

ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

**УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ
ПО УЛЬЯНОВСКОЙ ОБЛАСТИ**

ул. Гончарова, д. 2, г. Ульяновск, 432970, ГСП, тел.: 41-32-03

www.ulyanovsk.fas.gov.ru, to73@fas.gov.ru

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания**

23.07.2020

ДЕЛО № 073/04/14.3-240/2020

г. Ульяновск

Временно исполняющий обязанности руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Ульяновской области <...>, рассмотрев материалы дела о совершении **публичным акционерным обществом «Вымпел-Коммуникации»** (далее - ПАО «ВымпелКом»), ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301, зарегистрированным в качестве юридического лица 28.07.1993 Государственным учреждением Московская регистрационная палата, расположенным по адресу: 127083, г. Москва, ул. Восьмого марта, д. 10, стр. 14 (обособленное подразделение общества в г. Ульяновске расположено по адресу: 432071, г. Ульяновск, пр-т Нариманова, д. 1), правонарушения, предусмотренного **частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях**, в отсутствие представителя ПАО «ВымпелКом» (о месте и времени рассмотрения дела общество извещено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛ:

В Ульяновское УФАС России поступило обращение <...>, в том числе через Управление Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций по Ульяновской области (вх. № 227/ог от 02.09.2019; исх. № 6364-01/73 от 02.09.2019, вх. № 5984/ог от 04.09.2019), о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе. В обращении сообщается, что заявителю 31.08.2019 в 13 час. 02 мин.

(время местное: МСК + 1 час.) без его согласия на номер мобильного телефона +7-917-<...> поступило СМС-сообщение рекламного характера следующего содержания: «Ваша скидка: до 11 000 рублей при покупке смартфонов Apple, Samsung, Honor, Meizu и других! Ваш номер телефона - персональный промо-код. Чтобы узнать, какие скидки вам доступны, назовите свой номер в офисе Билайн. Ближайший: *392#. Предложение действует, пока смартфоны по специальной цене есть в наличии. Подробности у специалиста офиса.».

По указанному заявлению Ульяновским УФАС России определением от 04.10.2019 возбуждено дело № 073/05/18-16044/2019 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - *Федеральный закон «О рекламе»*). К участию в деле привлечены лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, ПАО «ВымпелКом» и заявитель <...>

Решением Ульяновского УФАС России от 17.01.2020 (резолютивная часть решения объявлена 27.12.2019) по делу № 073/05/18-16044/2019 реклама, распространенная 31.08.2019 в 13 час. 02 мин. (время местное: МСК + 1 час.) на номер мобильного телефона +7-917-<...> по сетям подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента телефона, признана ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе». Материалы дела переданы уполномоченному должностному лицу Ульяновского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, по факту нарушения законодательства о рекламе.

Временно исполняющим обязанности руководителя Ульяновского УФАС России <...> вынесено определение от 21.05.2020 о возбуждении в отношении ПАО «ВымпелКом» дела об административном правонарушении № 073/04/14.3-240/2020 по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Составление протокола об административном правонарушении назначено в Ульяновском УФАС России на 10.06.2020 в 14 час. 30 мин. Определение от 21.05.2020 (исх. № 2304-05 от 21.05.2020) направлено ПАО «ВымпелКом»: по адресу места нахождения юридического лица, указанному в Едином государственном реестре юридических лиц (127083, г. Москва, ул. Восьмого марта, д. 10, стр. 14), - заказным письмом с уведомлением № <...> от 21.05.2020, которое получено 26.05.2020; по адресу обособленного подразделения общества в г. Ульяновске (432071, г. Ульяновск, пр-т Нариманова, д. 1) - заказным письмом с уведомлением № <...> от 21.05.2020, которое получено также 26.05.2020.

В Ульяновское УФАС России поступили письменные пояснения ПАО «ВымпелКом» по делу № 073/04/14.3-240/2020 (исх. № ЦР-04/32450 от 01.06.2020, вх. № 3878 от 03.06.2020; исх. № ЦР-04/32524 от 01.06.2020, вх. № 3881 от 03.06.2020).

Из письменных пояснений ПАО «ВымпелКом» (исх. № ЦР-04/32450 от 01.06.2020, вх. № 3878 от 03.06.2020) следует, что общество не согласно с вменяемым административным правонарушением.

