

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

об административном правонарушении

по делу № 021/04/14.3-513/2021

03 июня 2021 г. г. Чебоксары

Я, "...", рассмотрев протокол об административном правонарушении от 20.05.2021, составленный начальником отдела товарных рынков Управления Федеральной антимонопольной службы по Чувашской Республике – Чувашии "... и материалы административного дела в отношении **ПАО «Вымпел-Коммуникации» (ИНН/КПП 7713076301 /771301001, г. Москва, ул. 8 Марта, д.10, стр.14),**

в отсутствие представителя ПАО «Вымпел-Коммуникации», надлежащим образом извещенного о дате и времени вынесения постановления (заявлено ходатайство (письмо от 01.06.2021 №б/н (вх. Управления №5758-ЭП/21) о рассмотрении административного дела в отсутствие представителя,

УСТАНОВИЛ:

Решением Чувашского УФАС России от 19.04.2021 по делу № 021/05/18-202/2021 ПАО «Вымпел-Коммуникации» признано нарушившим требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), в связи с распространением на номер сотового телефона гражданина "... неправомерного смс – сообщения рекламного характера.

К указанному решению Комиссия Чувашского УФАС России пришла в силу следующего.

В Чувашское УФАС России 24.12.2020 (вх. № 13464-ИП/20) поступило заявление гражданина "... (далее – Заявитель) по вопросу неправомерного смс – сообщения рекламного характера.

Установлено, что 22.12.2020 в 10 час. 32 мин. с номера, имеющего буквенное обозначение AlfaBank, на номер сотового телефона Заявителя ("...") поступило следующее смс – сообщение: «Вам предварительно одобрена кредитная карта Билайн 100 дней без % от Альфа – Банка. Год бесплатно. Оформить: <https://beel.ink/alfa22d>».

Под рекламой, определенной частью 1 статьи 3 Закона о рекламе, 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. Объектом рекламирования, по смыслу Закона о рекламе (пункт 2 статьи 3), может выступать 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. Информация, поступившая на номер сотового телефона Заявителя, определяется как реклама, поскольку обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы, применительно к пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, и, таким образом, на нее распространяются все ограничения Закона о рекламе. Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе. Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе определено, что распространение рекламы посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи допускаются 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.

Таким образом, рекламодатель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы. При этом обязанность по получению согласия абонента и по подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе.

Из жалобы следует, что согласия на получение смс – сообщения Заявитель не давал. Установлено, что распространение смс - рекламы, в

рассматриваемом случае, осуществлено посредством непосредственных действий ПАО «Вымпел-Коммуникации», в рамках договора об оказании услуг связи «Билайн» от 11.09.2020 № 767734052, заключенного между ПАО «Вымпел-Коммуникации» и АО «Альфа – Банк». Вместе с тем, установлено, что у АО «Альфа – Банк» отсутствовала правовая обязанность получать согласие абонентов ПАО «Вымпел-Ком» на рекламу банковского продукта общества, поскольку предметом указанного договора и дополнительного соглашения к нему, установлено, что ПАО «ВымпелКом» обязуется оказывать, а АО «Альфа – Банк» обязуется оплачивать услуги по рассылке смс и PUSH сообщений на телефонные номера связи потенциальных и/или действующих клиентов и/или партнеров АО «Альфа – Банк», являющихся пользователями услуг подвижной радиотелефонной связи Билайн.

В рассматриваемом случае, рассылка смс – сообщений на телефонные номера ПАО «ВымпелКом» должна была осуществляться только тем лицам, которые заключили с обществом договор на оказание услуг связи и в котором содержится согласие абонента на получение информации и рекламы по сетям электросвязи, и, следовательно, обязанность предоставить согласие абонентов на получение рассматриваемого смс - сообщения относится исключительно к сфере ответственности ПАО «ВымпелКом». В этой связи, ПАО «ВымпелКом» указало, что на дату заключения договора между обществом и Заявителем были утверждены и действовали условия оказания услуг связи «Билайн». Данные условия являются неотъемлемой частью договора об оказании услуг связи «Билайн».

Согласно пункту 2.1 названных условий, договор заключается путем подписания бланка договора абонентом и оператором, где содержится графа, в которой запрашивается согласие абонента на получение рекламной информации.

Пунктом 8.13 данных условий оказания услуг связи «Билайн» предусматривается возможность выразить отказ от получения рекламной рассылки в процессе получения услуг связи.

При этом, Заявитель каких – либо действий, позволяющих ПАО «ВымпелКом» установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы не совершал.

Вместе с тем, договор об оказании услуг связи от 28.08.2020 № 766415690, заключенный между ПАО «ВымпелКом» и Заявителем, утрачен, и общество не имеет возможности представить его заверенную копию.

При этом, ПАО «ВымпелКом» представило скрин-шот страницы из автоматизированной программы общества, согласно которому

подтверждается о выделении 28.08.2020 в пользование Заявителю номера телефона ("..."), с возможностью указать согласие, либо не согласие на получение рекламной информации.

Иных доказательств, позволяющих сделать вывод о том, что ПАО «ВымпелКом» имело согласие абонента на получение рекламы, не представлено.

Представленный скрин – шот страницы из автоматизированной программы общества в качестве подтверждения надлежащего получения согласия, не может быть принят Комиссией во внимание по следующим основаниям. Буквальное толкование положений Закона о рекламе позволяет сделать вывод о том, что согласие абонента на получение рекламы должно быть выражено явно, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя. Согласие должно быть оформлено таким образом, чтобы можно было однозначно установить и достоверно подтвердить волеизъявление абонента на получение рекламной информации. Указанное согласуется с правовой позицией, изложенной в пункте 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 2012 г. N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", согласно которой, 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.

В силу части 1 статьи 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признаётся осуществлённой без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено. В соответствии с данной нормой закона согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного

требования.

