтвердил, что:

- ознакомлен с зоной радиопокрытия сети оператора, зоной внутрисетевого роуминга, ознакомлен и согласен с правилами предоставления услуг ДЖИНС, указанным выше тарифным планом и установленным размером оплаты неполной единицы тарификации;
- Правила предоставления услуг ДЖИНС, тарифный план и справочник абонента услуги ДЖИНС им получены.

В письменных пояснениях ПАО «МТС» (вх. № 4072/ДСП от 22.12.2016, вх. №610 от 22.02.2017) указало, что Условия оказания услуг связи МТС рассматриваются Обществом как неотъемлемая часть заключенного с абонентом договора предоставления услуг связи. В дополнительных письменных пояснениях Общество (вх. №1329 от 24.04.2017) аргументировало свою позицию следующим.

Согласно ч. 1 ст. 45 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» договор о предоставлении услуг связи, заключаемый с гражданами, является публичным договором. Условия такого договора должны соответствовать правилам оказания услуг связи. Между ПАО «МТС» и заявителем был заключен договор от 29.10.2003 об оказании услуг подвижной связи, который состоит из трех частей: регистрационной формы, условий оказания услуг подвижной связи МТС (ранее - Правила предоставления услуги ДЖИНС) и тарифный план, выбранный абонентом.

Условия оказания услуг связи МТС являются публичной офертой и могут быть приняты абонентом не иначе как путем присоединения к ним в целом. Подписанием регистрационной формы абонентского договора <...> присоединился к ним, выразив безусловное согласие.

По состоянию на 29.10.2003 отношения по предоставлению услуг связи между

абонентами ПАО «МТС» регулировались Правилами предоставления услуг сотовой радиотелефонной связи ДЖИНС (далее - Правила ДЖИНС). Пункт 15 Правил ДЖИНС предусматривал возможность одностороннего изменения ПАО «МТС» их содержания при условии опубликования текста правил в «Российской газете», а также доведения до общего сведения в местах розничной реализации товаров или услуг ПАО «МТС».

Одновременно с вступлением в силу Закона о рекламе в порядке пункта 15 Правил ДЖИНС ПАО «МТС» опубликовало Правила оказания услуг подвижной радиотелефонной связи МТС (далее – Правила МТС).

Пункт 7.7 Правил МТС (в редакции 01.07.2006) был изложен следующим образом: «заклячая договор, абонент тем самым выражает свое согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи, в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе».

Также Правила МТС (в редакции 01.07.2006) содержали пункт 17.2, позволяющий Обществу изменять правила услуг в одностороннем порядке при соответствующем уведомлении абонентов.

Вместе с тем, на момент получения абонентом спорного смс действовали Правила МТС в редакции от 20.05.2016, где в п. 7.6 установлено, что абонент вправе выразить свое согласие на возможность получения рекламы от оператора и/ или его партнеров, распространяемой по сетям связи, а также на использование сведений о нем в целях продвижения товаров/работ/услуг, в том числе путем осуществления прямых контактов с абонентом с помощью средств связи, когда необходимость такого согласия предусмотрена действующими нормативно-правовыми актами. Абонент вправе отозвать данное им согласие в любое время путем направления Оператору соответствующего письменного заявления, являющегося неотъемлемой частью договора, либо иным способом, установленным Оператором. Согласие считается отзыванным абонентом с момента получения Оператором указанного в настоящем пункте заявления.

Исходя из изложенного, ПАО «МТС» делает вывод о том, что у абонента при заключении договора есть возможность выразить свое согласие или несогласие на получение рекламы, то есть совершить активные действия, подтверждающие его волеизъявление на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. Поскольку на момент поступления рассматриваемого смс предусмотренное пунктом 7.6 Правил МТС (в редакции от 20.05.2016) заявление от абонента об отказе от смс-рассылки не поступало, Общество считает, что <...> выразил ПАО «МТС» свое согласие на получение рекламы, распространяемой по сетям связи.