Между ПАО «ВымпелКом» и <...> заключены договоры: 1) договор оказания услуг мобильной связи № <...> от 19.04.2016 - с абонентским номером +7-903-<...>; 2) договор оказания услуг мобильной связи № <...> от 14.10.2016 - в связи с портацией абонентского номера +7-917-<...> из публичного акционерного общества «МегаФон» (далее - ПАО «МегаФон»), ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560, с присвоением временного абонентского номера +7-909-<...> на период портации. При заключении договоров стороны согласовали все их существенные условия. <...> был ознакомлен со всеми условиями и с ними согласился, о чем свидетельствует его подпись в договорах.

При подписании договоров № <...> от 19.04.2016 и № <...> от 14.10.2016, действуя разумно и добросовестно, <...> дал предварительное согласие на получение информации рекламного характера посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно порядку оформления документов по портации (MNP) абонентского номера договор с абонентом составляется только на временный абонентский номер <...> в данном случае - на номер <...> -909-<...>. На абонентский номер <...> -917-<...> составлено только заявление на портацию. К сожалению, указанное заявление не сохранилось, но портация подтверждается скриншотами из программного обеспечения ПАО «ВымпелКом» (скриншоты представлены в материалы дела). Портация абонентского номера +7-917-<...> завершена 22.10.2016. Скриншотом подтверждается замена абонентского номера +7-909-<...> на номер <...> -917-<...>

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием. 19.08.2019 <...> обратился в офис продаж ПАО «ВымпелКом» с заявлением о прекращении направления на его абонентский номер информации рекламного характера, заявление было принято. Однако сотрудник (продавец-консультант) офиса продаж не является уполномоченным лицом на рассмотрение заявлений подробного характера. Согласно внутреннему функционалу ПАО «ВымпелКом» сотрудник офиса продаж принимает заявление, заводит заявку и направляет в Центр поддержки клиентов, с постановкой в очередь на рассмотрение. Из-за большого количества обращений заявление было рассмотрено и обработано уполномоченным лицом только 06.09.2019, после чего установлен запрет на распространение информации рекламного характера на абонентский номер <...> -917-<...>, то есть сразу после рассмотрения заявления <...>. На 31.08.2019 заявление рассмотрено не было, в связи с чем в адрес абонента <...> и поступила информация рекламного характера, в силу его предварительного согласия, данного при заключении договора.

ПАО «ВымпелКом» полагает, что в действиях общества отсутствует состав административного правонарушения и дело об административном правонарушении подлежит прекращению.

В дополнениях к письменным пояснениям (исх. № ЦР-04/32524 от 01.06.2020, вх. № 3881 от 03.06.2020) ПАО «ВымпелКом» приводит положения ч. 3.2 ст. 4.1 КоАП РФ о возможности, при наличии исключительных обстоятельств, назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее 100 000 рублей. ПАО «ВымпелКом» приводит исключительные обстоятельства, которые, по мнению общества, могут быть применены в данном случае: отсутствие наступивших вредных последствий, несоразмерность штрафа степени социальной опасности правонарушения, значительность штрафа в условиях финансового и экономического кризиса, отсутствие причинения вреда жизни и здоровью людей, отсутствие факта привлечения ранее к административной ответственности по рассматриваемому составу, отсутствие фактов ухода с рынка конкурентов из-за действий хозяйствующего субъекта и др.

Нарушение со стороны ПАО «ВымпелКом» выражается только в направлении абоненту информации рекламного характера после предоставления оператору заявления о прекращении её распространения, хотя такое предварительное согласие от абонента ранее было получено.

По мнению ПАО «ВымпелКом», с учетом обстоятельств дела, имеющих существенное значение (характер правонарушения, роль виновного лица, размер вреда, тяжесть наступивших последствий), рассматриваемое правонарушение может быть отнесено к малозначительным. Общество приводит ст. 2.9 КоАП РФ, согласно которой 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.

Также ПАО «ВымпелКом» просит учесть роль общества, как оператора связи, в условиях угрозы распространения коронавирусной инфекции (COVID-19), режима повышенной

готовности. Общество еженедельно обеспечивает доумощнение сетей связи, что влечет увеличение инвестиционных затрат.

Кроме того, капитальные затраты ПАО «ВымпелКом» существенно увеличиваются от года к году, что связано с требованиями: по хранению трафика, по защите критической информационной инфраструктуры, по обеспечению устойчивого, безопасного и целостного функционирования сети «Интернет», по передаче сигналов оповещения.

Также в исх. № ЦР-04/32450 от 01.06.2020 (вх. № 3878 от 03.06.2020) ПАО «ВымпелКом» заявлены ходатайства об отложении рассмотрения дела об административном правонарушении № 073/04/14.3-240/2020 и истребовании у ПАО «МегаФон» информации о принадлежности абонентского номера +7-917-<...> и дальнейшей его портации.

