

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу об административном правонарушении

город Омск
Дело №

07 августа 2019 года
553/2019

055/04/14.3-

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) (...), рассмотрев протокол об административном правонарушении от 04 июля 2019 года и другие материалы дела, возбужденного по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) в отношении публичного акционерного общества «Вымпел-Коммуникации» (далее – ПАО «ВымпелКом», Общество), местонахождение (юридический адрес): 127083, г. Москва, ул. Восьмого Марта, д. 10, стр.14 (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636) по факту распространения рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента, в отсутствие законного представителя ПАО «ВымпелКом», извещенного надлежащим образом, в присутствии защитника ПАО «ВымпелКом» - (...)

УСТАНОВИЛА:

Решением Комиссии Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 21.05.2019 года по делу № 055/05/18-369/2019 действия ПАО «ВымпелКом», выразившиеся в направлении рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи (смс-сообщения) без предварительного согласия абонента на получение рекламы, признаны нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Комиссией Омского УФАС России также было принято решение о передаче материалов дела уполномоченному должностному лицу Омского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

Настоящее дело об административном правонарушении было возбуждено протоколом от 04 июля 2019 года № 055/04/14.3-553/2019.

В результате рассмотрения протокола и иных материалов дела должностным лицом, рассматривающим дело об административном правонарушении, установлено следующее.

В адрес Омского УФАС России поступили заявления гражданина (...) по факту направления на его абонентский номер <...> (...) от отправителя «5678» смс-сообщений рекламного характера:

1. «Поздравляем 7(...)! За пополнение счета на 100.00 вы получили 100 баллов от Билайн! У вас есть шанс получить 7 000 000 рублей от Билайн! Подтвердите участие в розыгрыше, отправив ДА или любое SMS на номер <...> (беспл.)! Участие платное 15р/день. Инфо win.beeline.ru или 060520 (беспл.)» (01.03.2019 в 13:38 часов).

2. «номер <...> (...) был выбран Билайн для розыгрыша 7 000 000 рублей! Только что вы получили 200 баллов! Увеличьте ваш ШАНС на победу, отправьте ДА! или любое SMS на номер <...> (беспл.)! Стоимость 15 руб./день. Инфо: win.beeline.ru или 060520 (беспл.)» (05.03.2019 в 19:55 часов).

3. «Внимание 7(...) сегодня 14.03.2019 за пополнение вашего счета вы получили 200 баллов от Билайн! Подтвердите участие в розыгрыше 7 млн. рублей, отправив ДА или любое SMS на номер <...> (беспл.)! Стоимость 15р/день. Инфо:win.beelint.ru или 060520 (беспл.)» (14.03.2019 в 17:39 часов).

По утверждению заявителя, реклама была направлена без его предварительного согласия на ее получение.

Согласно информации, представленной оператором подвижной связи ПАО «ВымпелКом», вышеуказанные рекламные смс-сообщения с текстом отправителя «5678» на абонентский номер заявителя +7 (...) были направлены ПАО «ВымпелКом».

По определению (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») ПАО «ВымпелКом» является рекламодателем, т.е. лицом, осуществляющим распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе», несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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 силу пункта 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» объектом рекламирования является 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, распространенная посредством вышеуказанных смс-сообщений на абонентский номер <...> (...), отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы: адресована неопределенному кругу лиц, не содержит конкретного получателя, не носит персонализированный характер и направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым ПАО «ВымпелКом».

В отзыве от 17.05.2019 ПАО «ВымпелКом» пояснило о том, что «Договор об оказании услуг связи Билайн, заключаемый между ПАО «ВымпелКом» и абонентом, состоит из:

-бланка, содержащего учетные записи абонента, сведения о выделенном абоненту номере, заказных абонентах услугах, выбранном абонентом тарифном плане и тому подобных сведений, идентифицирующих абонента и индивидуализирующих условия, на которых будут оказываться услуги связи;

-текста публичных условий договора, которые в соответствии со статьей 426 ГК РФ являются

одинаковыми для всех потребителей.