Согласно протоколу заседания комиссии Ивановского УФАС России от 27 апреля 2017 года представитель ПАО «МТС» уточнил, что однозначный вывод о наличии согласия абонента на смс-рекламу можно сделать только из

Правил МТС в старой редакции от 01.07.2006. Вместе с тем, поскольку абонент принял оферту и продолжил пользоваться сотовой связью в 2006 году и до настоящего времени, он был достаточным образом уведомлен об изменениях в договоре на предоставление услуг связи.

Однако в ходе рассмотрения заявления с декабря 2016 года и до настоящего времени в Ивановское УФАС России не были представлены соответствующие доводы Общества с приведением указанного пункта Правил в редакции 2006 года, приложением доказательств его опубликования в «Российской газете» или уведомления абонента иным способом.

Исходя из изложенного, доводы ПАО «МТС» признаю необоснованными.

В материалы дела не представлены доказательства уведомления абонента о Правилах МТС (в том числе в старой редакции от 01.07.2006). Вместе с тем, выбранные ПАО «МТС» способы доведения до потребителей информации об изменениях правил оказания своих услуг нельзя признать добросовестными и соответствующими положениям статей 8, 10 Закона РФ от 07.02.1992 №2300-1 «О защите прав потребителей» (далее – Закон о защите прав потребителей). В рассматриваемом случае публикация в «Российской газете» и размещение в местах розничной торговли не позволяет безусловным образом довести до абонента информацию, отвечающую требованиям необходимости, достоверности, наглядности, доступности, и, следовательно, обеспечить надлежащее волеизъявление абонента в отношении адресованного ему оператором предложения (изменений).

Кроме того, в силу ч. 1 ст.431 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) при толковании условий договора должно приниматься во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений.

Вопрос о восприятии и возможном толковании указанного пункта Правил МТС был внесен в повестку дня заседания Экспертного совета по применению законодательства о рекламе при Ивановском УФАС России 17.04.2017. При этом члены Совета в ходе обсуждения отметили, что формулировка «абонент вправе при заключении договора или в процессе его исполнения выразить свое согласие...» предполагает, что есть, как минимум, два действия: подписание договора и выражение согласия в виде дополнительного действия.

Исходя из изложенного, полагаю, что в п. 7.6 Условий МТС закреплено только право абонента выразить свою волю, но идентифицировать результат такого волеизъявления в данном случае как согласие на получение смс-рекламы нельзя.

Косвенно данный вывод подтверждается также положениями договора №D130524209 от 14.02.2014 между ООО «Стрим» и ОАО «МТС» на предоставление услуги «мобильная реклама», в рамках которого

распространялось рассматриваемое смс. Так, в соответствии с п.6.11 указанного договора Общество несет полную ответственность за распространение рекламы только тем физическим и юридическим лицам, с которыми заключен договор на услуги связи Оператора и которые не отозвали своего согласия на получение рекламы третьих лиц.

При этом ссылка ПАО «МТС» на возможность абонента отозвать своё согласие несостоятельна в связи с тем, что указанный пункт Правил МТС применим только в том случае, когда абонент изначально (при подписании договора или иным способом) выразил свое согласие на получение рекламы, а не в случае, когда такое согласие презюмируется в связи с односторонним изменением ПАО «МТС» текста правил.

Кроме того, ссылаясь на недействующую редакцию Правил МТС, Общество умалчивает о причинах, которые заставили ПАО «МТС» их изменить.

Судебная практика свидетельствует о колоссальном количестве выданных операторам связи предписаний контролирующих органов о необходимости соблюдения и указанных положений Закона о защите прав потребителей, и статьи 438 ГК РФ, с учетом которой при изменении договора путем конклюдентных действий в отношении поступившего предложения оператора предполагается активное поведение абонента, а его молчание не может рассматриваться как принятие такого предложения (например, постановление ФАС Волго-Вятского округа от 08.02.2011 по делу №А28-14037/2009).

