

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания по делу об
административном правонарушении № 042/04/14.3-2016/2021

«25» января 2022 г.

г. Кемерово, ул. Ноградская, 5

Я, <...>, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, рассмотрев материалы дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-2016/2021, возбужденного протоколом от 26.11.2021 в отношении публичного акционерного общества «Мегафон» (далее – ПАО «Мегафон», юридический адрес: 127006, г. Москва, пер. Оружейный, д. 41, ОГРН 1027809169585, Дата присвоения ОГРН 15.07.2002, ИНН 7812014560, КПП 770701001), посредством видеоконференцсвязи при участии защитника ПАО «Мегафон» <...> (доверенность от 03.06.2019 № 5-269/19),

УСТАНОВИЛА:

20.09.2021 Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела № 042/05/18-1497/2021 о нарушении законодательства о рекламе, вынесено решение о признании ПАО «Мегафон» нарушившим требования частей 1, 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Материалами дела установлено, что 20.03.2021 <...> обратился в адрес ПАО «Мегафон» посредством электронного письма по адресу help@megafon.ru с требованием о возврате денежных средств по тарифу, а также об отключении рекламы по смс и ussd- сообщениям по абонентскому номеру <...>.

Из заявления также следует, что изначально реклама была отключена, вместе с тем, 13.05.2021 в 10 часов 59 минут при наборе команды «звездочка 100 решетка» заявителю поступила реклама в виде ussd - сообщения следующего содержания: «Антивирус для 3 устройств. Подключить за 7 р/д *238#».

В соответствии с письмом ФАС России от 25.06.2013 № АК/24455/13 «О рекламных смс – сообщениях», согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама - это 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 данной норме под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

Таким образом, под рекламой понимается определенная неперсонифицированная информация, направленная на продвижение определенного объекта рекламирования, даже если она направляется по определенному адресному списку.

Частью 6 статьи 45 ФЗ «О связи» установлено, что абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование коротких текстовых сообщений с указанием абонентского номера или уникального кода идентификации, которые содержатся в таких сообщениях и от получения которых абонент отказывается, за исключением сообщений, передача которых осуществляется оператором подвижной радиотелефонной связи в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступила реклама.

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 (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку Законом о рекламе не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Заявителем в адрес Кемеровского УФАС России представлена электронная переписка с оператором связи ПАО «Мегафон» (электронный адрес help@megafon.ru) с требованием об отключении рекламы по смс и ussd-сообщениям, вместе с тем, после данного обращения 13.05.2021 заявителю поступило рекламное ussd-сообщение от ПАО «Мегафон».

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно части 1 статьи 18 ФЗ «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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступила реклама.

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 (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку Законом о рекламе не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Таким образом, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи возможно лишь при получении на это предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент).

В данном случае бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламодателе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

В соответствии с письмом ФАС России от 26.12.2019 № ДФ/114009/19 «О применении части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в случае поступления в адрес абонента USSD-сообщений, содержащих рекламу, в ответ на отправку таким абонентом USSD-запроса баланса, антимонопольным органам целесообразно принять во внимание следующее.

USSD (Unstructured Supplementary Service Data) - представляет собой технологию в сетях электросвязи (сетях GSM), которая обеспечивает обмен информацией между мобильным устройством абонента и программно-аппаратным комплексом (сервисным приложением) оператора связи в режиме реального времени. Для инициализации обмена информацией посредством сервиса USSD абонент отправляет со своего мобильного устройства специальный сервисный код (USSD-запрос), например, код запроса баланса, в ответ на который программно-аппаратный комплекс оператора связи в автоматическом режиме, то есть без участия человека, направляет абоненту сообщение с определенной оператором связи информацией, например, содержащей сведения о балансе абонента.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

В соответствии с частью 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Следовательно, распространение ПАО «Мегафон» рекламы без согласия абонента 8-929-342-09-19 посредством USSD - сообщения, содержит признаки нарушения частей 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частями 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ПАО «Мегафон».

Административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламодателем, рекламопроизводителем требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ) и влечет наложение штрафа на физических лиц - 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.

Действия ПАО «Мегафон», выразившиеся в нарушении требований частей 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс – сообщения без согласия абонента, подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, согласно которой нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3 КоАП РФ, частью 4 статьи 14.3.1 статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, влечет наложение штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Время совершения ПАО «Мегафон» административного правонарушения:
13.05.2021 в 10 часов 59 минут.

