

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 19

о наложении штрафа по делу № 027/04/14.3-612/2024

об административном правонарушении

16 мая 2024 года

г. Хабаровск

ВРИО руководителя Федеральной антимонопольной службы по Хабаровскому краю, рассмотрев протокол об административном правонарушении от 02 мая 2024 года и материалы дела № 027/04/14.3-612/2024, возбужденного в отношении ПАО «МТС» (ИНН 7740000076, 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4) в связи с распространением рекламы с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», что образовало состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ),

в присутствии представителя ПАО «МТС» (по доверенности серия 77 АД № 5384527 от 17.11.2023),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Хабаровского УФАС России поступило заявление гр. * (вх. № 1995-ИП/24 от 07.02.2024) о признаках нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении на номер телефона +7914 218 35 10 SMS-сообщения рекламного характера без согласия абонента на получение рекламы. При этом заявитель указывает на отсутствие его согласия на получение рекламы.

При рассмотрении заявления установлено, что на телефонный номер заявителя +7914 218 35 10 06.02.2024 в 11:17 поступило следующее SMS-сообщение: «Займ до 100 тыс.р. на срок до года. Подбор bestcash.io/r20» от отправителя с буквенным идентификатором Bestcash.io.

Частью 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» определено, что реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Из содержания вышеуказанной информации следует, что таковая по своему содержанию и целевой направленности является рекламой, так как направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (финансовым услугам по выдаче займов), формирование и поддержание интереса к нему.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Как разъяснено в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако 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 рекламодателя.

Таким образом, распространение рекламы по телефону возможно лишь при условии получения на это предварительного согласия лица, которому принадлежит телефонный номер, выделенный в соответствии с договором об оказании услуг связи (абонента). При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламодатель, а в отсутствие таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

По сообщению ПАО «МТС» (вх. № 3395-ЭП/24 от 29.02.2024, № 3395-ЭП/24 от 29.02.2024, № 6102-ЭП/24 от 16.04.2024) реклама распространена Обществом абоненту телефонного номера +7914 218 35 10 при наличии его согласия на основании договора об оказании услуг в сервисе «МТС Маркетолог», заключенного 29.09.2023 между ИП * (рекламодатель) и ПАО «МТС» (рекламораспространитель). Первоначально договор об оказании услуг связи от 16.02.2008 заключен с родственником заявителя. При заключении договора абонент выразил согласие с Правилами оказания услуг связи, действовавшими в период заключения договора и являющихся неотъемлемой частью договора, принял их и присоединился к ним.

Пунктом 7.6 Правил установлено: «Абонент вправе выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, когда возможность такого отказа предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе, путём направления Оператору соответствующего письменного уведомления. Заключая договор, Абонент, тем самым, выражает своё согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи и в случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе».

Согласно акту приема-передачи от 23.08.2014 права и обязанности по данному договору с указанной даты переданы Заявителю (договор на оказание услуг подвижной связи МТС в архиве ПАО «МТС» не найден).

На момент отправки SMS-сообщения первоначальный владелец абонентского номера +7914 218 35 10 и лицо, которому в 2014 году переданы права и обязанности по договору оказания услуг подвижной связи МТС (заявителю), с заявлениями об отзыве согласия на получение рекламы в ПАО «МТС» не обращались.

По мнению ПАО «МТС», рекламное SMS-сообщение направлено лицу, которое выразило согласие на получение рекламы и не отозвало его, следовательно, в действиях оператора сотовой связи нарушения рекламного законодательства Российской Федерации отсутствуют.

Рассылка 06.02.2024 SMS-сообщения на абонентский номер +7914 218 35 10 произведена ПАО «МТС» (рекламораспространителем) методом выбора из абонентской базы клиентов оператора сотовой связи и в рамках заключенного с заявителем договора об оказании услуг связи.

Неотъемлемой частью договора, заключенного ПАО «МТС» 16.02.2008 с абонентом телефонного номера +7914 218 35 10 являются Правила оказания услуг связи МТС. При заключении договора абонент выразил согласие с Правилами оказания услуг связи, являющихся неотъемлемой частью договора, принял их и присоединился к ним.

Заказ на рассылку сообщения в рамках договора на оказание услуг в сервисе «МТС Маркетолог» от 29.09.2023 создал Клиент данного сервиса – ИП * (рекламодатель).

В соответствии с п. 3.2.1 приложения № 1 к указанному выше договору ПАО «МТС» обязуется до начала оказания услуги получить от получателя согласие на получение рекламных материалов.

