

ПАО «Мегафон»  
115035, г. Москва,  
Кадашевская наб., д. 30

## **ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

### **о назначении административного наказания по делу №1-Аоб административном правонарушении**

г. Брянск

Резолютивная часть постановления объявлена 26 февраля 2018 года

Постановление в полном объеме изготовлено 26 февраля 2018 года

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Брянской области, рассмотрев материалы дела №1 и протокол об административном правонарушении от 06.02.2018г., составленный в отношении ПАО «Мегафон» (ИНН 7812014560, 115035, г. Москва, Кадашевская наб., д. 30), в отсутствие представителя лица уведомлено надлежащим образом

**УСТАНОВИЛ:**

В Брянское УФАС России поступила жалоба физического лица, на телефонный номер которого .....11.12.2017г. без согласия абонента с короткого номера 2017 была получена СМС рассылка следующего содержания: «Сюрприз для номера 79103317660! Сегодня 11.12.2017 и вам повезло - вы можете выиграть 15000руб. сейчас и 5 000 000 руб в финале. Отправьте ДА или любое СМС на 2017 (до 31.10.2018) 12 руб/д Подробности: like.megafon.ru или 0100 (бесп) Ваш Мегафон».

Поступление указанной рекламы на номер телефона ..... подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения.

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 - любые 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. В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного СМС-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной

является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей. В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена. В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела не представлено доказательств направления спорного СМС-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 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. 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.

Исходя из текста сообщения, Комиссия пришла к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

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 предварительном согласии абонента или адресата на получение рекламы.

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

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не

определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы посетителям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ 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.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера ....., согласие на получение рекламы ПАО «Мегафон» он не давал. Стороной по делу такое согласие также не подтверждено.

В силу пункта 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего заявление в Брянское УФАС России, на получение рекламы, лицами, участвующими в деле, также не представлено.

Исходя из материалов дела №1, указанная реклама распространялась на основании заключенного договора: №9114631034259469257056438 от 04.05.2017г заключенного между ПАО «Мегафон» и ....., В представленном договоре Абонент не дал своего согласия на получение рекламы.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. ПАО «Мегафон» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъект принял на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений

только тем

пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от

получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за

соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в

передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче смс-сообщений рекламного характера и при этом

избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом в понимании гражданского законодательства Российской Федерации.

Кроме того, согласно пункту 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность, направленная на систематическое

извлечение прибыли, осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на

осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и

интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив договор, ПАО «Мегафон» приняло на себя все обязательства по указанным договорам (в том числе по направлению сообщений

только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «Мегафон» рекламораспространителем в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

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

Таким образом, распространение рекламы 11.12.2017 на номер телефона <...> от отправителя с короткого номера 2017 с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

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

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Согласно части 3 статьи 3 Закона о связи, отношения в области связи, не урегулированные Законом о связи, регулируются другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации в области связи.

Так, отношения по распространению посредством средств связи рекламной информации регулируются законодательством Российской Федерации о рекламе, в том числе, в части ответственности лиц, признаваемых рекламодателями.

Нормы Закона о связи сами по себе не исключают ответственность того или иного лица в соответствии с Законом о рекламе. Как установлено выше, лицом, участвующим в деле, осуществляется предпринимательская деятельность по осуществлению СМС-рассылок, в том числе рекламного характера, подпадающих под понятие СПАМ. Осуществление любого рода деятельности с целью извлечения прибыли влечет за собой определенные последствия, включая набор определенных рисков. Субъект договорных отношений, предполагая возможность нарушения контрагентом законодательства Российской Федерации, ответственность за которое будет нести он, может включить в договор условия о компенсации понесенных убытков. Однако, данные положения договора лишь регулируют взаимоотношения между лицами, заключившими такой договор, но не могут влиять на привлечение таких лиц к ответственности за нарушения законодательства Российской Федерации.

Таким образом, лицо, участвующее в настоящем деле, в рамках рассмотрения данного дела признается рекламодателем, и несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Таким образом, Комиссией Брянского УФАС России в действиях ПАО «Мегафон» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении СМС 11.12.2017 на телефонный номер +7-

910-331-76-60 от отправителя с короткого номера 2017 без предварительного согласия абонента на ее получение. Решением комиссии Брянского УФАС России от 23.01.2018г. данная реклама была признана ненадлежащей.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Таким образом, субъектом административного правонарушения является ПАО «Мегафон», лицо уведомлено надлежащим образом.

Местом совершения административного правонарушения — г. Брянск.

Время совершения административного правонарушения — 11.12.2017г.

На основании ст. 28.2 КоАП РФ протокол был составлен в отсутствие представителя ПАО «Мегафон».