Место совершения ПАО «Мегафон» административного правонарушения:
Кемеровская область - Кузбасс.

08.10.2021 уведомлением о составлении протокола были назначены дата, время и место составления и подписания на 26.11.2021 в 10 часов 00 минут. Уведомление было направлено в адрес ПАО «Мегафон» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с отметкой от 23.10.2021 «возврат отправителю из-за истечения срока хранения» имеется в материалах дела).

20.10.2021 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения представителя ПАО «Мегафон» (исх. от 19.10.2021 № 5/0-LASB-Исх-00246/21), из которых следует, что деятельность ПАО «Мегафон» и его взаимоотношения с абонентами регулируется нормами ГК РФ, Федеральным законом от 07.07.2003 № 126 – ФЗ «О связи» (далее – ФЗ «О связи»), Правилами оказания услуг телефонной связи, утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от

09.12.2014 № 1342 (далее – Правила) и договором, заключенным с абонентом.

В соответствии с пунктом 1 статьи 44 ФЗ «О связи» на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

Неотъемлемыми частями договора являются инфокарта, Условия оказания услуг связи Мегафон и тарифный план, выбранный абонентом.

При заключении договора абонент, которому был выделен абонентский номер <...>, своей собственноручной подписью подтвердил, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану, являющимися неотъемлемыми частями договора, а также зоной обслуживания сети оператора, согласен на получение рекламы при использовании услуг.

В соответствии с пунктом 14.14.2 Условий, подписывая договор, абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг.

В соответствии с пунктом 14.16 Условий, абонент имеет право выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сети связи оператора, следующими способами:

- путем предоставления Оператору соответствующего письменного уведомления;
- путем проставления отметки в специальной графе «не согласен» в информационной карте;
- путем совершения определенных оператором конклюдентных действий с использованием идентификаторов, которые позволяют однозначно идентифицировать абонента и установить его волеизъявление при наличии технической возможности оператора.

До настоящего времени абонента, использующий абонентский номер <...>, с какими – либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес ПАО «Мегафон» не обращался, каких – либо действий, позволяющих оператору установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал.

26.11.2021 состоялась процедура составления и подписания протокола № 042/04/14.3-2016/2021 об административном правонарушении в отсутствие законного представителя, защитника ПАО «Мегафон», уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

26.11.2021 определением о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении № 042/04/14.3-2016/2021 были назначены дата, время и место рассмотрения данного дела об административном правонарушении на 10.12.2021 в 11 часов 00 минут. Копии определения и протокола были направлены в адрес ПАО «Мегафон» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

09.12.2021 в адрес Кемеровского УФА России поступило ходатайство защитника ПАО «Мегафон» <...> (исх. от 08.12.2021 № 5/0-LASB-Исх-00140/21) о рассмотрении данного дела посредством использования систем видеоконференцсвязи.

10.12.2021 по техническим причинам рассмотрение дела № 042/04/14.3-2016/2021 посредством видеоконференцсвязи не состоялось, в связи с чем, заместитель руководителя управления решила рассмотрение данного дела отложить.

Определением от 10.12.2021 рассмотрение дела № 042/04/14.3-2016/2021 об административном правонарушении было отложено на 25.01.2022 в 10 часов 30 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ПАО «Мегафон» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

25.01.2022 состоялось рассмотрение дела № 042/04/14.3-2016/2021 об административном правонарушении посредством видеоконференцсвязи при участии защитника ПАО «Мегафон» <...> (доверенность от 03.06.2019 № 5-269/19), которая устно ходатайствовала о снижении минимального размера административного штрафа.

Изучив материалы дела № 042/04/14.3-2016/2021 об административном правонарушении, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области приходит к следующим выводам.

Действия ПАО «Мегафон», выразившиеся в нарушении требований частей 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс – сообщения без согласия абонента, подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ

Согласно статье 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.

Исходя из смысла данной нормы, лицо не подлежит ответственности в том случае, если будет доказано, что соблюдение норм и правил было невозможно в силу чрезвычайных событий и обстоятельств, которые данное лицо не могло ни предвидеть, ни предотвратить при соблюдении той степени заботливости и осмотрительности, которая от него требовалась.

ПАО «Мегафон» документально не подтвердило наличие чрезвычайных событий и обстоятельств, не позволивших распространить рекламу с соблюдением требований законодательства Российской Федерации о рекламе.