Вместе с тем согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера +7914 218 35 10, согласие на получение рекламы он не давал.

Отсутствие договора об оказании услуг связи, заключенного между ПАО «МТС» и абонентом телефонного номера +7914 218 35 10 (заявителем), не позволяет сделать однозначный вывод о наличии либо отсутствии согласия данного абонента. Иных доказательств наличия согласия заявителя на получение рекламы ПАО «МТС» не представило.

Хабаровское УФАС России не усматривает оснований считать, что согласие абонента у оператора связи имелось, поскольку соответствующее документальное и объективное подтверждение в материалах дела отсутствует.

Кроме того, письмом (вх. № 6102-ЭП/24 от 16.03.2024) ПАО «МТС» представило договор оказания услуг связи, заключенный 16.02.2008 между гр. (первоначальным владельцем телефонного номера +7914 218 35 10) и ПАО «МТС».

Из текста данного договора следует, что его положения не оставляют абоненту права выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации ввиду отсутствия в нем соответствующей графы для заполнения. Абонент лишен возможности непосредственно в момент подписания договора выразить отказ от получения рекламы.

Также из представленного ПАО «МТС» акта приема-передачи прав и обязанностей по договору об оказании услуг не следует, что рекламораспространителем получено согласие нового владельца телефонного номера +7914 218 35 10, которому данный номер телефона 23.08.2014 передан в пользование.

По смыслу пункта 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» действие данной нормы направлено на ограждение абонентов от нежелательных для них SMS-сообщений (телефонных звонков, сообщений, передаваемых по иным

видам электросвязи) с рекламной информацией, на получение которой они не давали своего согласия.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с Правилами оказания услуг.

При присоединении абонента телефонного номера +7914 218 35 10 к Правилам оказания услуг связи МТС у клиента отсутствовала возможность отдельно согласиться на получение рекламной информации либо отказаться от её получения и он вынужден в целях получения абонентского номера присоединиться к данным Правилам. Подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

Представленные ПАО «МТС» доказательства получения предварительного согласия абонента на получение рекламы не свидетельствуют о том, что абонент (заявитель) в момент направления ему рекламы, добровольно согласился на получение рекламной информации, что также подтверждается и поступившей жалобой данного физического лица, настаивавшего на отсутствии с его стороны согласия на получение рекламной информации на свой номер телефона.

Следовательно, согласие абонента телефонного номера +7914 218 35 10, представленное ПАО «МТС» в виде договора на оказание услуг связи от 16.02.2008, которое последний выразил присоединившись к Правилам оказания услуг связи, не может рассматриваться как надлежащее.

Таким образом, рассылка SMS-сообщения абоненту телефонного номера +7914 218 35 10 произведена ПАО «МТС» при отсутствии надлежащего его согласия на получение рекламы.

Распространение рекламы по сетям электросвязи без согласия абонента нарушает требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» и, в силу пункта 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащей.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Установлено, что рекламораспространителем является ПАО «МТС» (ИНН 7740000076, 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4).

27 апреля 2024 года в Хабаровское УФАС России поступили письменные пояснения ПАО «МТС» (вх. № 6842-ЭП/24) и поддержанные представителем Общества на рассмотрении настоящего дела, из которых следует, что Общество не располагает возможностью предоставить письменное доказательство наличия согласия абонента телефонного номера +7914 218 35 10 на получение SMS-сообщения рекламного характера, поскольку регистрационная форма, подписанная данным абонентом, в архиве ПАО «МТС» отсутствует. 20.02.2024 на номер +7914 218 35 10 оператором сотовой связи подключена услуга, блокирующая получение SMS-сообщения рекламного характера. Учитывая обстоятельства, что ПАО «МТС» предприняты меры о том, чтобы заявитель в дальнейшем не получал рассылки рекламного характера от оператора и его партнеров, вменяемое правонарушение не повлекло для него последствия в виде причинения вреда жизни, здоровью, имущественному положению, Общество просит рассмотреть вопрос о снижении размера административного штрафа ниже низшего предела санкции части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

На основании части 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламораспространителем законодательства о рекламе (ненадлежащая реклама) влечет наложение административного штрафа 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.

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

Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в пункте 18 постановления от 02.06.2004г. № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» разъяснил, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

При этом согласно пункту 18.1 данного Постановления квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положения пункта 18 применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния.

