

Постановление

о наложении штрафа по делу № 012/04/14.3-1063/2021

об административном правонарушении

«08» декабря 2021 года
Йошкар-Ола

г.

Я, заместитель руководителя – начальник отдела Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл Бастраков Артем Валерьевич, рассмотрев протокол от «24» ноября 2021 года об административном правонарушении и материалы дела №012/04/14.3-1063/2021, возбужденного в отношении ПАО «Вымпел-Коммуникации» (<...>) по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: «Первый заём под 0% без скрытых подписок до 30 000 рублей до 30 дней! <http://bit.ly/ZAYMERBe5> ООО МФК Займер» с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в присутствии представителя ПАО «Вымпел-Коммуникации» <...>, действующего на основании доверенности №ЦР-20-607 от 10.12.2020, при надлежащем извещении общества о дате, времени и месте рассмотрения дела,

Установил:

Марийским УФАС России возбуждено дело № 012/04/14.3-1063/2021 об административном правонарушении в отношении ПАО «Вымпел-Коммуникации» по факту нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

24.11.2021 ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> составлен протокол об административном правонарушении № 012/04/14.3-1063/2021 в отношении ПАО «Вымпел-Коммуникации» по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ. ПАО «Вымпел-Коммуникации» надлежащим

образом извещено о дате, времени составления протокола. Уведомление о составлении протокола (исх. № 03-07/867 от 09.11.2021), направленное Марийским УФАС России по юридическому адресу ПАО «Вымпел-Коммуникации», согласно сведениям Почты России, получено обществом 16.11.2021.

Копия протокола была направлена по юридическому адресу ПАО «Вымпел-Коммуникации» (исх. № 03-07/910 от 24.11.2021), получена обществом 30.11.2021.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление <...> вх. № 168-А от 04.06.2021, направленное в порядке переадресации из Управления Роскомнадзора по Приволжскому федеральному округу, относительно смс-сообщения с рекламной информацией компании ООО «МФК Займер» без согласия абонента.

В своем заявлении <...> указал, что на его абонентский номер (+79063366481) 25.05.2021 в 14:47 поступило смс-сообщение от отправителя Zaymer без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Первый заём под 0% без скрытых подписок до 30 000 рублей до 30 дней! <http://bit.ly/ZAYMERBe5> ООО МФК Займер».

Антимонопольный орган в соответствии с предоставленными Федеральным законом от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) полномочиями осуществляет государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе и проводит проверки рекламы на соответствие требованиям Российской Федерации.

В соответствии со статьей 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 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).

В рассматриваемой рекламе объектом рекламирования являются финансовые услуги.

Информация, направленная <...> в виде смс-сообщения, не обращена к конкретному потребителю, оно не было адресовано каким-либо определенным лицам, следовательно, является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник, знакомый, которому передано право пользования, а следовательно, получатели информации не могут быть определены.

Таким образом, информация содержит следующие признаки рекламы: рассматриваемое смс-сообщение направлено посредством подвижной радиотелефонной связи, информация была адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (соответствующим услугам), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Следовательно, указанная информация по своему содержанию и целевой направленности является рекламой.

Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

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

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, в случае, если будет доказана его вина.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлен следующий механизм распространения рассматриваемого рекламного смс-сообщения.

ПАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях указало, что <...> является абонентом сотовой связи ПАО «ВымпелКом» на основании договора об оказании услуг подвижной связи от 06.10.2008. На момент получения

рекламы действовали новые условия оказания услуг ПАО «ВымпелКом». Против действующей редакции условий абонент не возражал. С просьбами о прекращении распространения рекламной информации не обращался, претензий по данному вопросу не зафиксировано.

Так, пунктом 8.13 Условий оказания услуг подвижной связи «Билайн», действовавших на момент получения рассматриваемого смс-сообщения, установлено, что абонент вправе отозвать данное им согласие в любое время путем направления оператору соответствующего письменного уведомления.

Однако в договоре отсутствует указание на то, что <...> предоставил согласие на получение рекламной информации. Таким образом, у <...> отсутствовало согласие на получение данного рекламного сообщения, и он не обязан дополнительно оформлять отказ от получения согласия в соответствии с п. 8.13 Условий оказания услуг подвижной связи «Билайн».

ПАО «ВымпелКом» указало, что отправителем с буквенным обозначением Zaumer рассматриваемого рекламного смс-сообщения на номер <...> является ООО Микрофинансовая компания «Займер» (<...>).