Между ПАО «ВымпелКом» и (...) был заключен договор об оказании услуг связи «Билайн» от 14.02.2013 № 1834019. Копия бланка Договора, подписанного (...) была представлена в адрес Омского УФАС России и имеется в материалах дела.

В соответствии с пунктом 8.13 Договора, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и (...), Абонент вправе при заключении Договора или в процессе его исполнения выразить свое согласие или отказ на получение рекламной информации, распространяемой по сетям электросвязи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе и рассылке по сети подвижной связи, осуществляемой по инициативе Оператора.

(...) подписан указанный выше договор, таким образом считаем, что (...) выразил согласие со всеми условиями заключенного Договора, в том числе и на получение рекламных сообщений от ПАО «ВымпелКом». В период действия договора, с 14.02.2013 на абонентский номер <...> (...), выделенный (...), ПАО «ВымпелКом» направлялись SMS-сообщения, содержащие информацию рекламного характера, в свою очередь, от абонента не поступали обращения (как письменные, так и посредством обращения в колл-центр) об отказе от получения рекламы, что свидетельствует о том, что при заключении договора и в процессе его исполнения абонент выразил свое согласие на получение рекламы.

До настоящего времени (...) не был предоставлен в порядке, предусмотренном п. 8.13 Договора, отказ от получения SMS-сообщений, содержащих информацию рекламного характера.

На основании изложенного, полагаем, что на момент направления SMS-сообщений с номера отправителя «5678» на абонентский номер <...> (...), ПАО «ВымпелКом» располагало согласием абонента на получение рекламы, в связи с чем в действиях ПАО «ВымпелКом» отсутствуют признаки нарушения требований ФЗ «О рекламе».

Протокол по делу об административном правонарушении № 055/04/14.3-554/2019 был составлен уполномоченным должностным лицом Омского УФАС России в присутствии защитника Общества (...) (по доверенности от 01.07.2018).

Определением от 04 июля 2019 года о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении № 055/04/14.3-553/2019 рассмотрение настоящего дела было назначено на 16 июля 2019 года в 15:30 часов.

При рассмотрении дела было установлено, что на момент заключения между ПАО «ВымпелКом» и гражданином (...) Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 1834019 от 14.02.2013 действовала другая редакция Условий оказания услуг связи «Билайн», нежели представленная в материалы дела.

В связи с необходимостью представления ПАО «ВымпелКом» Условий оказания услуг связи «Билайн», действовавших на момент заключения вышеуказанного Договора об оказании услуг связи «Билайн» с гражданином (...), Омским УФАС России 16 июля 2019 года было вынесено определение об отложении рассмотрения дела об административном правонарушении № 055/04/14.3-553/2019, в соответствии с которым срок рассмотрения настоящего дела был продлен на один месяц, рассмотрение дела назначено на 07 августа 2019 года.

В ответ на определение об отложении рассмотрения дела ПАО «ВымпелКом» была представлена копия приказа № 2629/12 от 27.12.2012 «Об утверждении изменений в едином абонентском договоре об оказании услуг связи «Билайн» и письменные пояснения, в которых указано: «Исходя из редакции п.9 Договора, действовавшей в момент заключения абонентского договора с (...) и выделением ему абонентского номера, соглашаясь с

условиями Договора в настоящей редакции, Абонент выражает свое согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе...

В случае несогласия Абонента с получением рекламной информации условия настоящего пункта не распространяют свое действие на взаимоотношения Сторон при условии, что Абонент:

- подпишет соответствующее заявление об отказе при заключении Договора или направит его в адрес Оператора в период действия Договора, в том числе при принятии изменения условий Договора;

- откажется, позвонив на соответствующий телефонный номер <...> Подробности – на сайте Оператора.

В договоре (бланке договора), подписанном абонентом, содержится условие: «Текст Договора абонентом получен. Условия Договора абонентом прочитаны, с изложенным в настоящем Договоре согласен. С условиями тарифного плана ознакомлен».