Законодательством Российской Федерации не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что предполагает допустимым любую форму предварительного согласия абонента.

Однако согласно ч.1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

В п.15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», разъяснено следующее: «согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

Таким образом, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

Правила ДЖИНС, в соответствии с которыми заявитель заключал договор на предоставление услуг связи, не предусматривали дачу согласия на получение абонентом рекламы, а также не содержали никаких упоминаний о возможности распространения рекламы.

Одностороннее изменение правил оказания услуг связи ПАО «МТС» в 2006 году не может считаться достоверным подтверждением волеизъявления абонента на получение рекламы. Такие действия не свидетельствуют о добросовестном соблюдении ПАО «МТС» требований статьи 18 Закона о рекламе и не освобождают Общество от обязанности получения надлежащего согласия абонента перед распространением на его телефонный номер смс-рекламы.

В рассматриваемом случае ПАО «МТС» создает условия, при которых своими действиями лишает абонента возможности пользоваться законодательно установленной защитой от получения рекламной корреспонденции в отсутствие прямого на то волеизъявления, одновременно вынуждая его дополнительно отзывать согласие, которое он фактически не выражал.

Согласно п.32 ст.2 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи», под услугой связи понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Очевидно, что действия оператора связи по распространению рекламных сообщений на номера обслуживаемых им абонентов, не являются услугами связи. Следовательно, одностороннее включение в правила оказания услуг подвижной связи положений, отличающихся от природы самого договора, без получения прямого согласия абонентов на такие изменения, является выгодным для ПАО «МТС», так как позволяет Обществу распространять рекламу, оказывая возмездные услуги третьим лицам.

Таким образом, считаю, что в данном случае ПАО «МТС» пытается заменить право абонента на обязанность, что не может быть истолковано как получение согласия на смс-рекламу.

Указанные действия ПАО «МТС», направленные на обеспечение получения формального согласия абонента, не соответствующее по форме действующему законодательству, должны рассматриваться как злоупотребление Обществом своим положением оператора связи.

Исходя из изложенного, прихожу к выводу, что в Ивановское УФАС России не

представлено необходимых доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы посредством смс-рассылки ПАО «МТС».

Таким образом, рассматриваемая реклама нарушает требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

ПАО «МТС» факт нарушения Закона о рекламе не признало, однако представило в Ивановское УФАС России сведения об исполнении предписания антимонопольного органа о прекращении распространения рекламы на телефонный номер заявителя.

За нарушение требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе согласно ч.7 ст. 38 данного закона ответственность несет рекламораспространитель. Ответственность за данное правонарушение предусмотрена ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Объектом вменяемого административного правонарушения являются общественные отношения, складывающиеся в процессе распространения рекламы.

Объективная сторона административного правонарушения состоит в нарушении ПАО «МТС» при размещении рекламы требований Закона о рекламе.

Субъект административного правонарушения – рекламораспространитель ООО ПАО «МТС». В соответствии со статьей 2.10. КоАП РФ юридическое лицо подлежит административной ответственности в случае совершения административного правонарушения.

Субъективная сторона: согласно ч. 2 ст. 2.1. КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения требований законодательства, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

ПАО «МТС» имело возможность исполнить требования законодательства о рекламе, однако, не сделало этого, при этом, объективные обстоятельства, делающие невозможным выполнение Обществом требований Закона о рекламе, в материалах дела отсутствуют. Таким образом, ПАО «МТС» совершило административное правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, выразившееся в нарушении рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе.

12 июля 2017 года при составлении протокола об административном правонарушении представитель ПАО «МТС» указал, что поддерживает данные ранее пояснения, считает правонарушение малозначительным, вину в его совершении не признает.

Явившись на рассмотрение дела об административном правонарушении,

представитель ПАО «МТС» новых пояснений не давал, подтвердив ранее данные пояснения.

