

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-315/77-15

«25» мая 2015 года

г. Москва

Я, <...>, рассмотрев протокол от 12.05.2015 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-315/77-15, возбужденного в отношении ОАО «МТС», в связи с нарушением ОАО «МТС» ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившимся в распространении 06.08.2014 в 19:54 рекламы «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер 5838 до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», без предварительного согласия абонента на ее получение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), в присутствии <...> - представителя ОАО «МТС» по доверенности,

УСТАНОВИЛ:

Решением Комиссии Московского УФАС России от 05.03.2015 по делу № 3-18-132/77-14 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при распространении рекламы следующего содержания: «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер 5838 до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», поступившей 06.08.2014 в 19:54 на телефонный номер <...> с указанием отправителя «МТС», установлен факт нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе, выразившийся в распространении рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно материалам дела № 3-18-132/77-14, на номер телефона <...> 06.08.2014 в 19:54 поступила реклама следующего содержания: «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер 5838 до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).».

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем жалобы в материалы дела № 3-18-132/77-14.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», 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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

Между тем, такая персонализация, а равно более широкое толкование понятия рекламы, прямо следует в рассматриваемом случае из диспозиции части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст такой рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению, исходя из ее содержания.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объект рекламирования — товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Установлено, что в целях стимулирования абонентов ОАО «МТС» пользоваться услугами подвижной связи, предоставляемых ОАО «МТС», проводился конкурс «Стань миллионером с МТС».

Исходя из содержания информации, поступившей на телефонный номер <...>, установлено, что рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания к конкурсу «Стань миллионером с МТС».

Также, в материалы дела не представлено доказательств направления смс-сообщения следующего содержания: «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер 5838 до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).» исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, направлена на привлечение внимания к конкурсу «Стань

миллионером с МТС» и признана должностным лицом Московского УФАС России рекламой.

В соответствии с частью 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 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.

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.

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

Таким образом, 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. При этом бремя доказывания наличия согласия абонента на получения рекламы лежит на лице ее распространившем.

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.

Московским УФАС России у ОАО «МТС» было запрошено подтверждение согласия абонента на получения рекламных сообщений.

ОАО «МТС» документы, подтверждающие наличие согласия заявителя жалобы <...> на получение рекламы в форме прямого подтвержденного волеизъявления по сетям электросвязи, не представило.

В обоснование наличия согласия <...> на получение рекламных сообщений от ОАО «МТС» в рамках дела № 3-18-132/77-14 заявлены следующие доводы.

Договор об оказании услуг связи между <...> и ОАО «МТС» был заключен 17.10.2010. В рамках указанного договора, <...> был выделен телефонный номер <...>.

Договор об оказании услуг связи ОАО «МТС» включает в себя единые условия для всех абонентов.

Текст условий оказания услуг связи МТС (далее — Правила МТС) является публичной офертой и находится в общем доступе.

Пунктом 7.6 Правил МТС, действовавших на момент распространения рекламы, предусмотрена возможность абонента выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи, путем направления оператору соответствующего письменного уведомления. При этом, заключая договор, абонент выражает свое согласие на возможность получения рекламной информации, распространяемой по сетям связи.

С даты заключения договора, а именно с 17.10.2010, <...> не обращался в адрес ОАО «МТС» с письменным уведомлением, которым бы он отказывался от возможности получения рекламы, распространяемой по сетям связи. Следовательно, по мнению ОАО «МТС», <...> выразил оператору связи свое безусловное согласие на получение рекламы, распространяемой по сетям связи, на момент поступления данного СМС-сообщения.

Вместе с тем, данный довод является несостоятельным в связи с нижеследующим.

ОАО «МТС» не представлен ни один документ, из которого следует, что <...> выражено безусловное согласие на получение рекламы от ОАО «МТС», в том числе, не представлен ни один договор, заключенный с <...>, содержащий положение о согласии на получение рекламы. В частности, представленный договор от 31.05.1999 (заявителем использовались несколько абонентских номеров ОАО «МТС») не содержит положений в силу которых <...> выражено согласие на получение рекламы, а представленные ОАО «МТС» Правила не позволяют установить факт ознакомления <...> с указанными правилами.

