

Я, руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее по тексту – Челябинское УФАС России), <....>, рассмотрев материалы административного дела № 64-14.Зч.1/16, возбужденного в отношении публичного акционерного общества «Мегафон» (ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560, КПП 770601001, зарегистрированного по адресу: 115035, город Москва, улица Кадашёвская набережная, дом 30) по факту распространения рекламы путем рассылки СМС-сообщений от отправителя без предварительного согласия абонента, с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях, в присутствии представителя по доверенности лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, извещенного о месте и времени рассмотрения настоящего дела определением Челябинского УФАС России от 01.06.2016 года № 6902/08, в присутствии специалиста - эксперта отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России <....>, исследовав материалы дела, разъяснив представителю лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, права, а именно: знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы и иные процессуальные права и обязанности, предусмотренные Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях. В соответствии со статьей 51 Конституции РФ никто не обязан свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом,

#### УСТАНОВИЛ:

Заявителю на его телефонный номер <...> октября 2015 года в 10:05 поступило СМС-сообщение с рекламой от отправителя под буквенным обозначением Subway без его предварительного согласия. Согласно статье 3 Федерального закона «О рекламе» под рекламой понимается 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. Информация, поступившая 27 октября 2015 года заявителю на его телефонный номер в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является рекламой,

поскольку, направлена на привлечение внимания и формирование интереса со стороны потребителей к конкретному товару – услугам, предоставляемым компанией, использующее коммерческое обозначение «Subway» и их продвижение на рынке.

В силу части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи», это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 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.

Из анализа норм Федерального закона «О связи», Федерального закона «О рекламе» следует, что лицо, осуществляющее рассылку СМС-сообщений, должно принять меры по однозначной идентификации абонента, получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть получить согласие непосредственно перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если не будет доказано, что такое согласие было получено.

В соответствии с Условиями оказания услуг связи «МегаФон» услуги связи оказываются на основании возмездного Договора, заключаемого между Оператором и Абонентом, при этом при заключении договора абонент подтверждает, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с условиями оказания и порядком тарификации услуг.

Таким образом, Договор об оказании услуг связи является одним из условий оказания услуг связи, так как с момента его заключения абонент вступает в правоотношения с ПАО «Мегафон».

Также пунктом 14.15 Условий оказания услуг связи «МегаФон» установлено, что абонент имеет право выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по Сети связи Оператора следующими способами: путем предоставления соответствующего уведомления, путем проставления отметки «не согласен» в информационной карте, путем совершения определенных Оператором конклюдентных действий.

С учетом изложенного, абонент, может выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по Сети связи Оператора не только путем направления соответствующего уведомления или совершения определенных Оператором конклюдентных действий, но и при заключении договора на оказание услуг связи. А именно путем проставления отметки «не согласен» в

информационной карте. При этом в соответствии с письменными пояснениями ПАО «МегаФон» неотъемлемыми частями договора являются: инфокарта, Условия оказания услуг связи «МегаФон» и тарифный план, выбранный Абонентом. В качестве подтверждения наличия предварительного согласия абонента на получение СМС-сообщений с рекламой подписанный надлежащим образом абонентом договор об оказании услуг связи с отметкой о согласии на получение СМС-сообщений с рекламной информацией не предоставлен.

Исходя из части 1 статьи 18 Федерального Закона «О рекламе» обязанность доказывания получения предварительного согласия абонента на распространение ему СМС-сообщений с рекламой лежит на рекламораспространителе данного СМС-сообщения.

В соответствии с пунктом 2.1. Дополнительного соглашения № 306/6 к Генеральному соглашению от 30 апреля 2010 года, заключенного между ЗАО «МегаЛабс» и ПАО «МегаФон», ПАО «МегаФон» осуществляет распространение СМС-сообщений с рекламой по заявкам ЗАО «МегаЛабс».

