

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу № 074/04/14.3-1963/2023

об административном правонарушении

04 апреля 2024 года
Ленина, 59

г. Челябинск, пр.

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России), рассмотрев материалы дела № 074/04/14.3-1963/2023 об административном правонарушении, возбужденного в отношении публичного акционерного общества <...> по факту поступления 06.04.2023 в 11:00 смс-сообщения рекламного характера на номер <...> следующего содержания: <...> без предварительного согласия абонента, с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Федеральный закон «О рекламе»), ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ),

в присутствии представителя ПАО <...> по доверенности, которой разъяснены права знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также положения статьи 51 Конституции РФ и иные процессуальные права и обязанности, предусмотренные КоАП РФ,

исследовав материалы настоящего дела об административном правонарушении,

УСТАНОВИЛ:

В Челябинское УФАС России поступило заявление физического лица по факту поступления 06.04.2023 в 11:00 смс-сообщения рекламного характера на номер <...> следующего содержания: <...> без предварительного согласия абонента.

В качестве доказательств заявителем представлен скриншот указанного смссообщения.

Согласно выписке из реестра Российской системы и плана нумерации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи www.rossvyaz.ru, телефонный номер <...> входит в ресурс нумерации оператора связи ПАО «Мобильные Теле Системы».

Челябинским УФАС России сделан запрос ПАО «МТС» об отправителе указанных смс-сообщений. В ответ на запрос ПАО «МТС» пояснило, что сообщения отправлены ПАО «МТС-Банк» на основании дополнительного соглашения № 4 от 27.05.2022 к Договору об оказании услуг связи № <...> от 17.12.2009.

Челябинским УФАС России направлен запрос ПАО <...> о предоставлении письменных пояснений по факту отправки указанного сообщения, а также сведений о наличии согласия абонента с номером <...> на получение рекламной рассылки. В ответ на запрос ПАО <...> пояснило, что абонент с номером <...> не зарегистрирован в базах данных банка и не является его клиентом.

Однако при заключении договора с ПАО «МТС» на оказание услуг связи все абоненты принимают Соглашение о пользовании сервисом «МТС Деньги», где выражают «полное и безоговорочное согласие на получение рекламной и иной информации от МТС и (или) партнеров ПТМ, которые участвуют в оказании Сервиса Пользователю по сетям электросвязи и на прямые контакты с Пользователем с целью продвижения товаров, работ, услуг МТС и(или) партнеров МТС, включая направление рекламной и иной информации (в т.ч. оферт) по абонентским номерам и(или) электронной почте, которые стали доступны МТС и(или) партнерам МТС в силу оказания Сервиса в соответствии с настоящим соглашением».

Специалистами Челябинского УФАС России осуществлен переход по ссылке, указанной в пояснениях ПАО «МТС-Банк», где размещен текст Соглашения (акт осмотра № 50-2023).

По результатам осмотра установлено, что потенциальный клиент не может воспользоваться услугами связи от ПАО «МТС», не принимая условия указанного соглашения. Клиент не может выразить свое согласие или отказ на получение рекламных сообщений отдельно, что нарушает его права.

Согласно статье 3 Федерального закона «О рекламе» под рекламой понимается 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.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», объект рекламирования - 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.

Товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (пункт 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Из содержания смс-сообщения усматривается, что данная информация содержит предложение воспользоваться услугами сервиса «МТС Деньги».

Таким образом, информация, поступившая заявителю в смс-сообщении, является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к услугам сервиса «МТС Деньги».

В силу части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Таким образом, Федеральным законом «О рекламе» установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента. Федеральный закон «О рекламе» возлагает обязанность

доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателя.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи», это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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.

Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки, в случае осуществления рассылки по его инициативе, не докажет, что такое согласие было получено.

При этом согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58).

Челябинское УФАС России сообщает, что согласно позиции ФАС России согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение указанного требования статьи 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 8.10.2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указывается, что, поскольку Законом о рекламе не определен порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Между тем, согласие абонента на получение рекламы должно четко содержать волеизъявление лица на получение рекламы. В случае отсутствия четкого волеизъявления абонента реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Определением об отложении рассмотрения дела и продлении срока его рассмотрения от 28.06.2023 у ПАО <...> и запрошены письменные пояснения по факту осуществления рекламной рассылки на номер <...> и информация о мерах по ее прекращению.

У ПАО «МТС» запрошена копия договора с заявителем на оказание услуг связи. В ответ на определение ПАО «МТС» представило копию договора с заявителем, заключенного 11.01.2004. В тексте договора отсутствует условие о даче какого-либо согласия на рекламу, в том числе от ПАО «<...>». Поскольку договор заключен в 2004 году, сервис «МТС Деньги» появился только в 2016 году, а Федеральный закон «О рекламе» принят в 2006 году, согласие заявителя на получение рекламной информации не могло быть получено при заключении договора об оказании услуг связи.

