

Постановление о назначении административного наказания по делу об административном правонарушении

№ 042/04/14.3-586/2023

Президенту

ПАО «Мобильные Телесистемы»

<...>

«22» мая 2023г. г. Кемерово, ул. Ноградская, 5

Резолютивная часть объявлена - 22.05.2023

Полный текст постановления изготовлен - 22.05.2023

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, <...>, рассмотрев материалы дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-586/2023, возбужденного протоколом от 12.05.2023 в отношении публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» (далее - ПАО «МТС», юридический адрес: 109147, г. Москва, ул.Марксистская, 4, ОГРН 1027700149124, Дата присвоения ОГРН 22.08.2002, ИНН 7740000076, КПП 770901001) по факту совершения правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ), в отсутствие юридического лица, уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела, в присутствии защитника ПАО «МТС» <...> (доверенность от 14.02.2023 № 0037/23),

УСТАНОВИЛА:

17.04.2023 Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела № 042/05/18-291/2023 о нарушении законодательства о рекламе, вынесено решение о признании публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» (далее – ПАО «МТС», адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, 4, ОГРН 1027700149124, Дата присвоения ОГРН 22.08.2002, ИНН 7740000076, КПП 770901001) нарушившим требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 – ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») при распространении рекламы посредством СМС – сообщений на абонентский номер заявителя <...> следующего содержания:

19.07.2022 в 19 часов 18 минут и 16.09.2022 в 18 часов 07 минут: «Скачайте приложение KION по ссылке app.kion.ru, в разделе «Подписки выберите подписку «KION» с бесплатным месяцем и наслаждайтесь просмотром фильмов и сериалов. Что особенно приятно - при просмотре в сети МТС трафик не расходуется. Спасибо, что вы с нами! Ваш МТС».

Из заявления следует, что согласие на получение рекламной рассылки заявитель не предоставлял.

11.07.2022 заявителем в адрес ПАО «МТС» была подана претензия об отзыве согласия на получение рекламы. Данная претензия была принята и зарегистрирована сотрудником ПАО «МТС» <...> от 11.07.2022.

Как следует из пояснений ПАО «МТС» (исх. № С02/КТ-Б/14и) на основании вышеуказанной претензии ПАО «МТС» был установлен запрет на получение сообщений рекламного характера.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно пользовательскому соглашению KION пунктом 1.1 является Акцепт Соглашения – прохождение процедуры регистрации (создание учетной записи и установление логина и пароля), посредством которой пользователь подтверждает согласие с условиями соглашения. После совершения акцепта соглашения пользователь считается принявшим безоговорочно и в целом условия настоящего соглашения.

Пунктом 1.5.6. - доступ при условии просмотра рекламы – способ предоставления доступа к контенту, при котором пользователю предоставляется возможность просмотра и (или) прослушивания контента при условии просмотра рекламы, размещаемой любым способом.

Согласно пункту 2.1 пользовательского соглашения KION оператор предоставляет

пользователю доступ к просмотру контента при условии соблюдения пользователем условий настоящего соглашения и заказа контента.

Пунктом 2.3 установлено, что для использования ресурса (сервиса) пользователь обязан в порядке, установленном настоящим соглашением, подтвердить, что прочитал, понял, согласен соблюдать настоящее соглашение, и присоединиться к настоящему соглашению в целом путем осуществления регистрации (совершить Акцепт Соглашения). С момента акцепта соглашения пользователем настоящее соглашение считается заключенным с пользователем, и пользователь приобретает права и обязан исполнять обязанности, предусмотренные настоящим соглашением.

Пунктом 2.4 прописано, если пользователь не согласен соблюдать настоящее соглашение, он обязан прекратить использование ресурса.

В соответствии с пунктом 2.9 регистрируясь на ресурсе (сервисе) пользователь соглашается на получение информационно-справочных, рекламных и иных сообщений, в том числе. О продуктах и услугах оператора и его партнеров по сети электросвязи, включая указанные при регистрации e-mail и/или мобильный номер.

