

Постановление

о наложении штрафа по делу № 012/04/14.3-230/2022

об административном правонарушении

«27» апреля 2022 года
Йошкар-Ола

г.

Я, заместитель руководителя – начальник отдела Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл <...>, рассмотрев протокол от «28» марта 2022 года об административном правонарушении и материалы дела №012/04/14.3-230/2022, возбужденного в отношении ПАО «Вымпел-Коммуникации» (<...>) по факту распространения рекламы посредством смс-сообщения с использованием телематических средств связи без согласия абонента, следующего содержания: *«Телеграфируем о кредитной карте от АО «Альфа-Банк»! <https://alfa.link/oO44JA>. Ген. лицензия ЦБ РФ №1326 от 16.01.15. Не оферта»* 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» <...>, действующей на основании доверенности от 22.03.2022 №ЦР-22-145, при надлежащем извещении общества о дате, времени и месте рассмотрения дела,

Установила:

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) возбуждено дело № 012/04/14.3-230/2022 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).

По юридическому адресу ПАО «Вымпел-Коммуникации» направлено уведомление о составлении протокола (исх. № 03-07/128 от 14.03.2022), которое, согласно сведениям с сайта АО «Почта России», получено обществом 18.03.2022.

28.03.2022 ведущим специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов Марийского УФАС России <...> составлен протокол об административном правонарушении № 012/04/14.3-

230/2022 в отношении ПАО «Вымпел-Коммуникации» по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Копия протокола была направлена по юридическому адресу ПАО «Вымпел-Коммуникации» (исх. № 03-07/166 от 28.03.2022), получена обществом 01.04.2022.

Марийским УФАС России вынесено определение об отложении рассмотрения дела об административном правонарушении от 11.04.2022 исх. № 03-07/210.

Копия указанного определения направлена по юридическому адресу ПАО «Вымпел-Коммуникации», получена им 15.04.2022.

Таким образом, на момент рассмотрения дела № 012/04/14.3-230/2022 ПАО «Вымпел-Коммуникации» надлежащим образом уведомлено о дате, месте и времени рассмотрения дела.

Событие административного правонарушения выразилось в следующем.

В адрес Марийского УФАС России поступило заявление <...> (вх. №293-А от 07.10.2021).

В своем заявлении <...> указал, что на его абонентский номер <...> поступило смс-сообщение от отправителя «AlfaBank» без предварительного согласия абонента следующего содержания: «Телеграфируем о кредитной карте от АО «Альфа-Банк»! <https://alfa.link/oO44JA>. Ген.лицензия ЦБ РФ №1326 от 16.01.15. Не оферта».

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 является рекламой, так как: 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.

При этом в части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламодателя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано. Обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

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

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

Из письменных пояснений ПАО «Вымпел-Коммуникации» (далее – ПАО «ВымпелКом») следует, что абонентский номер <...> выделен <...> на основании договора об оказании услуг связи Билайн №165793468 от 06.10.2008.

Согласно приказу ПАО «ВымпелКом» №791/08 от 30.06.2008 г. 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 состоялось путем публикации его на корпоративном web-сайте и на официальном сайте www.beeline.ru (в разделе «Новости») 01.08.2008.

ПАО «ВымпелКом» в письменных пояснениях указало, что распространение смс-сообщения на абонентский номер <...> (<...>) от отправителя с буквенным наименованием «AlfaBank» осуществлено 06.10.2021 в 21:06 ПАО «ВымпелКом» на основании договора оказания услуг связи Билайн №767734052 от 11.09.2020 и дополнительного соглашения №1 к указанному договору,

заключенных между ПАО «ВымпелКом» и АО «Альфа-Банк» (<...>).

Согласно условиям договора, ПАО «ВымпелКом» обязуется оказывать, а АО «Альфа Банк» обязуется оплачивать услуги по рассылке коротких текстовых сообщений на абонентские номера пользователей услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн, являющихся потенциальными и/или действующими клиентами партнеров абонентов.

АО «Альфа Банк» самостоятельно определяет содержание коротких текстовых сообщений, обеспечивает соблюдение требований действующего законодательства Российской Федерации и редакционной политики Билайн при формировании текста коротких текстовых сообщений и гарантирует, что короткие текстовые сообщения не содержат информации, распространение которой запрещено действующим законодательством Российской Федерации.

По условиям договора рассылку коротких текстовых сообщений на абонентские телефонные номера пользователей осуществляется с применением правил таргетирования списка пользователей, то есть пользователь – физическое лицо, заключившее с Билайн договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер и который содержит согласие абонента на получение рекламы.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом» указывает, что рекламодателем, рекламопроизводителем в рассматриваемом случае является АО «Альфа Банк», рекламораспространителем – ПАО «ВымпелКом». Ответственность за проверку наличия согласия абонента на получение смс-рассылки возлагалась на рекламораспространителя.

Рассылка смс-сообщений ПАО «ВымпелКом» осуществляется только тем пользователям, в отношении которых получено согласие на получение от Общества информации и рекламы по сетям электросвязи, а также в соответствии с принятой в ПАО «ВымпелКом» политикой контактов, редакционной политикой и с учетом стоп-листов «Билайн».