Из письменных пояснений ООО Микрофинансовая компания «Займер» (далее – ООО МФК «Займер») от 20.08.2021 вх. № 7915 следует, что 01.02.2021 между ПАО «ВымпелКом» (Исполнитель) и ООО МФК «Займер» (Заказчик) заключен договор № 672458230 оказания услуг связи «Билайн», согласно которому Исполнитель обязуется оказать Заказчику услуги по рассылке SMS1 и PUSH2 сообщений (далее – Услуги) на абонентские телефонные номера потенциальных и/или действующих клиентов и/или партнеров ООО МФК «Займер»), являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн (далее – Пользователи), а Заказчик обязуется принять и оплатить оказанные услуги.

Согласно Приложению №1 к Договору № 672458230 оказания услуг связи «Билайн», ООО МФК «Займер» заказывает предоставление Дополнительных информационных услуг путем проставления соответствующей отметки в Бланке заказа на Услуги и предоставления ПАО «ВымпелКом» информации, необходимой для предоставления данных услуг. При предоставлении Дополнительных информационных услуг критерии таргетирования списка Пользователей определяются ПАО «ВымпелКом» самостоятельно по результату предоставления Дополнительных информационных услуг и направляются ПАО «ВымпелКом» на указанный в Дополнительном соглашении адрес электронной почты ООО МФК «Займер».

Отчет предоставляется в обезличенном виде и не содержит

персональных данных или иной конфиденциальной информации о Пользователях.

Согласно п. 5.5 Приложения №1 к Договору № 672458230 оказания услуг связи «Билайн», Рассылка SMS и PUSH сообщений осуществляется в соответствии с принятой в ПАО «ВымпелКом» политикой контактов, редакционной политикой и с учетом стоп-листов ПАО «ВымпелКом». В стоп-листы ПАО «ВымпелКом» включаются номера Пользователей, выразивших отказ на получение информации посредством рассылки SMS и/или иных сообщений.

Выборку клиентов и соответственно получение согласия от своих абонентов для рассылки SMS¹ и PUSH² сообщений происходит на стороне ПАО «ВымпелКом». ООО МФК «Займер» не получает предварительную информацию, на какие номера будет отправлено рекламное сообщение.

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 рекламодателя/распространителя.

Таким образом, распространение рекламы по сетям электросвязи должно осуществляться только при наличии согласия абонента или адресата на получение рекламы.

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 рекламодателя/распространителя.

Требование законодателя относительно обязанности рекламодателя/распространителя 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.

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.

Вместе с тем, <...> не выражал согласие на получение рассматриваемой рекламной информации.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента при получении такого согласия последнему как потребителю услуги должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок. При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие, а не опосредованной и обусловленной лишь ознакомлением с правилами оказания услуг, а также направления самостоятельно запросов на фиксированный номер оператора, информация о котором отсутствует в договоре, а доступ к личному кабинету на сайте ПАО «ВымпелКом» может быть затруднен отсутствием интернет связи. Иной подход, может привести к злоупотреблениям со стороны рекламодателей, стремящихся любым способом получить возможность распространения рекламы с приданием своим действиям видимости законности.

Пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе предусмотрены понятия рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламодателя. 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; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

На основании собранных документов Марийское УФАС России пришло к выводу, что рекламодателем является ПАО «ВымпелКом».

Ответственность за данное нарушение предусмотрена статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц – от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно пункту 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие

(бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Согласно пункту 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.

ПАО «Вымпелком» в ответ на протокол об административном правонарушении по делу №012/04/14.3-1063/2021 представило письменные пояснения, в которых указало, что абонентский номер +79063366481 был выделен Апаеву Максиму Владиславовичу на основании договора об оказании услуг связи Билайн №165793468 от 06.10.2008. Текст договоров о предоставлении услуг связи "Билайн", в том числе новые условия оказания услуг связи, утверждаются обществом путем издания внутренних локальных актов - приказов, которые используются в работе сотрудниками офисов продаж и абонентского обслуживания компании, диллерами и дистрибьюторами.

ПАО «Вымпелком» поясняет, что согласно приказу №791/08 от 30.06.2008 были утверждены новые условия договора о предоставлении услуг связи «Билайн», которые применяются с 01.08.2008. Информирование абонентов о введении новой редакции договора об оказании услуг связи состоялась путем публикации его на корпоративном web-сайте и на официальном сайте www.beeline.ru (в разделе «Новости») 01.08.2008.