Виновность ПАО «МТС» в совершении административного правонарушения подтверждается следующими доказательствами: решением комиссии Ивановского УФАС России по делу №03-31/2017-03 от 04 мая 2017 года, договором №D130524209 от 14.02.2014 между ООО «Стрим» и ОАО «МТС» на предоставление услуги «мобильная реклама».

Исследовав процесс создания и распространения рассматриваемой рекламы, изучив принятые оператором связи на себя обязательства, указанные в приведенном договоре, прихожу к выводу о том, что ПАО «МТС» осуществлялось фактическое распространение рассматриваемой рекламы в отсутствие согласия абонента. Кроме того, у ПАО «МТС» имелась возможность предварительно удостовериться в наличии согласия абонента на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию.

В соответствии с ч.1 ст. 4.1.1 КоАП РФ (в ред. Федерального [закон](#) от 03.07.2016 №316-ФЗ) являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам 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](#) настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных [ч. 2 ст. 3.4](#) настоящего Кодекса.

Согласно ч.2 ст.3.4 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.

Понятие «субъекты малого и среднего предпринимательства» приведено в п. 1 ст.3 Федерального закона от 24.07.2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» (далее – Закон о развитии предпринимательства), где это хозяйствующие субъекты (юридические лица и индивидуальные предприниматели), отнесенные в соответствии с условиями, установленными настоящим Федеральным законом, к малым предприятиям, в том числе к микропредприятиям, и средним предприятиям.

В соответствии с ч. 1 и ч.9 ст. 4.1. Закона о развитии предпринимательства сведения о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях, отвечающих условиям отнесения к субъектам малого и среднего предпринимательства, вносятся в единый реестр субъектов малого и среднего предпринимательства. Указанные сведения, содержащиеся в едином реестре субъектов малого и среднего предпринимательства, размещаются в сети Интернет на официальном сайте уполномоченного органа и являются общедоступными <...>.

Согласно сведениям официального Интернет-сайта Федеральной налоговой службы России ПАО «МТС» не включено в реестр субъектов малого и среднего предпринимательства.

При вынесении постановления по делу об административном правонарушении была рассмотрена возможность применения к ПАО «МТС» ст. 2.9 КоАП РФ (малозначительность совершенного правонарушения).

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

Из разъяснений Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, содержащихся в пункте 18 Постановления Пленума от 02 июня 2004 года № 10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» следует, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях (пункт 18.1. Постановления Пленума ВАС РФ от 02 июня 2004 года №10, введенный постановлением Пленума ВАС РФ от 20 ноября 2008 года №60).

По смыслу статьи 2.9. КоАП РФ оценка малозначительности деяния должна соотноситься с характером и степенью общественной опасности, причинением вреда либо с угрозой причинения вреда личности, обществу или государству.

Как указал Конституционный Суд РФ в Постановлении от 25.02.2014 № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 7.3, 9.1, 14.43, 15.19, 15.23.1 и 19.7.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с запросом Арбитражного суда Нижегородской области ...» меры административной ответственности и правила их применения, устанавливаемые законодательством об административных правонарушениях, должны не только соответствовать характеру правонарушения, его опасности для защищаемых законом ценностей, но и обеспечивать учет причин и условий его совершения, а также личности

правонарушителя и степени его вины, гарантируя тем самым адекватность порождаемых последствий для лица, привлекаемого к административной ответственности, тому вреду, который причинен в результате административного правонарушения, не допуская избыточного государственного принуждения и обеспечивая баланс основных прав индивида (юридического лица) и общего интереса, состоящего в защите личности, общества и государства от административных правонарушений <...> устанавливаемые КоАП РФ размеры административных штрафов должны соотноситься с характером и степенью общественной опасности административных правонарушений и обладать разумным сдерживающим эффектом, необходимым для соблюдения находящихся под защитой административно-деликтного законодательства запретов.