По мнению ФАС России (письмо от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе») следует, что 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 свою очередь, согласие абонента на получение рекламы, содержащееся в договоре, заключенном в письменной форме, подписанном абонентом, в том числе в договоре на оказание услуг связи, позволяет однозначно идентифицировать абонента и может рассматриваться как надлежащее (определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.02.2018 N 309-КГ17-22298 по делу N А60-63378/2016). Федеральный закон "О рекламе" возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателя. В данном случае, ПАО «Вымпел-Ком» не смогло предоставить копию договора на бумажном носителе в связи с его утратой.

При этом, предоставило скрин - шот страницы автоматизированной системы общества, подтверждающий заключение договора на оказание услуг связи от 28.08.2020 № 766415690, заключенный между ПАО «ВымпелКом» и Заявителем, с содержанием условия на согласие либо не согласие на получение рекламной информации, как того требуют условия оказания услуг связи «Билайн», но без подтверждающей отметки Заявителем.

Из представленных в дело скрин-шотов, не усматривается волеизъявления Заявителя на получение рекламы от ПАО «Вымпел-Ком», поскольку информация, указанная в них, не идентифицируется с Заявителем, как это предписано законом.

В этой связи, представленные документы не могут рассматриваться как надлежащее получение согласия. Иных доказательств согласия на получение рекламных сообщений, общество не представило. Таким образом, с учетом имеющихся материалов и информации, ПАО «Вымпел-Ком» направило смс-сообщение рекламного характера в нарушение требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе возложена на распространителя рекламы. Согласно статье 3 Закона о рекламе,

рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. Рекламораспространителем, допустившим направление смс – сообщения с нарушением требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, является ПАО «Вымпел-Ком». Нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях (часть 4 статьи 38 Закона о рекламе), предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Письмом от 01.06.2021 б/н представитель Общества указал, что со стороны "... " заявление с просьбой отключить рассылку не поступало. В подтверждение согласия на получение рекламной информации приложены скрин-шоты из программы Общества, что свидетельствует об отсутствии нарушения Закона о рекламе.

Указанные доводы не могут быть приняты в качестве обоснованных поскольку им дана соответствующая оценка при рассмотрении дела о нарушении законодательства о рекламе и опровергаются имеющимися материалами указанного дела.

В соответствии с частью 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 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.

ПАО «ВымпелКом» выступило в качестве рекламораспространителя рекламы и тем самым совершило административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо

относилось к ним безразлично.

В соответствии с частью 2 статьи 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на предотвращение таких последствий либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть.

В силу части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ об административных правонарушениях 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.

При этом оценка малозначительности деяния должна соотноситься с причинением либо угрозой причинения вреда личности, обществу или государству.

Понятие малозначительности административного правонарушения является категорией оценочной и определяется судьей, органом, должностным лицом, уполномоченным решить дело в каждом конкретном случае с учетом выявленных обстоятельств.

В пункте 21 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ» 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.

Письмом от 01.06.2021 б/н ПАО «ВымпелКом» указал, что в рассматриваемом случае имеются все основания для применения к лицу, привлекаемому к административной ответственности наказания в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа. Общество полагает возможным снизить размер административного штрафа до 50 000 рублей.

Однако считаю, что совершенное ПАО «ВымпелКом» правонарушение посягает на установленный в Российской Федерации порядок распространения рекламы, создает существенную угрозу охраняемым общественным правоотношениям, следовательно, не может быть признано малозначительным, равно как и не может быть снижено менее минимального размера административного штрафа.

В соответствии с частью 3 статьи 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

При назначении наказания ПАО «ВымпелКом» учтены обстоятельства и характер совершенного правонарушения, финансовое положение юридического лица. Обстоятельства, отягчающие, либо смягчающие административную ответственность, отсутствуют.

С учетом установленных обстоятельств ПАО «ВымпелКом» виновно в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, так как именно данным юридическим лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению требований законодательства о рекламе, при отсутствии к тому чрезвычайных и непредотвратимых обстоятельств.

Определяя степень ответственности ПАО «ВымпелКом», считаю возможным применить к ПАО «ВымпелКом» меру административного наказания в пределах низшей санкции, предусмотренной частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь статьями 23.48, п.1 ч.1 ст. 29.9, 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать ПАО «Вымпел-Коммуникации» (ИНН/КПП 7713076301 /771301001, г. Москва, ул. 8 Марта, д.10, стр.14), виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Назначить ПАО «Вымпел-Коммуникации» наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 (сто тысяч) рублей.

Согласно части 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.

В соответствии с частью 5 статьи 3.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Сумму штрафа за нарушение законодательства о рекламе надлежит уплатить по следующим реквизитам:

Административный штраф за нарушение законодательства о рекламе необходимо перечислить по следующим реквизитам:

Получатель:

УФК по Чувашской Республике (Чувашское УФАС России)

ИНН 2128017971,

КПП 213001001

л/с 04151329250

р/с 03100643000000011500

в Отделение – НБ Чувашская Республика г.Чебоксары/УФК по Чувашской Республике г. Чебоксары

корр/счет 40102810945370000084

БИК 019706900,

КБК 161 1 1601141 01 0003 140,

ОКТМО 97701000

УИН 16100500000000984088

Наименование платежа: «Денежные взыскания (штраф) за нарушение законодательства о рекламе по делу № **021/04/14.3- 513/2021**».

В соответствии с частью 3 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 районный суд в течение 10 дней с момента получения или вручения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

В силу части 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](#) настоящего Кодекса.

В силу статьи 20.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях неуплата административного штрафа в срок, предусмотренный настоящим Кодексом, влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа либо административный арест на срок до пятнадцати суток.

Заместитель руководителя

"..."

2021-4434