До настоящего времени (...) не был предоставлен в порядке, предусмотренном Договором, отказ от получения SMS-сообщений, содержащих информацию рекламного характера».

При рассмотрении представленных материалов установлено следующее.

В статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») даны основные понятия, используемые в настоящем законе: абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Согласно пункту 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки.

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

В силу части 1 статьи 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.

При этом Федеральный закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации,

изложенной в пункте 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 рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

При этом в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Заключая договор об оказании услуг связи «Билайн» № 1834019 от 14.02.2013, состоящий из формы учетных данных абонента и непосредственно из текста самого Договора, абонент (...) в форме учетных данных представил сведения о себе, включая паспортные данные, адрес регистрации (прописки), а в разделе «Подписи сторон» своей личной подписью подтвердил, что условия Договора им прочитаны, с изложенным в Договоре (в том числе п. 3.3-3.5, 3.8) согласен, с условиями тарифного плана ознакомлен. Возможность выразить согласие/несогласие на получение рекламной информации форма Договора (в редакции 2013 года) не содержит.

При этом бланк документа сформирован таким образом, что заключить Договор возможно только согласившись со всеми условиями и потенциальному абоненту не была предоставлена возможность принять осознанное решение об отказе от получения рекламы или о согласии на ее получение. Факт подписания Договора, в котором выражается лишь согласие с Условиями оказания услуг, не позволяет его идентифицировать как волеизъявление на получение рекламы.

Таким образом, утверждение ПАО «ВымпелКом» о том, что выражая согласие со всеми условиями заключаемого Договора, абонент соглашается, в том числе и на получение рекламных сообщений от Общества, является неверным, поскольку включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при заключении Договора на оказание услуг

связи противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Доводы Общества о наличии у абонента возможности отказаться от получения рекламы путем направления соответствующего заявления (письменного либо посредством телефонного звонка) оператору связи являются несостоятельными, поскольку такая возможность должна была быть предоставлена абоненту изначально, на этапе заключения Договора об оказании услуг связи.

Представленные ПАО «ВымпелКом» доказательства, не позволяют с достоверностью определить предоставление данным абонентом безоговорочного согласия на получение им именно рекламной информации, а действия Общества по навязыванию абоненту таких услуг путем понуждения его к принятию соответствующих условий Договора является ничем иным, как злоупотреблением правом.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом», имея возможность для соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», не приняв все зависящие от него меры по их соблюдению, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ 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 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.

Местом совершения административного правонарушения является место получения смс-сообщения, а именно: г. Омск.

Временем совершения административного правонарушения является период распространения рекламы, а именно: март 2019 года.

На момент рассмотрения настоящего дела об административном правонарушении сроки давности привлечения к административной ответственности, установленные статьей 4.5 КоАП РФ, не истекли.

В и н а ПАО «ВымпелКом» в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, доказана и подтверждается материалами дела об административном правонарушении № 055/04/14.3-553/2019.

Обстоятельств, исключающих вину Общества в совершении данного административного правонарушения, а также обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении при совершении данного административного правонарушения, не установлено.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение ПАО «ВымпелКом» установленных Федеральным законом «О рекламе» требований, а также обстоятельства, вынуждающие его действовать в состоянии крайней необходимости, при рассмотрении дела не установлены.

Обстоятельств, свидетельствующих о малозначительности совершенного административного правонарушения, должностным лицом Омского УФАС России, уполномоченным на рассмотрение дела об административном правонарушении, не усматривается.

При назначении наказания должностным лицом, рассматривающим дело № 055/04/14.3-

553/2019, учитываются общие правила назначения административного наказания, предусмотренные статьей 4.1 КоАП РФ.

В соответствии с частью 3 статьи 4.1 КоАП РФ 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.

