

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания в виде наложения штрафа
по делу об административном правонарушении № 076/04/14.3-968/2024

Резолютивная часть оглашена «22» июля 2024 г. г. Ярославль

Постановление в полном объеме изготовлено «24» июля 2024 г.

Заместитель руководителя Межрегионального управления Федеральной антимонопольной службы по Ярославской области и Костромской области <...>, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 076/04/14.3-968/2024, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее также - КоАП РФ) в отношении ПАО «МегаФон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585),

в присутствии посредством видеоконференцсвязи потерпевшего по делу об административном правонарушении <...>

в отсутствие представителя ПАО «МегаФон», надлежащим образом уведомленного о времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении,

УСТАНОВИЛ:

В Ярославское межрегиональное УФАС России поступило заявление (вх. № 11566-ЭП/23 от 25.08.2023) о распространении ненадлежащей рекламы по сетям электросвязи без согласия абонента на ее получение.

По результатам рассмотрения обращения было возбуждено дело по признакам нарушения частей 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Рассмотрев материалы дела, представленные пояснения сторон, Комиссия пришла к следующим выводам.

29.07.2023 в 10:35 на номер телефона +7-920-<...> с номера «МегаФон» поступило сообщение следующего содержания: «Приятного путешествия! Входящие-бесплатно. Интернет и звонки в регионе пребывания-на домашних условиях. Пополнить счет и проверить остатки пакетов: https://megafon.ru/go/i_main».

29.07.2023 в 17:40 на номер телефона +7-920-<...> с номера «МегаФон» поступило сообщение следующего содержания: «С возвращением! Пополнять без комиссии и даже при минусе на счете можно в нашем приложении: https://megafon.ru/go/i_ref».

08.08.2023 в 20:43 на номер телефона +7-920-<...> с номера «MegaFon» поступило сообщение следующего содержания: «Проверяйте остатки минут в личном кабинете МегаФон. Вы можете делать это в любое время».

09.08.2023 в 11:00 на номер телефона +7-920-<...> с номера «MegaFon» поступило сообщение аналогичного содержания.

17.08.2023 в 12:02 на номер телефона +7-920-<...> с номера «MegaFon_Eva» поступило сообщение следующего содержания: «Это виртуальный помощник Ева. Теперь во время звонка я могу предупреждать вас о возможном спаме и названии организации. Это бесплатно.

Также я умею:

- блокировать выбранные категории звонков

- отвечать на вызовы, когда вам неудобно говорить, и отправлять в приложение запись и расшифровку сообщений

- предупреждать, если сайт в интернете может оказаться опасным

Чтобы активировать эти возможности, переходите в приложение «МегаФон».

Согласно пункту 1 части 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — ФЗ «О рекламе») реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

В силу п. 1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»: не может быть квалифицирована в качестве рекламы информация, которая хотя и отвечает перечисленным критериям, однако обязательна к размещению в силу закона или размещается в силу обычая делового оборота. То обстоятельство, что информация, обязательная к размещению в силу закона или размещенная в силу обычая делового оборота, приведена не в полном объеме, само по себе не влечет признания этой информации рекламой.

Позиция ФАС России изложена в п. 7 Руководства по соблюдению обязательных требований «Понятие рекламы», утвержденного Приказом ФАС России 14.11.2023 № 821/23 (далее – Руководство), посредством сетей электросвязи может направляться не только, реклама, но и иные виды информации.

В силу пункта 1 статьи 10 Закона Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» изготовитель (исполнитель, продавец) обязан своевременно предоставлять потребителю необходимую и достоверную информацию о товарах (работах, услугах), обеспечивающую возможность их правильного выбора.

Для целей применения Закона «О рекламе» из услуг, оказываемых оператором сотовой связи в рамках заключенного с абонентом договора, целесообразно

выделить услуги по предоставлению голосовой связи, обмена сообщениями, доступа в сеть "Интернет", в том числе при предоставлении этих услуг в роуминге (условно названные "базовые" услуги), а также дополнительные услуги.