В соответствии с п. 1 ч. 5 ст. 28.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях срок проведения административного расследования не может превышать один месяц с момента возбуждения дела об административном правонарушении. В исключительных случаях указанный срок по письменному ходатайству должностного лица, в производстве которого находится дело, может быть продлен решением руководителя органа, в производстве которого находится дело об административном правонарушении, или его заместителя на срок не более одного месяца.

Заместителем руководителя - начальником отдела Ульяновского УФАС России <...> подано ходатайство от 10.06.2020 руководителю управления <...> о продлении срока проведения административного расследования по делу № 073/04/14.3-240/2020, которое признано подлежащим удовлетворению, определением от 10.06.2020 срок административного расследования продлен на 1 месяц - до 21.07.2020 включительно.

С учетом продления срока проведения административного расследования по делу № 073/04/14.3-240/2020, в целях обеспечения соблюдения прав лица, в отношении которого рассматривается дело об административном правонарушении, заявленные ПАО «ВымпелКом» ходатайства (исх. № ЦР-04/32450 от 01.06.2020, вх. № 3878 от 03.06.2020) удовлетворены, с отложением составления протокола об административном правонарушении.

Заместителем руководителя - начальником отдела Ульяновского УФАС России <...> определением от 10.06.2020 составление протокола об административном правонарушении в отношении ПАО «ВымпелКом» назначено в Ульяновском УФАС России на 08.07.2020 в 14 час. 00 мин.

Указанные определения от 10.06.2020 направлены (исх. № 2641-05 от 10.06.2020) ПАО «ВымпелКом»: по адресу места нахождения юридического лица, указанному в Едином государственном реестре юридических лиц (127083, г. Москва, ул. Восьмого марта, д. 10, стр. 14), - заказным письмом с уведомлением № <...> от 11.06.2020, которое получено 16.06.2020; по адресу обособленного подразделения общества в г. Ульяновске (432071, г. Ульяновск, пр-т Нариманова, д. 1) - заказным письмом с уведомлением № <...> от 11.06.2020, которое получено 19.06.2020.

Заместителем руководителя - начальником отдела Ульяновского УФАС России <...> вынесено определение от 11.06.2020 об истребовании дополнительных необходимых материалов по делу № 073/04/14.3-240/2020 (исх. № 2672-05 от 11.06.2020), во исполнение которого ПАО «МегаФон» представило информацию о принадлежности и портации абонентского номера +7-917-<...> (исх. № 5/2-LASB-Исх-00099/20 от 19.06.2020, вх. № 4282 от 19.06.2020). В частности, ПАО «МегаФон» подтвердило принадлежность абонентского номера +7-917-<...> абоненту <...> до момента портации на основании договора об оказании услуг связи от 02.03.2016. Также ПАО «МегаФон» сообщило, что абонентский номер <...> -917-<...> из сети оператора связи ПАО «МегаФон» был перенесен в сеть связи ПАО «ВымпелКом»: дата начала процесса портации - 14.10.2016, дата окончания процесса портации - 22.10.2016.

По состоянию на 08.07.2020 дополнительных материалов по делу № 073/04/14.3-240/2020, в том числе ходатайств, от ПАО «ВымпелКом» в Ульяновское УФАС России не поступило.

На основании ст.ст. 28.1 - 28.3, 28.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях заместителем руководителя - начальником отдела Ульяновского УФАС России <...> в отношении ПАО «ВымпелКом», в присутствии представителя общества <...> (доверенность <...>), составлен протокол об административном правонарушении № 80 от 08.07.2020 по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Копия протокола об административном правонарушении № 80 от 08.07.2020 и определение от 08.07.2020 о назначении рассмотрения дела № 073/04/14.3-240/2020 в Ульяновском УФАС России на 23.07.2020 в 14 час. 00 мин. (исх. № 3078-05 от 08.07.2020) вручены под роспись представителю ПАО «ВымпелКом» <...> 08.07.2020, а также направлены по адресу места нахождения юридического лица, указанному в Едином государственном реестре юридических лиц (127083, г. Москва, ул. Восьмого марта, д. 10, стр. 14), заказным письмом с уведомлением № <...> от 08.07.2020, которое получено 14.07.2020 (согласно сведениям, размещённым на официальном АО «Почта России»).