Согласно п.3.2 договора об оказании услуг связи «Билайн», утвержденного приказом № 791/08 от 30.06.2008, оператор вправе вносить изменения в условия договора направлением абоненту соответствующих предложений (в том числе путем смс-сообщений или размещения соответствующей информации на сайте оператора в сети интернет или путем публикации в других средствах массовой информации, или другими способами). При этом, если в течение 15 дней с даты получения абонентом указанного сообщения или размещения соответствующей информации/публикации оператор не получит письменный полный либо частичный отказ абонента от принятия таких изменений и абонент не использует свои права, предусмотренные в п.2.3 договора, то это означает согласие абонента с указанными изменениями.

Однако представитель ПАО «Вымпелком» на рассмотрении дела об

административном правонарушении пояснил, что смс-сообщения об изменении условий договора абоненту <...> не направлялось. Следовательно, оператор не совершил в отношении абонента исчерпывающий перечень действий, направленных на извещение абонента с изменениями в договоре.

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

При этом сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражать соответствующее согласие.

Однако в рассматриваемом случае не установлено, что <...> предоставлено согласие ПАО «Вымпелком» в такой форме, что данное согласие можно было бы трактовать как прямое и недвусмысленным волеизъявлением для получения информации рекламного характера.

ПАО «Вымпелком» при распространении рассматриваемой рекламы не были предприняты все зависящие от общества меры по соблюдению законодательства о рекламе, по предотвращению совершения правонарушения.

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

Место совершения административного правонарушения: г. Йошкар-Ола

Время совершения административного правонарушения: 25.05.2021, 14:47 – время поступления рекламного смс-сообщения без согласия абонента.

Состав административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, совершенного ПАО «Вымпелком», образуют:

- объект административного правонарушения - установленный порядок производства, размещения и распространения рекламы;
- объективная сторона – распространение рекламы с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе;
- субъект правонарушения – ПАО «Вымпелком»;
- субъективная сторона – виновное совершение административного правонарушения, так как у ПАО «Вымпелком» 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 ПАО «Вымпелком».

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ) не установлено.

Дополнительно должностным лицом Марийского УФАС России 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.

По смыслу статьи 2.9 КоАП РФ оценка малозначительности деяния должна соотноситься с характером и степенью общественной опасности, причинением вреда либо угрозой причинения вреда личности, обществу или государству. Таким образом, административные органы обязаны установить не только формальное сходство содеянного с признаками того или иного административного правонарушения, но и решить вопрос о социальной опасности деяния.

Совершенное ПАО «Вымпелком» 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.

С учетом изложенных обстоятельств, совершенное правонарушение несет существенную угрозу правоохраняемым отношениям.

Таким образом, оценив характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, должностное лицо Марийского УФАС России приходит к выводу о том, что совершенное ПАО «Вымпелком» правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем, отсутствуют основания для признания его малозначительным.

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении (ст. 24.5 КоАП РФ), не установлено.

Обстоятельства, смягчающие административную ответственность, не установлены.

Обстоятельством, отягчающим административную ответственность, Марийское УФАС России признает неоднократное привлечение ПАО «Вымпелком» к административной ответственности по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ

Так, Управлением Федеральной антимонопольной службы по г. Москве (далее – Московское УФАС России) вынесено постановление по делу № 077/04/14.3-22099/2020 от 21.12.2020, которым ПАО «Вымпелком» назначен штраф в размере 500 000 руб., оплаченный обществом 05.03.2021; Московским УФАС России вынесено постановление по делу №077/04/14.3-22183/2020 от 30.12.2020, которым назначен штраф в размере 500 000 руб., оплаченный обществом 28.04.2021; Московским УФАС России вынесено постановление по делу №077/04/14.3-1911/2021 от 15.02.2021, которым назначен штраф в размере 350 000 руб., оплаченный обществом 28.04.2021; Московским УФАС России вынесено постановление по делу № 077/04/14.3-2119/2021 от 19.02.2021, которым назначен штраф в размере 350 000 руб., который оплачен обществом 28.04.2021.

Таким образом, учитывая вышеизложенное, должностное лицо Марийского УФАС России считает возможным назначить ПАО «Вымпелком» административное наказание в виде размера штрафа в пределах санкции ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ в сумме 300 000 (триста тысяч) рублей. Основания для применения ст. 4.1.1 КоАП РФ отсутствуют.

Руководствуясь ст. 2.1, 2.2, 2.9, 2.10, 4.1, 4.2, 4.3, ч. 1 ст. 14.3, 23.48, ч. 1 ст. 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

Привлечь ПАО «Вымпел-Коммуникации» (<...>) к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и назначить наказание в виде штрафа в размере **300 000 (триста 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:

<...>

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.

Приложение: квитанция для оплаты штрафа.

Заместитель руководителя –
начальник отдела