Соответственно, не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством SMS-сообщений или PUSH-уведомлений, направляемых операторами сотовой связи своим абонентам, содержащая сведения о порядке исполнения или изменении условий исполнения обязательств по предоставлению "базовых" услуг в рамках условий и предмета заключенного договора, в частности:

- об изменении стоимости данных услуг, предоставляемых в рамках выбранного абонентом тарифного плана;
- об обеспечении данных услуг бесплатными сервисами (например, "Вам звонили", "Узнать баланс", "Я в сети");
- о нахождении абонента в роуминге (в том числе о пересечении абонентом границы и возможном изменении в порядке списания денежных средств);
- об изменении порядка оплаты данных услуг, в том числе о возможности изменения порядка оплаты данных услуг по выбору абонента, не связанного с подключением дополнительной услуги за дополнительную плату.

На основании вышеизложенного информация ПАО «Мегафон», поступившая заявителю 29.07.2023, 08.08.2023, 09.08.2023, не является рекламой, поскольку речь идет о пересечении абонентом границы, о дополнительной возможности оплаты услуг, об улучшении качества взаимодействия с оператором связи.

17.08.2023 в 12:02 на номер телефона +7-920-<...> с номера «MegaFon_Eva» поступило сообщение с предложением активировать возможности виртуального помощника по предупреждению о возможном спаме и перейти в приложение "МегаФон".

К рекламной информации, направленной на формирование и поддержание интереса к определенному лицу и его продвижение на рынке относится указание следующей информации о лице:

- наименование юридического лица, индивидуального предпринимателя или название торгового предприятия данного лица (независимо от указания вида деятельности), выполненное с использованием товарных знаков, логотипов или иных индивидуализирующих данное лицо обозначений, цветов, - контактная информация о лице (почтовый адрес, телефон, адрес сайта, электронной почты и т.п.),
- характеристика, описание лица, его деятельности,
- информация о производимых или реализуемых товарах.

Таким образом, характер информации и ее отнесение к рекламе, либо не рекламе связан исключительно с ее целевой направленностью на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации. Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю. Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

В соответствии с позицией, изложенной в пункте 16 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара. Кроме того, по своему содержанию информация, доведенная до заявителя посредством электронных писем, адресована неопределенному кругу лиц. 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.

Рассматриваемая информация, которая доводилась до сведения Заявителя посредством смс-сообщений, является рекламой, поскольку отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- информация распространена в форме смс-сообщений по сети электросвязи, а именно посредством использования подвижной радиотелефонной связи.

Согласно пункту 35 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) под электросвязью понимаются 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;

- объектом рекламирования является товар (продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), 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 (пункты 2 - 3 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

Объектами рекламирования в рассматриваемом случае выступают приложение ПАО «МегаФон», а также услуги «виртуального помощника Евы».

- информация была адресована неопределенному кругу лиц-пользователей связи и является неперсонифицированной, поскольку невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать в качестве получателя данной информации. Не может быть определен и конкретный субъект правоотношений, возникающих по поводу реализации объекта рекламирования. Информация, представленная в сообщении, не обращена к конкретному потребителю, из текста беседы не следует, что она была адресована каким-либо определенным лицам.

Сведения не носят персонализированного характера, представляют интерес для неопределенного круга лиц.

Таким образом, исходя из содержания рассматриваемой информации, эта информация является рекламной.

ПАО «МегаФон» указало, что сообщение с номера «MegaFon_Eva» поступило на номер заявителя по причине подключенной ранее услуги «Виртуальный помощник Ева». Общество считает, что сообщение является не рекламным, а информационным, поскольку данное сообщение поступило абоненту в связи с подключением услуги виртуального помощника. Как указывает общество, услуга подключена абонентом самостоятельно.

<...>. поясняет, что услуга «Виртуальный помощник Ева» была подключена оператором связи, считает указанное сообщение рекламным.