ПАО «ВымпелКом» представлены письменные пояснения, а также копии бухгалтерского баланса общества на 31.03.2020 и отчета о финансовых результатах за январь - март 2020 года (исх. № ЦР-04/32450(2) от 23.07.2020, вх. № 5279 от 23.07.2020). В указанных письменных пояснениях приведены доводы, аналогичные доводам, приведенным в ранее представленных письменных пояснениях (исх. № ЦР-04/32450 от 01.06.2020, вх. № 3878 от 03.06.2020; исх. № ЦР-04/32524 от 01.06.2020, вх. № 3881 от 03.06.2020).

Кроме того, ПАО «ВымпелКом» просит рассмотреть дело № 073/04/14.3-240/2020 в отсутствие представителя общества.

Заявитель по делу № 073/05/18-16044/2019 <...> уведомлен о месте и времени рассмотрения дела № 073/04/14.3-240/2020 посредством электронной почты 08.07.2020 в 15 час. 11 мин., на рассмотрение дела 23.07.2020 не явился.

Из материалов дела о нарушении законодательства о рекламе № 073/05/18-16044/2019 и дела об административном правонарушении № 073/04/14.3-240/2020 усматривается следующее.

По обращению <...> (вх. № 227/ог от 02.09.2019; исх. № 6364-01/73 от 02.09.2019, вх. № 5984/ог от 04.09.2019) Ульяновским УФАС России определением от 04.10.2019 возбуждено дело № 073/05/18-16044/2019 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

В обращении сообщается, что заявителю 31.08.2019 в 13 час. 02 мин. (время местное: МСК + 1 час.) без его согласия на номер мобильного телефона +7-917-<...> поступило СМС-сообщение рекламного характера следующего содержания: *«Ваша скидка: до 11 000 рублей при покупке смартфонов Apple, Samsung, Honor, Meizu и других! Ваш номер телефона - персональный промо-код. Чтобы узнать, какие скидки вам доступны, назовите свой номер в офисе Билайн. Ближайший: *392#. Предложение действует, пока смартфоны по специальной цене есть в наличии. Подробности у специалиста офиса.»*. Отправителем указанного сообщения является лицо, обозначенное как «BeelineClub». Сообщение поступило на номер <...> -917-<...>, принадлежащий к ресурсу нумерации ПАО «ВымпелКом».

В обращении <...> указал, что 19.08.2019 оформил заявление в офисе «Билайн» с требованием прекратить рассылку сообщений и осуществление звонков рекламного характера с отзывом заявления на обработку персональных данных. Также <...> 14.08.2019 направлял в чат с оператором в мобильном приложении «Мой Билайн» требование о прекращении рассылки сообщений и осуществления звонков рекламного характера.

В соответствии с п.п. 1 - 3 ст. 3 Федерального 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; 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.

В силу п.п. 1 - 3 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» приведенная информация, направленная посредством СМС-сообщения на телефонный номер <...> -917-<...>, является рекламой, поскольку направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования - акции по продаже смартфонов со скидками.

На запрос Ульяновского УФАС России (исх. № 4591-05 от 03.09.2019) ПАО «ВымпелКом» (вх. № 6342 от 19.09.2019) сообщило, что абонентский номер <...> -917-<...> выделен <...>. Между ПАО «ВымпелКом» и <...> заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» № <...> от 14.10.2016 с выделением временного абонентского номера +7-909-<...>. В соответствии с процедурой портации абонентских номеров номер <...> -917-<...> был перенесен на сим-карту с временным номером +7-909-<...> в установленные сроки.

Договор № <...> от 14.10.2016 был утерян, в связи с чем не представляется возможным направить в адрес Ульяновского УФАС России надлежаще заверенную копию указанного договора.

На день заключения с <...> договора об оказании услуг связи от 14.10.2016 были утверждены и действовали Условия оказания услуг связи «Билайн» (далее также - Условия), которые были размещены на официальном сайте ПАО «ВымпелКом»: www.beeline.ru. Данные Условия являются неотъемлемой частью договора об оказании услуг связи «Билайн».

Согласно п. 2.1 Условий договор заключается путем подписания бланка договора абонентом и оператором или уполномоченным им лицом. Бланк договора об оказании услуг связи «Билайн» имеет типовую форму.

Бланк договора об оказании услуг связи «Билайн» содержит графу, в которой запрашивается согласие абонента на получение рекламной информации. Абонент, заключая данный договор, выражает согласие на получение рекламной информации либо отказ от получения рекламной информации, и соответствующее решение абонента вносится в бланк договора об оказании услуг связи «Билайн». Подписывая бланк договора, абонент подтверждает достоверность указанных сведений, а также согласие с Условиями оказания услуг связи «Билайн».

П. 8.13 Условий оказания услуг связи «Билайн» также предусматривает для абонентов возможность выразить отказ от получения рекламной рассылки в процессе получения услуг связи.