Обстоятельств, смягчающих административную ответственность ПАО «ВымпелКом» (статья 4.2 КоАП РФ), не выявлено.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ к числу обстоятельств, отягчающих административную ответственность, относится повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок предусмотренный статьей 4.6 КоАП РФ.

Указанная норма отражена в пункте 19.1 Постановления Пленума № 10 «...в силу пункта 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ одним из обстоятельств, отягчающих административную ответственность, является повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный статьей 4.6 КоАП РФ.

При применении указанной нормы судам следует учитывать, что однородными считаются правонарушения, ответственность за совершение которых предусмотрена одной статьей Особенной части КоАП РФ...».

Согласно статье 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.

Так, ранее постановлениями Московского УФАС России от 08.08.2018, 24.10.2018, Саратовского УФАС России от 29.01.2019, Архангельского УФАС России от 07.11.2018, Алтайского УФАС России от 11.01.2019 ПАО «ВымпелКом» привлекалось к административной ответственности за совершение однородного административного правонарушения (указанные постановления вступили в законную силу).

Учитывая вышеизложенное, оценив характер и обстоятельства совершенного ПАО «ВымпелКом» административного правонарушения, должностное лицо пришло к выводу о необходимости назначения наказания в виде административного штрафа, поскольку назначенное административное наказание будет соответствовать принципам законности, справедливости, неотвратимости и целесообразности юридической ответственности.

В соответствии с общими правилами назначения административного наказания, основанными на принципах справедливости, соразмерности и индивидуализации ответственности, административное наказание за совершение административного правонарушения назначается в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение, в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 14.3, 23.48, частью 1 статьи 29.9 Кодекса

ПОСТАНОВИЛА:

Признать публичное акционерное общество «Вымпел-Коммуникации» (ИНН 7713076301, ОГРН 1027700166636) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и назначить ему наказание в виде административного штрафа в размере 150000 (Сто пятьдесят тысяч) рублей.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях штраф должен быть уплачен ПАО «ВымпелКом» не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки.

Сумма административного штрафа вносится или перечисляется лицом, привлеченным к административной ответственности, в бюджет по следующим реквизитам:

Банк получателя: Отделение по Омской области Сибирского главного управления Центрального банка Российской Федерации

ИНН 5503023028 КПП 550401001

Получатель: УФК по Омской области (Управление федеральной антимонопольной службы по Омской области)

БИК 045209001

Счет № 40101810100000010000

Код бюджетной классификации 16111626000016000140 «Денежные взыскания (штрафы) за нарушение законодательства о рекламе».

Код ОКТМО 52701000.

Назначение платежа: Административный штраф в соответствии со статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

ВНИМАНИЕ! В случае оплаты административного штрафа платежный документ в ОБЯЗАТЕЛЬНОМ ПОРЯДКЕ должен содержать сведения о номерах идентификатора начисления и идентификатора плательщика, указанных в верхней части прилагаемых к настоящему постановлению бланков извещения и квитанции.

Согласно части 5 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в части 1 или 1.1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, изготавливают второй экземпляр указанного постановления и направляют его в течение десяти суток (а в случае, предусмотренном частью 1.1 настоящей статьи, в течение одних суток) судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством. В случае изготовления второго экземпляра постановления о наложении административного штрафа в форме электронного документа, юридическая сила которого подтверждена усиленной

квалифицированной электронной подписью в соответствии с законодательством Российской Федерации, указанный второй экземпляр направляется судебному приставу-исполнителю в электронном виде по информационно-телекоммуникационным сетям. Кроме того, должностное лицо федерального органа исполнительной власти, структурного подразделения или территориального органа, иного государственного органа, рассмотревших дело об административном правонарушении, либо уполномоченное лицо коллегиального органа, рассмотревшего дело об административном правонарушении, составляет протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный штраф.

Согласно части 1 статьи 20.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях неуплата административного штрафа в установленный срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В соответствии с частями 1, 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 вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

По истечении этого срока необжалованное и неопротестованное постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу и обращается к исполнению.

Заместитель руководителя управления

(...)