Согласно пункту 5.3.1 Дополнительного соглашения № 306/6 к Генеральному соглашению от 30 апреля 2010 года в обязанности ПАО «МегаФон» входит оказание услуг ЗАО «МегаЛабс» по распространению мобильной рекламы, то есть в соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального Закона «О рекламе» ПАО «МегаФон» обязано получить предварительное согласие абонента на получение СМС-сообщения с рекламой.

Таким образом, при направлении ПАО «МегаФон» СМС-сообщения с рекламой: «Голод может утолить жажду! Как это? С 14 октября по 10 ноября 2015 г. В САБВЭЙ получите напиток БЕСПЛАТНО при покупке саба 30 см! Только в ресторанах – участниках города Москвы. <http://m.megafonpro.ru/subway>» обязанность по получению согласия абонента телефонного номера <...> возложена на ПАО «МегаФон».

Документов, указывающих на исполнение ПАО «МегаФон» обязанности по получению предварительного согласия абонента телефонного номера <...> на получение рекламной информации посредством использования сетей электросвязи перед направлением СМС-сообщения с рекламой в соответствии с частью 1 статьи 18 Федерального Закона «О рекламе» ПАО «МегаФон» не предоставлено.

Пункт 14.15 Условий оказания услуг связи «МегаФон» устанавливает возможность выражения абонентом отказа от получения СМС-сообщений рекламного характера при заключении договора на оказание услуг связи. А именно путем проставления отметки «не согласен» в информационной карте.

ПАО «МегаФон» указанную информационную карту не предоставило, договор об оказании услуг связи также отсутствует как у оператора связи, так и у заявителя. Таким образом, отсутствуют документы (материалы), указывающие на наличие согласия абонента телефонного номера <...> на направление ему СМС-сообщения с рекламой, либо доказательства обратного, то есть отказ от получения СМС-сообщения с рекламной информацией, которое выражено посредством проставления отметки «не согласен» в инфокарте при заключении договора об оказании услуг связи.

С учетом изложенного, СМС-сообщение с рекламой: «Голод может утолить жажду! Как это? С 14 октября по 10 ноября 2015 г. В САБВЭЙ получите напиток БЕСПЛАТНО при покупке саба 30 см! Только в ресторанах – участниках города Москвы. <http://m.megafonpro.ru/subway>» направлено ПАО «МегаФон» без предварительного согласия абонента телефонного номера <...>, в результате чего нарушены

требования части 1 статьи 18 Федерального Закона «О рекламе».

Пунктом 4 статьи 3 Закона «О рекламе» предусмотрено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Распространение ненадлежащей рекламы также установлено решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 11 апреля 2016 года.

Таким образом, действия ПАО «Мегафон», выразившиеся в неполучении предварительного согласия абонента перед направлением ему СМС-сообщения с рекламой, являются нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», ответственность за данное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламодатель.

Рекламодателем является ПАО «Мегафон» как лицо, осуществляющее распространение рекламы по сетям электросвязи на основании заключенного между ЗАО «МегаЛабс» и ПАО «МегаФон» Генерального соглашения от 30 апреля 2010 года и дополнительного соглашения № 306/6 к нему.

Частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) предусмотрено, что нарушение законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-5 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятьсот рублей; должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста до пятисот тысяч рублей.

01 июня 2016 года должностным лицом Челябинского УФАС России в отношении ПАО «Мегафон» был составлен протокол об административном правонарушении и возбуждено дело об административном правонарушении по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Поводом к возбуждению административного дела послужило обнаружение должностным лицом Челябинского УФАС России достаточных данных,

указывающих на наличие события административного правонарушения.

Время совершения административного правонарушения: 27 октября 2015 года в 10 часов 05 минут, что подтверждается снимком СМС-сообщения с рекламой с экрана телефона заявителя, а также пояснениями ПАО «Мегафон».

Срок давности привлечения к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, составляет один год со дня совершения административного правонарушения (часть 1 статьи 4.5 КоАП РФ).