<...> при подписании договора об оказании услуг связи «Билайн» № <...> от 14.10.2016 выразил свое согласие на получение рекламной информации, то есть не воспользовался возможностью отказаться от получения рекламы. Отказ от получения рекламной информации в форме, предусмотренный п. 8.13 Условий оказания услуг связи «Билайн», в адрес общества также не поступал.

Таким образом, <...>, подписав договор об оказании услуг связи «Билайн», подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг связи «Билайн». Соответственно ПАО «ВымпелКом», как оператор и рекламораспространитель, получило согласие абонента <...>

на получение рекламы при использовании услуг связи.

Между ПАО «ВымпелКом» и <...> заключен договор об оказании услуг подвижной связи от 19.04.2016 с выделением избирательного номера +7-903-<...> (основной номер) с тарифным планом «Все в одном 501». В рамках указанного тарифа предоставляется дополнительная услуга «Все для семьи», в соответствии с которой можно делить пакет услуг на другие номера. На указанный тарифный план дополнительно подключены номера +7-917-<...>, +7-962-<...> и +7-903-<...>. 19.08.2019 <...> обратился в ПАО «ВымпелКом» с заявлением об отзыве согласия на обработку персональных данных в рекламных целях, а также просил прекратить рассылку СМС-сообщений рекламного характера.

В соответствии с заявлением <...> ПАО «ВымпелКом» был установлен запрет на рассылку СМС-сообщений рекламного характера на абонентский номер <...> который является избирательным (основным) по договору № <...> от 14.10.2016, а именно установлен запрет на рассылку СМС-сообщений рекламного характера на номер <...> -903-<...>. При этом абонентские номера +7-917-<...>, +7-962-<...> и +7-903-<...>, подключенные согласно дополнительной услуге «Все для семьи», могут делить пакет услуг, подключенный на избирательном (основном) номере +7-903-<...>, но не дублируют услуги либо опции, подключенные на избирательном (основном) номере.

В результате проверки установлено, что СМС-сообщение, направленное 31.08.2019 в 13 час. 02 мин. на номер <...> -917-<...> от «BeelineClub», является внутренней рассылкой ПАО «ВымпелКом». По указанным выше причинам запрет на рассылку СМС-сообщений рекламного характера 19.08.2019 не был установлен.

В настоящее время запрет на рассылку СМС-сообщений рекламного характера установлен на абонентские номера +7-903-<...>, +7-917-<...>, +7-962-<...> и +7-903-<...>.

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального 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 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.

Каждый рекламодатель обязан соблюдать требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», запрещающей распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования подвижной радиотелефонной связи, при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы.

При этом из данной нормы закона следует, что отсутствие согласия абонента на получение рекламы предполагается, если иное не доказано рекламодателем.

Из обращения <...> следует, что рассматриваемое рекламное сообщение поступило заявителю после отзыва его согласия.

Между тем, согласно ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» бремя доказывания наличия предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы по сетям электросвязи лежит на рекламодателе - «реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено».

Заявитель <...> не обязан доказывать факт отсутствия подобного согласия. Более того, <...>, как физическое лицо, не несет обязанности по представлению информации, документов в антимонопольный орган, поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 34 Федерального закона «О

рекламе» подобная обязанность возложена только на юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в п. 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

В целях защиты прав и законных интересов абонента, 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. Обратное может привести к злоупотреблениям со стороны рекламодателя рекламой, стремящегося любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям законности.

ПАО «ВымпелКом» (вх. № 6342 от 19.09.2019) ссылается на то, что согласие абонента <...> было получено 14.10.2016 при заключении договора об оказании услуг связи «Билайн» № <...> от 14.10.2016 с выделением временного абонентского номера +7-909-<...>.

В соответствии с процедурой портации абонентских номеров номер <...> -917-<...> был перенесен на сим-карту с временным номером +7-909-<...>. Согласно договору именно абонент должен осуществлять определенные действия для выражения своего несогласия на получение рекламы.

Исходя из этого, Комиссия по рассмотрению дела № 073/05/18-16044/2019 пришла к выводу, что включение таких условий о даче согласия на получение рекламы при заключении договора об оказании услуг связи противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Кроме того, в ходе рассмотрения указанного дела ПАО «ВымпелКом» не представило в Ульяновское УФАС России документального доказательства наличия предварительного согласия абонента <...> на получение рекламы, которое он якобы выразил при заключении договора об оказании услуг связи «Билайн» 14.10.2016, причём именно на телефонный номер <...> -909-<...>. Также ПАО «ВымпелКом» не представило документ, которым внесены изменения в условия договора, подтверждающий замену номера +7-909-<...> на +7-917-<...>.