Согласно пункту 2.10 путем акцепта настоящего соглашения пользователь выражает согласие на сбор и использование оператором любой и всей полученной в результате использования ресурса информации о пользователе и об использовании пользователем ресурса (сервиса). Оператор имеет право использовать такую информацию в целях исполнения настоящего соглашения, информационно-справочного, технического обслуживания, маркетинга или в других подобных целях.

Пунктом 4.2.1 прописано, что пользователь обязан соблюдать условия настоящего соглашения.

Данное пользовательское соглашение KION размещено на сайте ПАО «МТС». Согласно условиям пользовательского соглашения данным сервисом регистрация пользователя (создание учетной записи и установления логина и пароля) являются акцептом публичной оферты пользовательского соглашения, подтверждающие безоговорочное принятие пользователем его условий. Данный документ содержит безальтернативное условие о согласии на получение рекламы по сетям электросвязи. При этом база для рассылки рекламных сообщений состоит из абонентов, которые были вынуждены дать рекламодателю согласие на получение рекламы по сетям электросвязи, чтобы воспользоваться его услугами.

В этой связи наличие в пользовательском соглашении положения о безальтернативном согласии на получение рекламы по сетям электросвязи не является надлежащей формой получения согласия. Потребитель не может заключить договор и при этом не получать рекламу по сетям электросвязи.

Пунктом 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 02.10.2012 года № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, из смысла положений законодательства о рекламе и Закона о связи следует, что, если реклама распространяется без получения предварительного согласия абонента и посредством использования телефонной связи, распространение такой рекламы осуществляется незаконно.

Соответственно, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

При этом в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи именно на нем лежит бремя доказывания согласованного характера рассылки. В случае осуществления рассылки по инициативе иного лица, в том числе по инициативе рекламодателя, рекламопроизводителя или рекламодателя бремя доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы лежит на указанных лицах.

Таким образом, ПАО «МТС» посредством СМС-сообщений направило заявителю рекламу о дополнительной платной услуге - сервис KION 19.07.2022 и 16.09.2022 после отзыва согласия на получение рекламы (претензия от 11.07.2022).

Следовательно, распространение ПАО «МТС» рекламы посредством смс – сообщений без согласия абонента <...>, содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» установлено, что ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» несет рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ПАО «МТС».

Административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламодателем, рекламопроизводителем требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и влечет наложение штрафа на физических лиц - 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.

Действия ПАО «МТС», выразившиеся в нарушении требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством СМС-сообщений без согласия абонента <...> подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и влечет наложение штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Время совершения ПАО «МТС» административного правонарушения: 19.07.2022 в 19 часов 18 минут, 16.09.2022 в 18 часов 07 минут.

Место совершения ПАО «МТС» административного правонарушения: Кемеровская область - Кузбасс, г. Новокузнецк.

25.04.2023 уведомлением о составлении протокола были назначены дата, время и место составления и подписания протокола на 12.05.2023 в 11 часов 00 минут. Уведомление было направлено в адрес ПАО «МТС» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с отметкой «вручение адресату» почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

10.05.2023 в адрес Кемеровского УФАС России в ответ на уведомление о составлении протокола от 25.04.2023 № ТМ/3926/23 в отношении ПАО «МТС» поступило письмо (исх. от 05.05.2023 № Со2-6/00031и, вх.4288-ЭП/23), из которого следует, что на процедуру составления и подписания протокола об административном правонарушении 12.05.2023 в 11 часов 00 минут ПАО обеспечит явку защитника-ведущего юрисконсульта филиала ПАО «МТС» в Кемеровской области <...>, действующего на основании доверенности от 14.02.2023 № 0037/23.