Таким образом, документально подтвержденное согласие <...> на получение рекламы по сетям электросвязи отсутствует. Представляется очевидным, что то или иное содержание Правил оказания услуг связи, действовавших на момент заключения договора с оператором связи, не может служить единственным и безусловным подтверждением надлежащей идентификации рекламополучателя и подтверждения его волеизъявления на получение рекламы, учитывая отсутствие документов и сведений, подтверждающих факт и способ заключения договора с абонентом и его содержание, способ оказания услуг связи и иные существенные обстоятельства начала правоотношений между абонентом и оператором, а также их течение до момента получения рекламы.

Также установлено, что в материалы дела № 3-18-132/77-14 представлены доказательства, о перенесении абонентского номера <...> от оператора ОАО «МТС» к оператору ОАО «Мегафон».

Согласно данному заявлению, <...> выразил желание на односторонний отказ от исполнения и расторжении договора на оказание услуг связи с оператором-донором в отношении указанного номера.

Согласно пункту 18.2 Правил МТС, с момента отказа абонента от исполнения договора или расторжения договора по другим основаниям, обязательства сторон считаются прекращенными за исключением обязательств абонента, связанных с оплатой оказанных, но не оплаченных на момент расторжения договора услуг.

Таким образом, <...>, подписывая договор об оказании услуг связи с ОАО «Мегафон», а также заявление о перенесении абонентского номера, отказывается от исполнения договора с ОАО «МТС».

Согласно заявлению о перенесении абонентского номера, дата и время начала оказания услуг оператором ОАО «Мегафон 16.05.2014.

Рассматриваемое СМС-сообщение поступило 06.08.2014 в 19:54, таким образом, на дату направления спорного СМС-сообщения, ОАО «МТС» не вправе было направлять рекламное сообщение в связи со следующим.

Пункт 1.1 Правил МТС прямо указывает, что данные условия регулируют отношения между операторами и абонентом по оказанию услуг подвижной радиотелефонной связи, телематических услуг связи, услуг связи по передаче данных, оказываемых с использованием сети подвижной связи, а также иных сопряженных с ними услуг (сервисное, информационно-справочное обслуживание, услуги местной телефонной связи с предоставлением дополнительного абонентского номера без организации абонентской линии, доступ к услугам контент-провайдеров и др.).

Исходя из вышеизложенного, в том случае, если ОАО «МТС» намеревался получить (и считает полученным) согласие абонента с помощью вменения ему обязательных правил оказания услуг связи, априори содержащих согласие на получение рекламы, то и прекращение регулирования отношений между оператором и абонентом по данному абонентскому номеру влечет недействительность таких правил в отношении такого номера в полном объеме, за исключением довыполнения сторонами принятых на себя обязательств.

При этом, ни при каких обстоятельствах получение рекламы по сетям электросвязи не может являться обязанностью абонента, а равно неисполненной перед оператором связи обязанностью, поводом к прекращению которой может послужить только письменный отказ от получения рекламы.

Суждение ОАО «МТС» о том, что такое согласие, описанное в пункте 7.6 Правил, является одномоментным и далее действует бессрочно, в независимости от действия и действительности самих Правил, является недобросовестным и не соответствует вышеизложенным обстоятельствам.

Также необходимо отметить следующее. Согласно пункту 32 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», под услугой связи понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Очевидно, что действия оператора связи по распространению рекламных сообщений на номера обслуживаемых им абонентов, не являются услугами связи и требуют дополнительного волеизъявления абонента, выраженного в форме согласия.

Включение в правила оказания услуг подвижной связи положений, по своей природе отличающихся от природы самого договора, пусть и публичного, без получения прямого согласия лица на такие изменения, является выгодным для ОАО «МТС», так как позволяет Обществу распространять рекламу оказываемых им возмездных услуг по предоставлению информационно значимого контента и тем лицам, которые при добросовестной деятельности ОАО «МТС» отказались бы от получения такой рекламы.

Так в рассматриваемом случае ОАО «МТС» создает условия, при которых своими действиями лишает абонента возможности пользоваться законодательно установленной защитой от получения рекламной корреспонденции в отсутствие

прямого на то волеизъявления, одновременно вынуждая его дополнительно совершать действия для получения такой рекламы, а именно отзываться согласие, которое он фактически не выражал.