Таким образом, у ПАО «Мегафон» имелась возможность для соблюдения предусмотренных законом требований, тем не менее, данным лицом всех зависящих мер по соблюдению законодательства Российской Федерации предпринято не было.

Следовательно, действия ПАО «Мегафон», выразившиеся в нарушении требований

частей 1, 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс – сообщения без согласия абонента, следует признать виновными.

Факт совершения административного правонарушения ПАО «Мегафон» подтверждается протоколом по делу № 042/04/14.3-2016/2021 от 26.11.2021, решением Комиссии Кемеровского УФАС России от 20.09.2021 по делу № 042/05/18-1497/2021 и другими материалами.

Срок давности привлечения ПАО «Мегафон» к административной ответственности, установленный частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ за нарушение законодательства о рекламе, на момент вынесения настоящего постановления не истек.

При рассмотрении данного дела заместителем руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области были учтены характер совершенного административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

В части 1 статьи 4.2 КоАП РФ перечислен перечень закрепленных смягчающих вину обстоятельств, включая добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение; добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим контроль (надзор).

При этом, в соответствии с пунктом 2 статьи 4.2 КоАП РФ судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дело об административном правонарушении, могут признать смягчающими обстоятельства, не указанные в настоящем Кодексе или в законах субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях.

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области также считает возможным, с учетом положений части 2 статьи 4.2 КоАП РФ признать в качестве обстоятельства, смягчающего вину ПАО «Мегафон» добровольное устранение нарушения.

Вместе с тем, 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.

Заместителем руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области установлено, что ПАО «Мегафон» было привлечено к административной ответственности Московским УФАС России 11.11.2020. Данное постановление вступило в законную силу 10.12.2020.

Следовательно, ПАО «Мегафон» совершило повторное правонарушение в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 КоАП РФ за совершение однородного

административного правонарушения.

Согласно части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ некоммерческим организациям, а также являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

Согласно Единому реестру субъектов малого предпринимательства, размещенного на официальном сайте rmsp.nalog.ru ПАО «Мегафон» не относится к субъектам малого предпринимательства, в связи с чем, основания для применения части 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ отсутствуют.

Основания для применения статьи 2.9 КоАП РФ и освобождения от административной ответственности в связи с малозначительностью допущенного правонарушения не усматриваются.

В данном случае (по вмененному составу правонарушения) существенная угроза охраняемым общественным отношениям заключается в неисполнении ПАО «Мегафон» своих публично - правовых обязанностей, что посягает на установленный законодательством РФ порядок в области распространения рекламы.

Оценивая собранные по делу доказательства, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области находит вину ПАО «Мегафон» доказанной, а действия верно квалифицированными по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, и назначает административное наказание ПАО «Мегафон» в пределах санкции, определенной вышеназванной правовой нормой.

Руководствуясь статьями 23.48, 29.9, 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛА:

1. Признать публичное акционерное общество «Мегафон» (юридический адрес: 127006, г. Москва, пер. Оружейный, д. 41, ОГРН 1027809169585, Дата присвоения ОГРН 15.07.2002, ИНН 7812014560, КПП 770701001) виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. Назначить публичному акционерному обществу «Мегафон» (юридический адрес: 127006, г. Москва, пер. Оружейный, д. 41, ОГРН 1027809169585, Дата присвоения ОГРН 15.07.2002, ИНН 7812014560, КПП 770701001) штраф в размере 200 (двухсот)

тысяч рублей.

Административный штраф за нарушение законодательства о рекламе необходимо перечислить по следующим реквизитам:

Единый казначейский счет 40102810745370000032

ОТДЕЛЕНИЕ КЕМЕРОВО БАНКА РОССИИ//УФК по Кемеровской области - Кузбассу г. Кемерово

Корреспондентский счет (номер казначейского счета) 03100643000000013900

БИК 013207212

Код бюджетной классификации (КБК) 16111601141010003140

ИНН 4207012419

КПП 420501001

ОКТМО 32701000

УИН 16100500000001262140

Назначение платежа: денежное взыскание (штраф) за нарушение законодательства РФ о рекламе (дело № 042/04/14.3-2016/2021).

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 КоАП РФ штраф должен быть уплачен не позднее 60 дней со дня вступления постановления о наложении 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 3.5 КоАП РФ сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

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

В соответствии с пунктом 7 статьи 21 Закона Российской Федерации от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение двух лет со дня вступления в законную силу.

В соответствии с частью 1 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение 10 суток 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.