Кроме того, <...> 19.08.2019 в офисе компании «Билайн» оформил заявление с требованием прекратить рассылку сообщений и осуществление звонков рекламного характера с отзывом заявления на обработку персональных данных. В заявлении перечислены абонентские номера +7-903-<...>, +7-962-<...>, +7-917-<...> и +7-903-<...>.

ПАО «ВымпелКом» (вх. № 6342 от 19.09.2019) пояснило, что по заявлению <...> обществом был установлен запрет на рассылку СМС-сообщений рекламного характера на абонентский номер <...> который является избирательным (основным) по договору № <...> от 14.10.2016, а именно, установлен запрет на рассылку СМС-сообщений рекламного характера на номер

<...> -903-<...>, на абонентские номера +7-917-<...>, +7-962-<...> и +7-903-<...>, указанные в заявлении, запрет не был установлен.

Согласно ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

<...> обратился с письменным требованием о прекращении распространения рекламы 19.08.2019 (на заявлении проставлена отметка ПАО «ВымпелКом» о получении). Согласно представленным сведениям ПАО «ВымпелКом» запрет на рассылку СМС-сообщений рекламного характера на абонентский номер <...> -917-<...> был установлен только 06.09.2019 - спустя 17 календарных дней после обращения заявителя.

При таких обстоятельствах, Комиссия по рассмотрению дела № 073/05/18-16044/2019 посчитала предварительное согласие на получение рекламы на абонентский номер <...> - 917-<...> не полученным, а рекламу - распространенной после обращения <...> в ПАО «ВымпелКом» с требованием о прекращении рассылки рекламных СМС-сообщений, в том числе на абонентский номер <...> -917-<...>.

Следовательно, в нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», рассматриваемое рекламное сообщение распространено при отсутствии предварительного согласия абонента на получение указанной рекламы.

Согласно п. 4 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Решением Ульяновского УФАС России от 17.01.2020 (резолютивная часть решения объявлена 27.12.2019) по делу № 073/05/18-16044/2019 реклама: *«Ваша скидка: до 11 000 рублей при покупке смартфонов Apple, Samsung, Honor, Meizu и других! Ваш номер телефона - персональный промо-код. Чтобы узнать, какие скидки вам доступны, назовите свой номер в офисе Билайн. Ближайший: *392#. Предложение действует, пока смартфоны по специальной цене есть в наличии. Подробности у специалиста офиса.»*, распространенная 31.08.2019 в 13 час. 02 мин. (время местное: МСК + 1 час.) на номер мобильного телефона +7-917-<...> по сетям подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента телефона, признана ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе». Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавалось, поскольку распространение рекламы на абонентский номер <...> -917-<...> на момент принятия указанного решения было прекращено.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 указанного Федерального закона несет рекламодатель.

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

В ходе рассмотрения дела № 073/05/18-16044/2019 установлено, что отправка СМС-сообщения: *«Ваша скидка: до 11 000 рублей при покупке смартфонов Apple, Samsung, Honor, Meizu и других! Ваш номер телефона - персональный промо-код. Чтобы узнать, какие скидки вам доступны, назовите свой номер в офисе Билайн. Ближайший: *392#. Предложение действует, пока смартфоны по специальной цене есть в наличии. Подробности у специалиста офиса.»* 31.08.2019 в 13 час. 02 мин. (время местное: МСК + 1 час.) на номер мобильного телефона +7-917-<...> осуществлена ПАО «ВымпелКом».

Таким образом, рекламодателем в данном случае является ПАО «ВымпелКом».

Нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламодраспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях (ч. 4 ст. 38 Федерального закона «О рекламе»).

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (*Федеральный закон от 30.12.2001 № 195-ФЗ*) нарушение рекламоделателем, рекламопроизводителем или рекламодраспространителем 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 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.

ПАО «ВымпелКом» совершено административное правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях:

1. Дата: 31.08.2019.

2. Место: г. Ульяновск.

3. Событие административного правонарушения: распространение рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи при отсутствии предварительного согласия абонента на получение рекламы (в нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»).

Согласно ч. 3 ст. 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.

В соответствии с ч. 2 ст. 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

В данном случае у ПАО «ВымпелКом» имелась возможность для соблюдения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»: общество могло воздержаться от направления спорного СМС-сообщения.