Согласно сведениям ПАО «Мегафон» СМС-сообщение с рекламой поступило заявителю 27 октября 2015 года в 10 часов 05 минут, соответственно, срок привлечения к административной ответственности, рекламодателя данной рекламы, ПАО «Мегафон» истекает 27 октября 2016 года.

Статья 1.5. КоАП РФ устанавливает, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

Статьей 2.1 КоАП РФ установлено, что административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или

юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Согласно части 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 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 силу пункта 16.1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 июня 2004 г. № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» форма вины (статья 2.2 КоАП РФ) юридического лица в КоАП РФ не выделяется. Следовательно, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ). Обстоятельства, указанные в части 1 или части 2 статьи 2.2 КоАП РФ, применительно к юридическим лицам установлению не подлежат.

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих надлежащему соблюдению ПАО «Мегафон» требований законодательства РФ о рекламе, Челябинским УФАС России не выявлено.

У ПАО «Мегафон» отсутствовали препятствия, и имелась возможность для соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно – для соблюдения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». Однако ПАО «Мегафон» не принял необходимых и достаточных мер по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе. При таких обстоятельствах ПАО «Мегафон» признается виновным в совершении административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Должностное лицо, рассматривающее дело об административном правонарушении, при назначении административного наказания ПАО «Мегафон» учитывает характер совершенного им административного правонарушения, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

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

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, предусмотренных статьей 4.3 КоАП РФ, не установлено.

ПАО «Мегафон» при рассмотрении дела об административном правонарушении было заявлено ходатайство о применении положений статьи 4.1 КоАП РФ, согласно которому основаниями для применения положений статьи 4.1 КоАП является устранение ПАО «Мегафон» нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе до принятия решения Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также единичный случай отправки СМС-сообщения с рекламой абоненту телефонного номера <...> его предварительного согласия на получение рекламной информации.

В соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, должностное лицо, рассматривающее дело об административных правонарушениях может назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей или частью статьи раздела II КоАП РФ, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

Согласно части 3.3. статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания в соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей или частью статьи раздела II настоящего Кодекса. С учетом изложенного, принимая во внимание заявленное ПАО «Мегафон» ходатайство, ему может быть назначено наказание менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного санкцией части 1 статьи 14.3 КоАП РФ в соответствии с частями 3.2, 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ, а именно – административный штраф в размере пятидесяти тысяч рублей.

Руководствуясь статьями 4.1, 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать публичное акционерное общество «Мегафон» (ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560, КПП 770601001, зарегистрированное по адресу: 115035, город Москва, улица Кадашёвская набережная, дом 30) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Применить к ПАО «Мегафон» административное наказание в виде административного штрафа за нарушение требований части 1 статьи 14.3 КоАП РФ в размере 50 000 (пятьдесят тысяч) рублей.

В соответствии с частью 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.

Сумма штрафа должна быть перечислена в доход федерального бюджета по следующим реквизитам: КБК 16111626000016000140, ОКТМО 75701000 на счет органа федерального казначейства: УФК по Челябинской области (для Челябинского УФАС России), отделение Челябинск, БИК 047501001, р/с 40101810400000010801, ИНН 7453045147, КПП 745301001.

В силу части 1 статьи 20.25 КоАП РФ неуплата административного штрафа в 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.

Согласно части 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 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 настоящего Кодекса, 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. Кроме того, должностное лицо составляет протокол об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 20.25 настоящего Кодекса, в отношении лица, не уплатившего административный штраф. В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в Арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

После уплаты штрафа копии документов, свидетельствующих об уплате административного штрафа, просим представить в Челябинское УФАС России по факсу (351) 263-18-39 либо по адресу г. Челябинск, пр. Ленина, д. 59, каб. 320. Постановление объявлено 28 июня 2016 года в присутствии представителя по доверенности ПАО «Мегафон».

Руководитель

<....>

<....>