Согласно представленным ранее от ПАО <...> пояснениям заявитель не является клиентом банка, его номер не зарегистрирован в базе. Следовательно, ПАО <...> не доказано наличие согласия абонента с номером телефона <...> на получение рекламных смс-сообщений от ПАО. Отсутствие дачи согласия подтверждается самим заявителем, который в своем обращении в антимонопольный орган сообщил, что не давал согласия на получение рекламной информации.

На основании части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе», ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Рекламораспространителем следует признать ПАО <...> как лицо, осуществившее распространение рекламы.

Таким образом, распространение рекламы ПАО <...> 06.04.2023 в 11:00 путем направления смс-сообщения рекламного характера на номер <...> без предварительного согласия абонента содержит нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Рассмотрев материалы дела № 074/04/14.3-1963/2023 об административном правонарушении, должностное лицо Челябинского УФАС России приходит к следующим выводам.

На рассмотрении дела № 074/04/14.3-1963/2023 об административном правонарушении присутствовал представитель ПАО <...> по доверенности <...>, а также представлены письменные пояснения.

Исходя из письменных пояснений ПАО <...>, аргументом в пользу прекращения административного производства является содержание сообщения, которое, по мнению банка, является информационным. Рассматриваемое сообщение направлено на номер заявителя в результате акцепта заявителем оферты банка при регистрации в приложении «Мой кошелек» для использования сервиса «МТС Деньги». Согласно п. 9.10 Соглашения: «Принимая условия настоящего Соглашения о пользовании сервисом «МТС Деньги» Пользователь выражает полное и

безоговорочное согласие на получение рекламной и иной информации от МТС и(или) Партнеров МТС, которые участвуют в оказании Сервиса Пользователю по сетям электросвязи и на прямые контакты с Пользователем с целью продвижения товаров, работ, услуг МТС и(или) Партнеров МТС, включая направление рекламной и иной информации (в т.ч. оферт) по абонентским номерам и(или) электронной почте, которые стали доступны МТС и(или) Партнерам МТС в силу оказания Сервиса в соответствии с настоящим Соглашением. Пользователь вправе в любое время отозвать свое согласие, предоставленное в соответствии с настоящим пунктом, предоставив письменное заявление в салонах-магазинах МТС (перечень на сайте www.mts.ru) с документом, удостоверяющим личность Пользователя.».

Кроме того, заявитель подписал договор от ПАО «МТС», где указано согласие на получение рекламной и информационной рассылки от ПАО «МТС» и от его Партнеров, в числе которых значится ПАО <...>. Указанные доводы не могут быть приняты должностным лицом антимонопольного органа по следующим основаниям.

Как пояснил представитель ПАО <...> по доверенности, сервис «МТС Деньги» не является продуктом ПАО «МТС-Банк», а принадлежит ПАО «МТС».

Между тем сообщение направлено ПАО <...>, что подтверждается пояснениями ПАО «МТС». Тогда как заявитель не является клиентом ПАО <...> и отрицает наличие штрафов ГИБДД.

Представитель ПАО <...> по доверенности в устном порядке пояснил, что заявитель дал свое согласие на получение рассылки от банка при акцепте его оферты при регистрации в приложении «Мой кошелек». При этом банком указано, что согласие на получение рекламной рассылки является одним из пунктов оферты, а не предусмотрено отдельно.

Между тем, согласие абонента на получение рекламы должно четко содержать волеизъявление лица на получение рекламы. В случае отсутствия четкого волеизъявления абонента реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Представитель ПАО <...> по доверенности также ссылался на то, что в тексте договора, заключенного 11.01.2004 между ПАО «МТС» и заявителем, предусмотрено условие о согласии абонента на получение рекламной рассылки от ПАО «МТС» и его партнеров, в том числе ПАО <...>.

Однако антимонопольным органом установлено, что в указанном договоре отсутствует условие о даче какого-либо согласия на рекламу, в том числе от ПАО <...>. Доводы ПАО <...> об информационном характере смс-сообщения являются несостоятельными, поскольку цель сообщения - формирование интереса потребителей к услугам сервиса «МТС Деньги».

Таким образом, ПАО <...> при направлении смс-сообщения не располагало согласием заявителя на получение рекламной рассылки от банка.

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

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе 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.

Объектом правонарушений по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ являются общественные отношения, связанные с осуществлением государственной политики в сфере рекламной деятельности.

Объективная сторона правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, выражена в нарушении ПАО <...> части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Согласно части 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.

Согласно пункту 16.1 постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» форма вины (статья 2.2 КоАП РФ) юридического лица в КоАП РФ не выделяется.

Следовательно, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

Обстоятельства, указанные в части 1 или части 2 статьи 2.2 КоАП РФ, применительно к юридическим лицам установлению не подлежат. Из материалов рекламного дела и дела об административном правонарушении следует, что ПАО <...> не предприняло достаточных мер для недопущения нарушения рекламного законодательства, по сути, уклонилось от обязанности по контролю за соответствием рассматриваемой рекламы требованиям рекламного законодательства.