11.05.2023 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения ПАО «МТС» (исх. от 11.05.2023 № Со2-6/00032и, вх. № 4383/23), согласно которым ПАО «МТС» сообщает, что согласно п.2 ч.1 ст.24.5 КоАП РФ производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое производство подлежит прекращению при отсутствии состава административного правонарушения. ПАО «МТС» считает, что состав административного правонарушения, предусмотренного ч.1 ст.14.3 КоАП РФ в действиях ПАО «МТС» отсутствует. На данном основании ПАО «МТС» просит производство по делу об административном правонарушении в отношении ПАО «МТС» прекратить, к административной ответственности не привлекать.

Также ПАО «МТС» сообщает, согласно ст.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.

Согласно п.18.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» при квалификации административного правонарушения в качестве малозначительного судам надлежит учитывать, что ст.2.9 КоАП РФ не содержит оговорок о ее неприменении к каким-либо составам правонарушений, предусмотренных КоАП РФ.

Действия ПАО «МТС» при распространении рекламы 19.07.2022 и 16.09.2022

посредством смс-сообщений на абонентский номер <...> не повлекли серьезных негативных последствий, характер совершенных действий, размер вреда и тяжесть наступивших последствий не представляют существенного нарушения охраняемым общественным правоотношениям, материальный ущерб заявителю не причинен, что свидетельствует о малозначительности вменяемого административного правонарушения. С учетом фактических обстоятельств и характера вмененного ПАО «МТС» административного правонарушения, ПАО «МТС» считает, что существуют основания для применения ст.2.9.КоАП РФ. В соответствии с вышеизложенным, ПАО «МТС» просит при рассмотрении административного дела учесть вышеуказанный факт и применить положение ст.2.9.КоАП РФ.

Также ПАО «МТС» сообщает, в соответствии с ч.1 ст.4.1.1 КоАП РФ за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случае, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II КоАП РФ, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных ч.2 ст.3.4 КоАП РФ, за исключением случаев, предусмотренных ч.2 данной статьи.

Согласно ч.2 ст. 3.4 КоАП РФ предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей. Объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

ПАО «МТС» сообщает, что Решением от 17.04.2023 по делу № 042/05/18-291/2023 Кемеровским УФАС России впервые установлен факт нарушения ПАО «МТС» требований ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» на территории Кемеровской области, нанесение вредных последствий, указанных в ч.2 ст.3.4 КоАП РФ, не установлено доказательств причинения имущественного ущерба в материалах дела не содержится.

По мнению ПАО «МТС» оценка достаточности данных для решения вопроса о привлечении к административной ответственности может быть осуществлена только по результатам проведения контрольного (надзорного) мероприятия, в ходе которого допускается взаимодействие с контролируемым лицом. Таким образом, возбуждение дел об административных правонарушениях без проведения соответствующих мероприятий не допускается.

ПАО «МТС» ходатайствует о рассмотрении вопроса применения положений ст.3.4 КоАП РФ о назначении административной ответственности в виде предупреждения.

Кемеровское УФАС России считает, что доводы ПАО «МТС» о том, что возбуждение дел об административных правонарушениях без проведения контроль-надзорных мероприятий не допускается, а также что в действиях ПАО «МТС» отсутствует состав правонарушения, считает не состоятельными, по следующим основаниям.

В соответствии с Федеральным законом от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» (далее - Закон № 248-ФЗ) и Федеральным законом от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» (далее - Закон № 294-ФЗ) к мероприятиям с взаимодействием с контролируемым лицом относятся в том числе плановые и внеплановые проверки соблюдения законодательства.

При этом, как установлено примечанием к статье 28.1 КоАП РФ, положения частей 3.1 и 3.2 указанной статьи распространяются на случаи возбуждения дел об административных правонарушениях, выражающихся в несоблюдении обязательных требований, оценка соблюдения которых является предметом государственного контроля (надзора), муниципального контроля, порядок организации и осуществления которых регулируется Законом № 248-ФЗ и Законом № 294-ФЗ.

Административная ответственность за нарушение законодательства о рекламе предусмотрена статьей 14.3, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ.