Кроме того, ПАО «ВымпелКом» пояснило, что в соответствии с пунктом 3.2 договора об оказании услуг связи «Билайн» 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 публикаций 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 п. 2.3 договора, то это означает согласие абонента с указанными изменениями.

ПАО «ВымпелКом» считает, что абонент < ... > продолжая пользоваться услугами общества, выразил свое согласие с изменениями договора об оказании услуг связи «Билайн», в том числе и на получение рекламных сообщений.

В ответе на запрос АО «Альфа Банк» пояснило, что банк не осуществлял и не инициировал направление смс-сообщений рекламного характера 06.10.2021 21:06 на абонентский номер <...>. Сведения о владельце абонентского номера в информационных системах банка отсутствуют.

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.

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 выразил согласие на получение рассматриваемой рекламной информации.

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 телефонных звонков, 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.

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.

В соответствии с Письмом ФАС России № АК/13563/16 от 03.03.2016, согласие должно носить явно выраженный характер и не может быть выполнено в форме согласия на получение какой-либо иной информации.

Однако в рамках рассмотрения дела Марийским УФАС России не установлено, что <...> предоставлено согласие АО «Альфа Банк» и ПАО «Вымпел-Коммуникации» в такой форме, что данное согласие можно было бы трактовать как прямым и недвусмысленным волеизъявлением для получения информации рекламного характера о деятельности АО «Альфа Банк» и услугах, реализуемых данным обществом.

Кроме того, подписание Договора об оказании услуг связи «Билайн», заключенного между ПАО «Вымпел-Коммуникации» и абонента с номером <...> (далее – Договор, Договора об оказании услуг связи), в условиях которого содержится п. 9 о наличии соответствующего согласия и о возможности в случае несогласия абонента на получение рекламной информации отказаться от получения такой информации, позвонив на соответствующий номер оператора связи или написав заявление об отказе, не подтверждает наличие у абонента возможности выбора – согласиться на получение информации рекламного характера либо отказаться от нее путем проставления в соответствующем поле отметки «галочки, плюсика и так

далее» непосредственно в момент заключения договора.

При этом в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-11), 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 лишь ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг, которые являются неотъемлемой частью договора.

Таким образом, согласие в условиях договора, на которое ссылается в своих доводах ПАО «Вымпел-Коммуникации», противоречит принципу добровольности, поскольку предполагается, что абонент полностью принимает все условия договора; варианты условия о согласии/не согласии на получение непосредственно рекламной информации исходя из представленного содержания Договора, действовавшего на момент заключения его абонентом, не содержатся.

На основании изложенного, рассматриваемая реклама распространялась без предварительного согласия абонента на ее получение.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушения части 1 статьи 18 указанного закона несет рекламораспространитель.

Таким образом, антимонопольным органом установлено, что рекламораспространителем вышеуказанной рекламы является ПАО «Вымпел-Коммуникации».

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 рекламораспространителем 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» заявлено ходатайство о применении пункта 4 статьи 2.1 КоАП РФ от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 26.03.2022), согласно которому юридическое лицо не подлежит административной ответственности за совершение административного правонарушения, за которое должностное лицо или иной работник данного юридического лица привлечены к административной ответственности либо его единоличный исполнительный орган, имеющий статус юридического лица, привлечен к административной ответственности, если таким юридическим лицом были приняты все предусмотренные законодательством Российской Федерации меры для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, за исключением случаев, предусмотренных частью 5 настоящей статьи.

ПАО «ВымпелКом» считает, что юридическим лицом были приняты все предусмотренные законодательством Российской Федерации меры для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность.

Доводы ПАО «ВымпелКом» о наличии у абонента возможности отказаться от получения рекламы путем направления соответствующего заявления оператору связи являются несостоятельными, поскольку такая возможность должна быть предоставлена абоненту изначально, на этапе заключения договора об оказании услуг связи. Представленные ПАО «ВымпелКом» доказательства не позволяют с достоверностью определить данным абонентом безоговорочного согласия на получение им именно рекламной информации.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом» в удовлетворении ходатайства отказано, так как при распространении рассматриваемой рекламы обществом не были предприняты все зависящие от него 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: 06.10.2021 в 21:06 –

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 охраняемым 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 Кировской области вынесено постановление по делу № 043/04/14.3-283/2021 от 07.07.2021, которым обществу назначен штраф в размере 150 000 рублей, оплаченный обществом 10.09.2021; Управлением Федеральной антимонопольной службы по Тамбовской области вынесено постановление по делу №068/04/14.3-455/2021 от 16.07.2021, которым обществу назначен штраф в размере 200 000 рублей, оплаченный обществом 21.09.2021; Управлением Федеральной антимонопольной службы по Омской области вынесено постановление по делу № 055/04/14.3-931/2021 от 06.10.2021, которым обществу назначен штраф в размере 300 000 рублей, оплаченный обществом 10.12.2021; Марийским УФАС России вынесено постановление по делу № 012/04/14.3-1042/2021 от 16.12.2021, которым обществу назначен штраф в размере 300 000 рублей, оплаченный

обществом 21.02.2022.

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 330 000 (триста тридцать 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,

ПОСТАНОВИЛА:

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 **330 000 (триста тридцать 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