В связи с чем, обстоятельств, как исключаящих возможность соблюдения ПАО <...> требований рекламного законодательства, так и свидетельствующих о принятии всех зависящих от него мер по соблюдению требований рекламного законодательства, не усматривается.

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих ПАО <...> надлежащему соблюдению требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», не выявлено.

Таким образом, у ПАО <...> отсутствовали препятствия и имелась возможность для соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно – для

соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении при совершении данного административного правонарушения, не установлено.

При таких обстоятельствах ПАО <...> признается виновным в совершении административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Таким образом, в действиях ПАО <...>, выразившихся в распространении 06.04.2023 в 11:00 смс-сообщения рекламного характера на номер <...> следующего содержания: <...> без предварительного согласия абонента, содержится состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Место совершения административного правонарушения: Челябинская область, город Челябинск.

Время совершения административного правонарушения: 6 апреля 2023 года в 11:00.

Факт совершения административного правонарушения ПАО <...> подтверждается протоколом по делу № 074/04/14.3-1963/2023 об административном правонарушении, а также другими материалами дела.

Распространение ненадлежащей рекламы также установлено решением Комиссии Челябинского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по делу № 074/05/18- 1341/2023, в котором указано допущенное нарушение.

Срок давности привлечения к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, составляет один год со дня совершения административного правонарушения (часть 1 статьи 4.5 КоАП РФ).

Распространение рекламы осуществлено 06.04.2023 в 11:00.

Таким образом, срок давности привлечения ПАО <...> к административной ответственности за данное нарушение истекает 06 апреля 2024 года.

В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения должностное лицо, уполномоченное решить дело об административном правонарушении, может освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

Пунктом 18 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» (далее — Постановление № 10) разъяснено, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения.

Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

По юридической конструкции правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, образует формальный состав.

В связи с этим существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается не в наступлении каких-либо материальных последствий в результате допущенного правонарушения, а в неисполнении ПАО <...> своих обязанностей, предусмотренных формальными требованиями Федерального закона «О рекламе», что посягает на установленный порядок в области распространения рекламы.

Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 18 настоящего Постановления применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния (пункт 18.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях»).

Доказательств того, что совершенное ПАО <...> правонарушение относится к категории малозначительных и является исключительным случаем, при рассмотрении дела об административном правонарушении обществом не представлено.

С учетом характера совершенного ПАО <...> административного правонарушения, должностное лицо Челябинское УФАС России считает, что основания для признания деяния малозначительным по статье 2.9 КоАП РФ и освобождении от административной ответственности отсутствуют.

Деяние, являющееся составом административного правонарушения, не содержит иных составов административных правонарушений.

При решении вопроса о виде и размере административного наказания учитывается характер совершенного административного правонарушения, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ отягчающим обстоятельством является повторное совершение однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 настоящего Кодекса за совершение однородного административного правонарушения.

В соответствии со статьей 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.

ПАО <...> привлечено к административной ответственности за нарушение части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

За совершение административного правонарушения ПАО <...> привлечено Башкортостанским УФАС России к ответственности в виде административного штрафа в размере 125 000 рублей. Постановление исполнено 30.06.2022.

Также за совершение административного правонарушения ПАО <...> привлечено Ростовским УФАС России к ответственности в виде административного штрафа в размере 130 000 рублей. Постановление исполнено 20.07.2022.

Таким образом, должностным лицом административного органа установлено, что ПАО <...> привлекается к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ повторно.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность, не выявлено.

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.

Таким образом, положение о возможности замены штрафа на предупреждение за впервые совершенное административное правонарушение может быть применено по статьям 14.3, 14.3.1, 14.38, 19.31 КоАП РФ в случае, если дело об административном правонарушении было возбуждено по итогам проведения контрольного (надзорного) мероприятия с взаимодействием с контролируемым лицом, проверки, в ходе которых было установлено соответствующее нарушение законодательства о рекламе.

В случае, если дело об административном правонарушении, ответственность за совершение которого предусмотрена статьями 14.3, 14.3.1, 14.38, 19.31 КоАП РФ, возбуждено антимонопольным органом без проведения контрольных (надзорных) мероприятий, проверки, часть 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ не подлежит применению.

Учитывая вышеизложенное, должностное лицо Челябинского УФАС России считает необходимым назначить ПАО <...> наказание в виде административного штрафа в размере 115 000 (ста пятнадцать тысяч) рублей.

Руководствуясь статьями 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Признать ПАО <...> виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Применить к ПАО <...> административное наказание в виде административного штрафа за нарушение требований части 1 статьи 14.3 КоАП РФ в размере 115 000 (ста пятнадцать тысяч) рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных статьей 31.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.