Согласно части 1 статьи 33 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий:

- 1) федеральный государственный контроль (надзор) в сфере рекламы;
- 2) возбуждение и рассмотрение дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

При этом в силу пункта 4 части 3 статьи 1 Закона № 248-ФЗ для целей данного Закона к государственному контролю (надзору), муниципальному контролю не относится рассмотрение дел о нарушении законодательства о рекламе.

Таким образом, законодательство Российской Федерации предусматривает два отдельных полномочия антимонопольных органов в сфере рекламы - осуществление федерального государственного контроля (надзора) в сфере рекламы, а также возбуждение и рассмотрение дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Порядок осуществления федерального государственного контроля (надзора) в сфере рекламы закреплен в Положении о федеральном государственном контроле (надзоре) в сфере рекламы, утвержденном постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2021 № 1073.

Согласно пункту 31 указанного Положения о федеральном государственном контроле (надзоре) в сфере рекламы по окончании проведения контрольного (надзорного) мероприятия составляется акт контрольного (надзорного) мероприятия (далее - акт). В случае, если по результатам проведенного контрольного (надзорного) мероприятия выявлено нарушение обязательных требований, в акте должно быть указано, какое именно обязательное требование нарушено, каким нормативным правовым актом и его структурной единицей оно установлено.

При этом порядок возбуждения, рассмотрения и принятия решений по делам по признакам нарушения законодательства о рекламе определен в Правилах рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее -Правила).

Указанные дела рассматриваются комиссией антимонопольного органа, в составе не менее трех человек, под председательством руководителя или заместителя руководителя антимонопольного органа, с извещением и в присутствии лиц, участвующих в деле, включая лицо, в действиях которого усматриваются свои процессуальные права по защите своих законных интересов (пункты 29, 30, 31 Правил).

В силу пункта 47 Правил решением, принимаемым антимонопольным органом по итогам рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства о рекламе, реклама признается ненадлежащей, устанавливается наличие нарушения законодательства о рекламе.

КоАП РФ не содержит специальный повод для возбуждения административного дела по статье 14.3, части 4 статьи 14.3.1, статьям 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ.

Соответственно, дело об административном правонарушении по статье 14.3, части 4 статьи 14.3.1, статьям 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ может быть возбуждено как по итогам осуществления государственного контроля (надзора) за соблюдением законодательства о рекламе, так и по итогам рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства о рекламе.

В соответствии с пунктом 4 части 3 статьи 1 Закона № 248-ФЗ рассмотрение дел о нарушении законодательства о рекламе для целей указанного закона к государственному контролю (надзору) не относится, вместе с тем при рассмотрении дела комиссией антимонопольного органа осуществляется проверка соблюдения обязательных требований в отношении ответчиков по делу, устанавливается нарушение законодательства о рекламе.

Таким образом, возбуждение дела об административном правонарушении по статье 14.3, части 4 статьи 14.3.1, статьям 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ допускается без проведения контрольного (надзорного) мероприятия, проверки в случае, если нарушение обязательных требований установлено в рамках рассмотрения дела по признакам нарушения законодательства о рекламе.

Кемеровским УФАС России рассмотрено дело № 042/05/18-291/2023, возбужденное в отношении ПАО «МТС» в рамках Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, по результатам рассмотрения, которому принят не нормативно правовой акт (решение по делу).

Таким образом, Кемеровское УФАС России при осуществлении возложенных на антимонопольные органы полномочия в полном объеме руководствуются всеми необходимыми нормативно-правовыми актами.

Частью 1 статьи 1.5 КоАП РФ установлено, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в пункте 16.1 постановления от 02.06.2004 года № 10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» разъяснил, что в отношении юридических лиц КоАП РФ формы вины (статья 2.2 КоАП РФ) не выделяет.

В тех случаях, когда в соответствующих статьях Особенной части КоАП РФ возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, 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 2 статьи 2.2 КоАП РФ, применительно к юридическим лицам установлению не подлежат.