При этом нельзя согласиться с доводом ПАО «ВымпелКом» о том, что информация рекламного характера поступила абоненту <...> в силу наличия его предварительного согласия, данного при заключении договора. В ходе рассмотрения дела о нарушении законодательства о рекламе № 073/05/18-16044/2019 было установлено, что подобного согласия надлежащим образом не было оформлено. Кроме того, если даже допустить, что согласие на получение рекламы <...> было дано, после поступления 19.08.2019 его заявления об отзыве ранее данного согласия общество должно было незамедлительно предпринять меры для исключения номера телефона +7-917-<...> из списка номеров для рекламных рассылок (а не 06.09.2019, как это было сделано), поскольку согласно ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» рекламодраспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием. Ссылка ПАО «ВымпелКом» на то, что исключение телефонного номера +7-917-<...> из списка номеров по

прошествии длительного периода времени было вызвано большим количеством заявлений, а также необходимостью направления заявления в Центр поддержки клиентов общества, является несостоятельной, поскольку из письменных пояснений общества (вх. № 6342 от 19.09.2019) следует, что по указанному заявлению от 19.08.2019 сразу был установлен запрет на рассылку СМС-сообщений рекламного характера на другой абонентский номер <...> номер <...> который является избирательным (основным) по договору № <...> от 14.10.2016, - +7-903-<...>.

Кроме того, состав правонарушения, квалифицируемого по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, является формальным, и угроза охраняемым общественным отношениям заключается не только в наступлении каких-либо материальных последствий правонарушения, но и в пренебрежительном отношении ПАО «ВымпелКом» к исполнению публично-правовых обязанностей, установленных законодательством.

Обстоятельством, смягчающим административную ответственность, является оказание лицом, совершившим административное правонарушение, содействия органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении, в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении (п. 4 ч. 1 ст. 4.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

Обстоятельством, признаваемым отягчающим административную ответственность, является повторное совершение однородного административного правонарушения (п. 2 ч. 1 ст. 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях). В течение периода, предусмотренного ст. 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*), в отношении ПАО «ВымпелКом» вынесены следующие постановления по ст. 14.3 КоАП РФ:

1. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай – постановление от 09.08.2019 по делу № 004/04/14.3-175/2019 о привлечении к административному штрафу в размере **105 000 рублей** (нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»). Постановление вступило в законную силу 19.08.2019, исполнено в полном объеме **21.08.2019**.
2. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области – постановление от 19.09.2019 по делу № 052/04/14.3-1765/2019 о привлечении к административному штрафу в размере **100 000 рублей**. Постановление исполнено в **ноябре 2019 года**.
3. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области – постановление от 27.09.2019 по делу № 042/04/14.3-1386/2019 о привлечении к административному штрафу в размере **105 000 рублей**. Постановление вступило в законную силу 22.10.2019, исполнено в полном объеме **29.11.2019**.
4. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю – постановление от 04.10.2019 по делу № 022/05/18-203/2019 о привлечении к административному штрафу в размере **200 000 рублей**. Постановление исполнено в полном объеме **06.12.2019**.
5. Управлением Федеральной антимонопольной службы по г. Москве – постановление от 16.08.2019 по делу № 077/04/14.3-6728/2019 о привлечении к административному штрафу в размере **200 000 рублей**. Постановление исполнено в полном объеме **18.12.2019**.
6. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай – постановление от 25.12.2019 по делу № 004/04/14.3-307/2019 о привлечении к административному штрафу в размере **110 000 рублей** (нарушение ч. 1 ст. 18

Федерального закона «О рекламе»). Постановление вступило в законную силу **09.01.2020**, исполнено в полном объеме 30.12.2019.

7. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Омской области – постановление от 09.10.2019 по делу № 055/04/14.3-807/2019 о привлечении к административному штрафу в размере **300 000 рублей** (нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»). Постановление вступило в законную силу **26.01.2020**.
8. Управлением Федеральной антимонопольной службы по г. Москве – постановление от 13.03.2020 по делу № 077/04/14.3-3807/2020 о привлечении к административному штрафу в размере **200 000 рублей**. Постановление исполнено в полном объеме **18.05.2020**.
9. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва – постановление от 20.03.2020 по делу № 017/04/14.3-52/2020 о привлечении к административному штрафу в размере **110 000 рублей** (нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»). Постановление исполнено в полном объеме **25.05.2020**.
10. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Воронежской области – постановление от 14.05.2020 по делу № 036/04/14.3-97/2020 о привлечении к административному штрафу в размере **150 000 рублей** (нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»). Постановление вступило в законную силу **25.05.2020**.
11. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Московской области – постановление от **29.05.2020** по делу № 050/04/14.3-3168/2020 о привлечении к административному штрафу в размере **200 000 рублей** (нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»). Постановление вступило в законную силу, исполнено.
12. Управлением Федеральной антимонопольной службы по Омской области – постановление от 21.05.2020 по делу № 055/04/14.3-415/2020 о привлечении к административному штрафу в размере **100 000 рублей** (нарушение ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе»). Постановление вступило в законную силу **05.06.2020**.