Ярославское межрегиональное УФАС России отмечает, что сообщение поступило абоненту после подключения услуг виртуального помощника. Независимо от того, кем подключена услуга, рассматриваемое сообщение, поступившее с номера «MegaFon_Eva», содержит как информационный, так и рекламный блок. Помимо основных сведений о подключении услуги присутствует призыв к активированию дополнительных возможностей помощника Евы. В связи с чем указанная информация является рекламной и на нее распространяются требования ФЗ «О рекламе»

В соответствии с частью 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 реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с постановлением 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, однако такая форма согласия должна быть достаточной для идентификации такого согласия и подтверждения волеизъявления лица на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

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.

Как следует из обращения, данные сообщения и звонки с рекламой поступили заявителю без его согласия. Доказательств наличия согласия заявителя на получение рекламы в антимонопольный орган не представлено, что свидетельствует о наличии признаков нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Согласно частям 6, 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение

требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Из материалов дела следует, что рекламодателем является ПАО «МегаФон».

Согласие на распространение рекламных рассылок ПАО «МегаФон» не представило.

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

На основании изложенного, Ярославским межрегиональным УФАС России установлено, что рассматриваемое рекламное сообщение распространено без предварительного согласия абонента, что является нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решением по делу № 076/05/18-1254/2023 от 31.01.2024 рассматриваемая реклама признана ненадлежащей, поскольку в данном случае нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

На основании вынесенного решения материалы дела переданы уполномоченному должностному лицу Ярославского межрегионального УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе (за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 4 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 пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

<...> в ходе рассмотрения дела заявлено ходатайство об изменении квалификации вменяемого ПАО «МегаФон» правонарушения на часть 4.1 статьи 14.3 КоАП РФ. Рассмотрев указанное ходатайство, должностное лицо Ярославского межрегионального УФАС России приходит к выводу о невозможности его удовлетворения на основании следующего.

Часть 4.1 статьи 14.3 КоАП РФ введена Федеральным законом от 06.04.2024 N 78-ФЗ

"О внесении изменений в статьи 3.5 и 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" и вступила в силу 17.04.2024.

В соответствии с данной нормой нарушение установленных законодательством о рекламе требований к рекламе, распространяемой по сетям электросвязи, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на должностных лиц - от двадцати тысяч до ста тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до одного миллиона рублей. Таким образом, частью 4.1 статьи 14.3 КоАП РФ предусмотрена повышенная административная ответственность за нарушение установленных законодательством о рекламе требований к рекламе, распространяемой по сетям электросвязи.

Согласно части 1 статьи 1.7 КоАП РФ лицо, совершившее административное правонарушение, подлежит ответственности на основании закона, действовавшего во время совершения административного правонарушения.

Частью 2 той же статьи установлено, что закон, смягчающий или отменяющий административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом улучшающий положение лица, совершившего административное правонарушение, имеет обратную силу, то есть распространяется и на лицо, которое совершило административное правонарушение до вступления такого закона в силу и в отношении которого постановление о назначении административного наказания не исполнено. Закон, устанавливающий или отягчающий административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом ухудшающий положение лица, обратной силы не имеет.

В связи с тем, что вменяемое ПАО «Мегафон» правонарушение совершено обществом 17.08.2023, то есть до вступления части 4.1 статьи 14.3 КоАП РФ, отягчающей административную ответственность, в силу, общество подлежит административной ответственности по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, действовавшей на момент совершения правонарушения.

Объектом вменяемого административного правонарушения являются общественные отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы.

Объективная сторона состоит в нарушении ПАО «МегаФон» установленных рекламным законодательством норм и заключается в том, что оно нарушило требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Время совершения административного правонарушения: 17.08.2023.

Субъект – ПАО «МегаФон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585).

Субъективная сторона: лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения требований законодательства, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В данном случае Общество при соблюдении той степени добросовестности, которая требовалась от него в целях выполнения законодательно установленной обязанности, имело реальную возможность для соблюдения действующих норм и правил, но не приняло все зависящие от него меры по их соблюдению. В связи с

чем вина ПАО «МегаФон» в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, является установленной.

В соответствии с частью 1 статьи 3.1 КоАП РФ административное наказание является установленной государственной мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений, как самим правонарушителем, так и другими лицами.