Поскольку в данном случае административное производство возбуждено в отношении юридического лица, то его вина в силу части 2 статьи 2.1 КоАП РФ определяется путем установления обстоятельств того, имелась ли у юридического лица возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, и были ли приняты данным юридическим лицом все зависящие от него меры по их соблюдению.

17.04.2023 Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела № 042/05/18-291/2023 о нарушении законодательства о рекламе, вынесено решение о признании публичного акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» (адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, 4, ОГРН 1027700149124, Дата присвоения ОГРН 22.08.2002, ИНН 7740000076, КПП 770901001) нарушившим требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») при распространении рекламы посредством СМС - сообщений на абонентский номер заявителя <...> без его согласия. Выдано предписание о прекращении нарушений законодательства Российской Федерации о рекламе по делу № 042/05/18-291/2023.

Каких-либо доказательств, свидетельствующих о том, что ПАО «МТС» предприняло исчерпывающие меры для соблюдения требований законодательства в адрес Кемеровского УФАС России не представлено

12.05.2023 состоялась процедура составления и подписания протокола №

042/04/14.3-586/2023 об административном правонарушении в отсутствие законного представителя, уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте составления и подписания протокола об административном правонарушении, в присутствии защитника ПАО «МТС» Бабаенко Татьяны Николаевны (доверенность от 14.02.2023 № 0037/23).

12.05.2023 определением о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-586/2023 были назначены дата, время и место рассмотрения данного дела об административном правонарушении на 22.05.2023 в 10 часов 30 минут. Копии определения и протокола были направлены в адрес ПАО «МТС» заказными письмами с уведомлением о вручении и на адреса электронных почт ПАО «МТС» имеющихся в материалах дела (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправок» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

22.05.2023 состоялось рассмотрение дела № 042/04/14.3-586/2023 об административном правонарушении в присутствии защитника ПАО «МТС» <...> (доверенность от 14.02.2023 № 0037/23).

Изучив материалы дела, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области приходит к следующим выводам.

Пунктом 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

В данной норме под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 ФЗ «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.

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

этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступила реклама.

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 (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку Законом о рекламе не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Таким образом, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи возможно лишь при получении на это предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент).

В данном случае бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламодателе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

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

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

В данном случае рекламодателем является ПАО «МТС».

Таким образом, действия ПАО «МТС», выразившиеся в нарушении требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством

СМС-сообщений без согласия абонента <...>, подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и влечет наложение штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно статье 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Исходя из смысла данной нормы, лицо не подлежит ответственности в том случае, если будет доказано, что соблюдение норм и правил было невозможно в силу чрезвычайных событий и обстоятельств, которые данное лицо не могло ни предвидеть, ни предотвратить при соблюдении той степени заботливости и осмотрительности, которая от него требовалась.

ПАО «МТС» документально не подтвердило наличие чрезвычайных событий и обстоятельств, не позволивших распространить рекламу с соблюдением требований законодательства Российской Федерации о рекламе.

ПАО «МТС» при совершении правонарушения не предвидело возможности наступления негативных последствий своих противоправных действий, хотя должно было и могло их предвидеть, исходя из правил разумности и добросовестности.

Таким образом, у ПАО «МТС» имелась возможность для соблюдения предусмотренных законом требований, тем не менее, данным лицом всех зависящих от него мер по соблюдению законодательства Российской Федерации предпринято не было.

Следовательно, действия ПАО «МТС», выразившиеся в нарушении требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством СМС-сообщений без согласия абонента <...>, следует признать виновными.

Факт совершения административного правонарушения ПАО «МТС» подтверждается протоколом № 042/04/14.3-586/2023 от 12.05.2023 об административном правонарушении, решением Комиссии Кемеровского УФАС России от 21.04.2023 по делу № 042/05/18-291/2023 и другими материалами.