В рассматриваемом случае ПАО «МТС» при соблюдении той степени добросовестности, которая требовалась от Общества в целях выполнения законодательно установленной обязанности, а также осуществления надлежащего контроля соблюдения законодательства при размещении рекламы, могло не допустить совершения административного правонарушения.

С учетом изложенного, основания для применения статьи 2.9 КоАП РФ в рассматриваемом случае отсутствуют.

Оценив характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя в совершенном правонарушении, прихожу к выводу, что рассматриваемое правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с этим не допустимо применение статьи 2.9. КоАП РФ. Применение в рассматриваемом случае статьи 2.9. КоАП РФ не обеспечит адекватную защиту охраняемым общественным отношениям, а также не приведет к достижению установленной законом цели предупреждения совершения новых правонарушений.

Кроме того, в указанном случае следует учитывать тот факт, что ПАО «МТС» уже привлекалось к административной ответственности за нарушение положений Закона о рекламе при распространении рекламы путем распространения смс-сообщений, что свидетельствует о нежелании правонарушителя отказаться от противоправного поведения.

Так, постановлением Управления Федеральной антимонопольной службы по городу Москве о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №4-14.3-471/77-16 от 14.07.2016 ПАО «МТС» привлечено к административной ответственности в виде административного штрафа в размере 300 000 рублей в соответствии с ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ (дата вступления в законную силу – 01.08.2016, штраф оплачен 15.08.2016). Постановлением Управления Федеральной антимонопольной службы по городу Москве о наложении штрафа по делу об административном

правонарушении №4-14.3-733/77-16 от 14.07.2016 ПАО «МТС» привлечено к административной ответственности в виде административного штрафа в размере 400 000 рублей в соответствии с ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ (дата вступления в законную силу – 01.08.2016).

В соответствии с п.2 ч.1 ст.4.3 КоАП РФ к числу обстоятельств, отягчающих административную ответственность, относится повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок предусмотренный статьей 4.6 КоАП РФ.

Согласно ст.4.6 КоАП РФ лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления.

Следовательно, ПАО «МТС» совершило предусмотренное ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ административное правонарушение повторно.

Место совершения административного правонарушения – г. Иваново.

Время и дата совершения административного правонарушения – 08 декабря 2016 года в 16:07.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность ПАО «МТС», не установлено.

Обстоятельства, отягчающие административную ответственность Общества, предусмотренные ст. 4.3 КоАП РФ:

- оказание противодействия административному органу в установлении фактов, имеющих значение для рассмотрения дела;
- совершение административного правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП, повторно и многократно.

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении, предусмотренных ст. 24.5 КоАП, не установлено.

Руководствуясь статьями 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

Признать ПАО «МТС» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ, и назначить административное наказание в виде штрафа в размере 200 000 (Двести тысяч) рублей.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 ст. 31.5 КоАП РФ. Реквизиты для перечисления суммы штрафа:

Плательщик ПАО «МТС»

Получатель УФК по Ивановской области (Ивановское УФАС России)

Банк получателя ГРКЦ ГУ Банка России по Ивановской области г. Иваново

БИК банка 042406001

Счет 40101810700000010001

ИНН получателя 3728012720

КПП получателя 370201001

КБК получателя 16111626000016000140

Код ОКТМО 24701000

Назначение платежа: оплата штрафа по постановлению о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 03-32/2017-14 от 26 июля 2017 года.

Копию документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, лицо, привлеченное к административной ответственности, направляет должностному лицу, вынесшему постановление (факс: 32-63-60).

Согласно ч. 1 ст. 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного штрафа либо административный арест на срок до пятнадцати суток.

В соответствии с ч. 7 ст. 21 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение двух лет со дня его вступления в законную силу.

В соответствии с ч. 3 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно ч. 1 ст. 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.

Подпись должностного лица