В соответствии с частью 1 статьи 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 частью 2 статьи 2.1 КоАП РФ, юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Виновные действия ПАО «Мегафон» состоят в распространении рекламы без согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о принятии ПАО «Мегафон» каких-либо мер по соблюдению законодательства Российской Федерации в сфере рекламы в данной части, не представлено.

Вина ПАО «Мегафон» в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, доказана.

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.

Согласно пункту 7 части 1 статьи 4.2 КоАП РФ, к обстоятельствам, смягчающим административную ответственность относится добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) и муниципальный контроль.

14.02.2018 ПАО «Мегафон» представлена информация об исполнении предписания по делу №1 выданное Брянским УФАС России.

Таким образом, установлено обстоятельство, смягчающее административную ответственность ПАО «Мегафон».

Согласно пункту 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ обстоятельством, отягчающим административную ответственность является повторное совершение однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 КоАП РФ за совершение однородного административного правонарушения.

В соответствии со статьей 4.6 КоАП РФ, лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления.

Постановлением Управления Федеральной антимонопольной службы по г.Москве о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №4-14.3-4/77-17 от 26.01.2017 ПАО «Мегафон» привлечено к административной ответственности в виде административного штрафа в размере 450 000 рублей в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ (штраф оплачен).

Постановлением Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №08-28/А309-16 от 16.03.2017 ПАО «Мегафон» привлечено к административной ответственности в виде административного штрафа в размере 150 000 рублей в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ (штраф оплачен).

Постановлением Управления Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области о наложении штрафа по делу об

административном правонарушении №483-ФАС52-07/17 от 28.04.2017 ПАО «Мегафон» привлечено к административной ответственности в виде административного штрафа в размере 50 000 рублей в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ (штраф оплачен).

Постановлением Управления Федеральной антимонопольной службы по Нижегородской области о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №772-ФАС52-07/17 от 18.05.2017 ПАО «Мегафон» привлечено к административной ответственности в виде административного штрафа в размере 100 000 рублей в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ (штраф оплачен).

Постановлением Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области о наложении штрафа по делу об административном правонарушении №04-5/2-17-2017 от 10.10.2017 ПАО «Мегафон» привлечено к административной ответственности в виде административного штрафа в размере 50 000 рублей в соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ (штраф оплачен).

Таким образом, установлены обстоятельства, отягчающие административную ответственность ПАО «Мегафон».

Обстоятельств, свидетельствующих о возможности применения статьи 2.9 КоАП РФ, должностным лицом административного органа не установлено.

В соответствии с частью 1 статьи 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.

руководствуясь ст. 3.2, 3.4, 4.1.1, 4.2, 4.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

### **ПОСТАНОВИЛ:**

1. Признать ПАО «Мегафон» (место нахождения: г. Москва, Кадашевская наб., д. 30; дата регистрации — 15.07.2002; ОГРН 1027809169585;

ИНН 7812014560; КПП 770601001), виновным в совершении правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить ПАО «Мегафон» (место нахождения: г. Москва, Кадашевская наб., д. 30; дата регистрации — 15.07.2002; ОГРН 1027809169585; ИНН 7812014560; КПП 770601001), наказание в виде административного штрафа в размере — 150 000,00 (сто пятьдесят тысяч рублей 00 копеек) рублей.

Согласно части 1 статьи 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 статьей 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с частью 5 статьи 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 части 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.

2. Сумму штрафа надлежит заплатить в соответствующие бюджеты в следующем соотношении:

40 процентов – в федеральный бюджет

60 процентов – в бюджет субъекта Российской Федерации,

**Реквизиты счетов для зачисления административных штрафов:**

№ счета получателя: **40101810300000010008**

ИНН получателя платежа: **3234034811**

Наименование банка получателя платежа: **Отделение Брянска**

БИК: **041501001**

ОКПО: 32091961

ОКТМО: 15701000

КБК: **16111626000016000140**

КПП: **325001001**

Наименование получателя: **УФК по Брянской области (УФАС России по Брянской области)**

**Сумма платежа: 100%**

**Назначение платежа:** административный штраф по постановлению №1 Брянского УФАС России о наложении штрафа об административном правонарушении от 26.02.2018г.

**Код начисления:** 16114022700001119649

В соответствии с пунктом 1 статьи 30.3. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления в районный суд.

В соответствии со ст. 31.1. КоАП РФ постановление вступает в законную силу по истечении десятидневного срока с момента получения постановления о наложении штрафа.

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

Согласно ст. 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок, предусмотренный настоящим КоАП, влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа либо административный арест на срок до пятнадцати суток.

В трехдневный срок со дня уплаты штрафа лицу надлежит представить в Брянское УФАС России копии платежных документов.

Заместитель руководителя управления.....