Срок давности привлечения ПАО «МТС» к административной ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ за нарушение законодательства о рекламе, на момент вынесения настоящего постановления не истек.

В данном случае (по вмененному составу правонарушения) существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается в неисполнении ПАО «МТС» своих публично - правовых обязанностей, что посягает на установленный законодательством РФ порядок в области распространения рекламы.

Основания для применения статьи 2.9 КоАП РФ и освобождения от административной ответственности в связи с малозначительностью допущенного правонарушения не усматриваются.

При рассмотрении данного дела заместителем руководителя Управления

Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области были учтены характер совершенного административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Согласно части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

В части 1 статьи 4.2 КоАП РФ перечислен перечень закрепленных смягчающих вину обстоятельств, обстоятельств, смягчающих административную ответственность ПАО «МТС» за совершение административного правонарушения, не установлено.

Вместе с тем, в части 1 статьи 4.3 КоАП РФ перечислен перечень закрепленных отягчающих вину обстоятельств.

Заместителем руководителя управления установлено, что ПАО «МТС» было привлечено к административной ответственности Саратовским УФАС России 01.06.2022 (дело об административном правонарушении № 064/04/14.3-338/2022) с назначением административного наказания в размере 110 000 (сто десять тысяч) рублей. Данное постановление вступило в законную силу 28.06.2022, штраф оплачен 29.07.2022.

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.

Следовательно, ПАО «МТС» совершило повторное правонарушение в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 КоАП РФ за совершение однородного административного правонарушения.

В данном случае (по вмененному составу правонарушения) существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается в неисполнении ПАО «МТС» своих публично - правовых обязанностей, что посягает на установленный законодательством РФ порядок в области распространения рекламы.

Оценивая собранные по делу доказательства, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области находит вину ПАО «МТС» доказанной, а действия верно квалифицированными по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначает административное наказание ПАО «МТС» в пределах санкции, определенной вышеназванной правовой нормой.

Руководствуясь статьями 4.6, 14.3, 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Признать публичное акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы» (юридический адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, 4, ОГРН 1027700149124, Дата присвоения ОГРН 22.08.2002, ИНН 7740000076, КПП 770901001) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить публичному акционерному обществу «Мобильные ТелеСистемы» (юридический адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, 4, ОГРН 1027700149124, Дата присвоения ОГРН 22.08.2002, ИНН 7740000076, КПП 770901001) штраф в размере 120000 (сто двадцать тысяч) рублей.

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

УФК по Кемеровской области - Кузбассу (Кемеровское УФАС России л/с 04391522470).

Единый казначейский счет 40102810745370000032

ОТДЕЛЕНИЕ КЕМЕРОВО БАНКА РОССИИ//УФК по Кемеровской области - Кузбассу г. Кемерово

Корреспондентский счет (номер казначейского счета) 03100643000000013900

БИК 013207212

Код бюджетной классификации (КБК) 16111601141010003140

ИНН 4207012419

ИНН 4207012419

КПП 420501001

ОКТМО 32701000

УИН 16100500000001667485

Назначение платежа: денежное взыскание (штраф) за нарушение законодательства РФ о рекламе (дело № 042/04/14.3-586/2023).

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.

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 пунктом 7 статьи 21 Закона Российской Федерации от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение двух лет со дня вступления в законную силу.

В соответствии со статьей 29.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях Постановление по делу об административном правонарушении объявляется немедленно по окончании рассмотрения дела. В исключительных случаях по решению лица (органа), рассматривающего дело об административном правонарушении, составление мотивированного постановления может быть отложено на срок не более чем три дня со дня окончания разбирательства дела, за исключением дел об административных правонарушениях, указанных в частях 3 - 5 статьи 29.6 настоящего Кодекса, при этом резолютивная часть постановления должна быть объявлена немедленно по окончании рассмотрения дела. День изготовления постановления в полном объеме является днем его вынесения.

В соответствии с частью 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение 10 суток 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.