Указанные действия рассматриваются должностным лицом Московского УФАС как злоупотребление ОАО «МТС» своим положением оператора связи и как направленные на обеспечение формального соблюдения требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе.

На основании изложенного, в действиях ОАО «МТС» при распространении рекламы «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер 5838 до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», поступившей 06.08.2014 в 19:54 на телефонный номер <...> с номера «МТС», установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 06.08.14 в 19:54 рекламы конкурса «Стань миллионером с МТС», на номер телефона <...> от отправителя «МТС», с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащим.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодатель является лицом, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

СМС-сообщение «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер 5838 до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).» поступило с номера ОАО «МТС», данный факт подтверждается детализированной выпиской, предоставленной ОАО «МТС» в материалы дела № 3-18-132/77-14, а также не отрицалось представителем ОАО «МТС» в ходе его рассмотрения.

Таким образом, установлено, что ОАО «МТС» является рекламодателем рекламы «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер 5838 до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», поступившей 06.08.2014 в 19:54 от отправителя «МТС» на номер телефона <...>.

При составлении протокола об административном правонарушении, представителем по доверенности <...> представлены объяснения. В представленных объяснениях <...> то, что у ОАО «МТС» имелось согласие абонента, предусмотренное п. 7.6 Условий МТС.

Данный довод оценивается должностным лицом административного органа критически, наличие факта распространения указанной рекламы без

предварительного согласия абонента на ее получение установлено Решением Комиссии Московского УФАС России от 05.03.2015 по делу № 3-18-132/77-14, данное Решение ОАО «МТС» не оспаривалось. Суждение представителя по доверенности Константинова И.В. о наличии согласия абонента на получение спорного СМС сообщения не соответствует вышеизложенным обстоятельствам.

В соответствии с ч. 1 ст. 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.

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

Вина ОАО «МТС» состоит в распространении рекламы «Уже сотни тысяч абонентов зарегистрировались в акции «Миллионер»! Не упускайте свой шанс стать счастливым обладателем 1 миллиона рублей! Регистрируйтесь, отправив SMS с кодом 1111 на бесплатный номер 5838 до 10.08.14. Подробности: www.pda.mts.ru/mln или 1117145 (бесплатно).», поступившей 06.08.2014 в 19:54 от отправителя «МТС» на номер телефона <...>, с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе. Должностным лицом Московского УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

Таким образом, ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ несет ОАО «МТС».

В соответствии с ч. 3 ст. 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.

Должностным лицом Московского УФАС России не установлено обстоятельств, отягчающих административную ответственность, а также обстоятельств, смягчающих административную ответственность ОАО «МТС».

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан — от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц — от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; юридических лиц — от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Таким образом штраф, подлежащий взысканию составляет 100 000 рублей.

Руководствуясь ст.-ст. 33, 38 ФЗ «О рекламе», ст.-ст. 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

За нарушение ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ назначить ОАО «МТС» (юридический адрес: 109147, г. Москва, ул. Марксистская, д. 4, ОГРН 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001) административное наказание в виде административного штрафа в размере 100 000 (ста тысяч) рублей.

Согласно ч. 1 ст. 32.2 КоАП РФ административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных ст. 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с ч. 5 ст. 32.2 КоАП РФ 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 ч. 1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

В соответствии с ч. 5 ст. 3.5 КоАП РФ сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, зачисляются в соответствующие бюджеты в соотношении:

- 40% в Федеральный бюджет;
- 60% в бюджет субъекта Российской Федерации, на территории которого зарегистрировано ОАО «МТС», перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе:

Получатель: УФК МФ РФ по г. Москве (для Московского УФАС России)

Банк получателя: Отделение 1 Главного управления Центрального банка Российской Федерации по Центральному Федеральному округу г. Москва (краткое: Отделение 1 Москва)

ИНН 7706096339

КПП 770101001

БИК 044583001

р/с 40101810800000010041

КБК 161 1 16 26000 01 6000140

ОКТМО 45375000

Назначение платежа: административный штраф по делу № 4-14.3-315/77-15.

Согласно ч. 1 ст. 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.

В соответствии с ч. 3 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражном суде в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии с п. 1 ст. 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.