В силу частей 1, 3 статьи 4.1 КоАП РФ административное наказание за совершение административного правонарушения назначается в пределах, установленных законом, предусматривающим ответственность за данное административное правонарушение, в соответствии с настоящим Кодексом.

Должностное лицо Ярославского межрегионального УФАС России отказывает в удовлетворении заявленного в ходе рассмотрения дела <...> ходатайства о наложении на ПАО «Мегафон» административного штрафа в максимальном размере на основании следующего.

Статьей 24.1 КоАП РФ предусмотрено, что задачами производства по делам об административных правонарушениях являются всестороннее, полное, объективное и своевременное выяснение обстоятельств каждого дела, разрешение его в соответствии с законом, обеспечение исполнения вынесенного постановления, а также выявление причин и условий, способствовавших совершению административных правонарушений.

Согласно статье 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении подлежат выяснению обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Решая вопрос о виде и размере административного наказания, учитывается характер совершенного административного правонарушения, личность правонарушителя, обстоятельства, смягчающие административную ответственность, и обстоятельства, отягчающие административную ответственность.

Обстоятельств, отягчающих, смягчающих административную ответственность, не установлено.

В ходе рассмотрения должностным лицом рассмотрена возможность квалификации правонарушения как малозначительного в соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ. Основания для квалификации правонарушения в качестве малозначительного отсутствуют, поскольку правонарушение, совершенное ПАО «Мегафон», несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям в сфере рекламы.

Из положений пункта 18.1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» следует, что квалификация правонарушения как

малозначительного может иметь место только в исключительных случаях, при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения.

Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений.

В соответствии со статьёй 1.2 КоАП РФ задачами законодательства об административных правонарушениях являются, в том числе, защита общества и государства от административных правонарушений, предупреждение административных правонарушений.

Целями Закона о рекламе являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Требования законодательства о рекламе, а также установление в части 1 статьи 14.3 КоАП РФ административной ответственности за их нарушение направлены на охрану прав потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку потребители признаются слабой стороной данных отношений.

Каких-либо обстоятельств, характеризующих случай нарушения как исключительный, не установлено, а лицом таковых не приведено.

Указанные обстоятельства исключают применение в данном случае статьи 2.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Все процессуальные права лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, предусмотренные КоАП РФ, соблюдены.

На основании изложенного, учитывая характер и обстоятельства совершенного правонарушения, руководствуясь статьей 2.1, частью 1 статьи 3.1, статьей 4.1, частью 1 статьи 14.3, статьей 23.48, пунктом 1 части 1 статьи 29.9 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

привлечь ПАО «МегаФон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, 152912, г. Москва, Оружейный пер., д. 41) за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, к административной

ответственности в виде административного штрафа в размере 150 000 (сто пятьдесят тысяч) рублей.

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.

Штраф за нарушение административного законодательства должен быть перечислен в доход федерального бюджета по коду 161 1 16 011 41 01 0003 140

Получатель:

ИНН 7604009440 КПП 760401001

ОКТМО 78 701 000

Единый казначейский счет (корр. счет) 40102810245370000065

Банк получателя: ОТДЕЛЕНИЕ ЯРОСЛАВЛЬ БАНКА РОССИИ // УФК по Ярославской области г. Ярославль

Получатель: УФК по Ярославской области (Ярославское межрегиональное УФАС России)

БИК 017888102

Казначейский счет (р/сч) 03100643000000017100

УИН 16100500000002000050

в полях 104, 105 платежного документа необходимо указать код бюджетной классификации и ОКТМО.

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

Копию документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, лицо, привлеченное к административной ответственности, направляет должностному лицу, вынесшему постановление.

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

В соответствии с частью 7 статьи 21 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» постановление о наложении штрафа может быть предъявлено к исполнению в течение 2-х лет со дня его вступления в законную силу.

В соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 30.1 и статьей 30.3 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано лицами, указанными в статьях 25.1 - 25.5.1 КоАП РФ, вынесенное должностным лицом - в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу

либо в районный суд по месту рассмотрения дела 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.

Заместитель руководителя

<...>