В рассматриваемом случае доказательств наличия каких-либо исключительных обстоятельств, позволяющих квалифицировать правонарушение, совершенное ПАО «МТС», как малозначительное, не представлено.

По вменяемому составу правонарушения существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается в отсутствии должной предусмотрительности и пренебрежительном отношении ПАО «МТС» к исполнению своих публично-правовых обязанностей и несоблюдении требований действующего рекламного законодательства Российской Федерации. В связи с чем совершенное ПАО «МТС» административное правонарушение не может расцениваться как малозначительное.

Согласно части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ 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 частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

В соответствии с частью 2 статьи 3.4 КоАП РФ 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.

Вместе с тем в рассматриваемом деле не могут применены нормы части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ.

Дело № 027/04/14.3- 612/2024 об административном правонарушении возбуждено антимонопольным органом без проведения контрольного (надзорного) мероприятия, часть 1 статьи 4.1.1 КоАП не подлежит применению.

Следовательно, замена административного наказания в виде штрафа на предупреждение при изложенных обстоятельствах по рассматриваемому административному делу не предусмотрена.

В соответствии со статьей 3.1 КоАП РФ административное наказание является установленной государственной мерой ответственности за совершение административного правонарушения и, исходя из общих правил назначения административного наказания, закрепленных в положениях статьи 4.1 КоАП РФ, назначается в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение.

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

В соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить

наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

Согласно части 3.3. статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания в соответствии с частью 3.2 настоящей статьи размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса.

Бремя доказывания наличия исключительных обстоятельств и тяжелого финансового положения предприятия возлагается на лицо, ходатайствующее о снижении размера административного штрафа.

ПАО «МТС» не представило доказательств затруднительного имущественного и финансового положения, не представлено никаких документов об исключительных обстоятельствах, связанных с характером совершенного им административного правонарушения, не принято необходимых и достаточных мер для соблюдения законодательства о рекламе, хотя при должной внимательности и осмотрительности ПАО «МТС» могло предвидеть последствия – возможность нарушения законодательства о рекламе, имело возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность, предусмотренных статьей 4.2 КоАП РФ, не установлено.

Обстоятельством, отягчающим административную ответственность, признается неоднократное привлечение ПАО «МТС» к административной ответственности по статье 14.3 КоАП РФ: постановлением по делу № 011/04/14.3-108/2024 от 22.02.2024 об административном правонарушении УФАС по Республике Коми наложен штраф в размере 100 000, 00 рублей; постановлением по делу № 023/04/14.3-918/2024 от 14.03.2024 об административном правонарушении Краснодарским УФАС России наложен штраф в размере 100 000, 00 рублей; постановлением по делу № 034/04/14.3-216/2024 от 14.03.2024 об административном правонарушении Волгоградским УФАС России наложен штраф в размере 100 000, 00 рублей.

Таким образом, основания для снижения размера административного штрафа ниже низшего предела, отсутствуют.

Руководствуясь статьей 33 Федерального закона «О рекламе», статьями 4.3, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Признать ПАО «МТС» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3. КоАП РФ.
2. Применить к ПАО «МТС» ответственности в виде административного штрафа за ненадлежащую рекламу в размере 100 000 (Сто тысяч) рублей.

Согласно части 1 статьи 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен в полном размере лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу, за исключением случаев, предусмотренных частями 1.1, 1.3 - 1.3-3 и 1.4 настоящей статьи, либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 настоящего Кодекса.

Сумма штрафа, уплаченная за нарушение законодательства о рекламе, зачисляется в бюджет:

получатель УФК по Хабаровскому краю (Хабаровское УФАС России, л/с 04221340250), ИНН 2721023142, КПП 272101001, ОГРН 1022700921022, р/с 03100643000000012200 Отделение Хабаровск Банка России//УФК по Хабаровскому краю, г. Хабаровск, БИК 010813050, к/с 40102810845370000014, ОКТМО 08701000, ББК 161 1 16 01141 01 0003 140, УИН 16100500000001945531

При отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, по истечении шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу, должностное лицо, вынесшее постановление, направляет соответствующие материалы судебному приставу - исполнителю для взыскания суммы административного штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством. Кроме того, должностное лицо, вынесшее постановление, принимает решение о привлечении лица, не уплатившего административный штраф, к административной ответственности в соответствии с частью 1 статьи 20.25 КоАП РФ.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

Приложение: платежное поручение на 1л. в 1 экз.