Основания для квалификации правонарушения в качестве малозначительного отсутствуют, поскольку правонарушение, совершенное ПАО «ВымпелКом», несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям в сфере рекламы, подтверждением чего является, в том числе, заявление <...>, поступившее в Ульяновское УФАС России (вх. № 227/ог от 02.09.2019; исх. № 6364-01/73 от 02.09.2019, вх. № 5984/ог от 04.09.2019).

Согласно п.п. 18, 18.1 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» при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, свидетельствующими о малозначительности правонарушения. Данные обстоятельства в силу частей 2 и 3 статьи 4.1 КоАП РФ учитываются при назначении административного наказания. Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях.

Аналогичная правовая позиция закреплена в п. 21 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях».

Указанные обстоятельства исключают применение в данном случае ст. 2.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с ч. 1 ст. 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административное наказание за совершение административного правонарушения назначается в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение, в соответствии с указанным Кодексом.

Согласно отчету о финансовых результатах за январь - март 2020 года (исх. № ЦР-04/32450(2) от 23.07.2020, вх. № 5279 от 23.07.2020) чистая прибыль ПАО «ВымпелКом» за указанный период составила <...> тыс. руб., что на <...>% больше, чем в январе - марте 2019 года.

Исключительные обстоятельства, предусмотренные ч. 3.2 ст. 4.1 КоАП РФ, в данном случае отсутствуют. Ни одно из приведенных ПАО «ВымпелКом» в исх. № ЦР-04/32524 от 01.06.2020 (вх. № 3881 от 03.06.2020) обстоятельств (отсутствие наступивших вредных последствий, несоразмерность штрафа степени социальной опасности правонарушения, значительность штрафа в условиях финансового и экономического кризиса, отсутствие причинения вреда жизни и здоровью людей, отсутствие факта привлечения ранее к административной ответственности по рассматриваемому составу, отсутствие фактов ухода с рынка конкурентов из-за действий хозяйствующего субъекта) не усматривается.

Руководствуясь статьями 4.1, 4.2, 4.3, 29.6, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать в действиях **публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации»**, ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301, наличие состава административного правонарушения, предусмотренного **частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.**

2. Назначить **публичному акционерному обществу «Вымпел-Коммуникации»**, ОГРН 1027700166636, ИНН 7713076301, административное наказание в виде штрафа в размере **120 000 (Сто двадцать тысяч) рублей.**

На постановление может быть подана жалоба вышестоящему должностному лицу, в Федеральную антимонопольную службу (г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11) либо в арбитражный суд в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством Российской Федерации в течение десяти дней со дня получения копии постановления.

*В соответствии с ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ (в редакции закона от 05.04.2013 № 49-ФЗ) административный штраф должен быть уплачен **не позднее шестидесяти дней** после истечения срока на обжалование постановления либо со дня истечения срока отсрочки (рассрочки) уплаты штрафа.*

Штраф уплачивается по следующим реквизитам:

Получатель платежа: УФК по Ульяновской области (Управление Федеральной

антимонопольной службы, л/сч 0468125894).

Налоговый орган: ИНН 7325002331.

Код КПП 732501001.

Номер счета получателя платежа: 40101810100000010003 в ОТДЕЛЕНИИ УЛЬЯНОВСК, г. Ульяновск, БИК 047308001.

Код бюджетной классификации 161 1 16 01141 01 0003 140.

ОКТМО 73701000.

Наименование платежа: Штрафы за нарушение законодательства о рекламе (с указанием номера дела и постановления).

При оплате штрафа обязательно указать идентификатор начисления (УИН) <...>.

Об уплате штрафа необходимо сообщить Ульяновскому УФАС России, представив надлежащим образом заверенную **копию платежного документа**.

При неуплате административного штрафа в срок, предусмотренный ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ, копия постановления о наложении административного штрафа направляется судьей, органом, должностным лицом, вынесшими постановление, судебному приставу-исполнителю для взыскания суммы административного штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

Кроме того, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, принимают решение о привлечении лица, не уплатившего административный штраф, к административной ответственности в соответствии с ч. 1 ст. 20.25 КоАП РФ.

Временно исполняющий обязанности

руководителя управления

<...>