

# **УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ**

## **ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ**

625048, г. Тюмень, ул. Холодильная, 58а тел. 50-31-55

### **ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

**о назначении административного наказания**

**по делу №072/04/14.3-386/2020**

**об административном правонарушении**

19.11.2020г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России), <...>, рассмотрев материалы дела №072/04/14.3-386/2020, возбужденного в отношении ПАО «МегаФон» (адрес местонахождения: 127006, г. Москва, Переулок Оружейный, дом 41, ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560, дата регистрации: 17.06.1993г.),

в отсутствие законного представителя ПАО «МегаФон», надлежащим образом извещенного о дате, времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении (о чем свидетельствует почтовое уведомление №80090153045290), которому права лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, закрепленные ст.25.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ, Кодекс) разъяснены в протоколе об административном правонарушении №072/04/14.3-386/2020 от 15.10.2020г.,

### **УСТАНОВИЛ:**

Определением Тюменского УФАС России от 16.09.2019 г. № 072/04/14.3-386/2019 в отношении ПАО «МегаФон» возбуждено производство по делу об административном правонарушении по ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ). Проведено административное расследование, которым установлено следующее.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступило заявление гражданина <...> (вх. № 11524 от 28.11.2019 г.), указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В заявлении указывается, что на абонентский номер +<...>, зарегистрированный за гражданином, поступило SMS-сообщение рекламного характера следующего содержания: «Черная пятница в Бубль-Гум! Только с 29.11.19 по 1.12.19 СКИДКИ до 70%», дата и время: 28.11.2019 г. в 12:06 от Voobl\_goom через SMS-центр +79168960438.

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № 072/05/18-1/2020 от 15.04.2020г. признана

ненадлежащей рекламе, содержащаяся в смс-сообщении, поступившем на абонентский номер +<...> 28.11.2019 г. в 12:06 от абонента «Voobl\_goom» через SMS-центр: +79168960438 следующего содержания: «Черная пятница в Бубль-Гум! Только с 29.11.19 по 1.12.19 СКИДКИ до 70%», поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Согласно письменным пояснениям ПАО «МегаФон» (вх.№9598 от 22.09.2020) рассылка вышеупомянутого сообщения осуществлялась абонентом ПАО «МегаФон» - ИП <...> в рамках договора об оказании услуг связи. На абонентский номер подключена услуга «МегаФон.Таргет». Условия оказания услуги размещены на сайте операторamegafon.ru.

15.10.2020г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ПАО «МегаФон» был составлен протокол об административном правонарушении №072/04/14.3-386/2020.

Исследовав материалы административного дела, установлено следующее.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) - 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. Объект рекламирования – товар, средство его индивидуализации, 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.

Из материалов дела следует, что ПАО «МегаФон», без согласия абонента <...>, на принадлежащий ему абонентский номер +<...> 28.11.2019 г. в 12:06 направило сообщение следующего содержания: «Черная пятница в Бубль-Гум! Только с 29.11.19 по 1.12.19 СКИДКИ до 70%».

Указанная информация является рекламой, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В данном случае 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.

Согласно статье 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение статьи 18 Закона о рекламе несет рекламодатель.

В соответствии со статьей 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.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

По смыслу приведенной нормы права, при разрешении вопроса относительно признания лица распространителем рекламы необходимо исходить из наличия у такого лица возможности либо непосредственно ознакомиться с содержанием распространяемой рекламы, либо предполагать, что ее распространение станет возможным посредством его действий.

Кроме того, Законом о рекламе не оговорено количество рекламодателей, могущих принимать участие в распространении определенной рекламы.

Таким образом, количество рекламодателей, участвовавших в рекламной sms-рассылке определяется не только набором и отправкой сообщения конечным лицом, но и фактически созданными и/или предоставленными возможностями для распространения рекламы иными лицами, которые осуществляют набор и отправку сообщений.

Распространение указанного sms-сообщения было осуществлено посредством последовательных действий со стороны ряда хозяйствующих субъектов на основании заключенных гражданско-правовых договоров.

Рассматриваемая реклама была направлена ПАО «МегаФон» в рамках дополнительного соглашения №2 от 09.01.2017 к Генеральному соглашению № 4 от 01.01.2017, по которому АО «МегаЛабс» оказывает ПАО «МегаФон» услуги по предоставлению доступа к интерфейсу размещения рекламной информации абонентов ПАО «МегаФон».

Согласно п. 2.6, п. 3.8 Дополнительного соглашения ПАО «МегаФон» обязуется получить согласие абонентов, среди которых предполагается осуществить распространение рекламной информации и использовать при формировании информационного или рекламного сообщения абонентские номера только тех абонентов, у которых такое согласие было получено.

Исходя из анализа упомянутых положений Дополнительного соглашения, представляется возможным сделать вывод о том, что распространение SMS-сообщений осуществляется путем их передачи от ПАО «МегаФон» к АО «МегаЛабс».

Таким образом, ПАО «МегаФон» несет персональную ответственность перед АО «МегаЛабс» и должно распространять рассылку только среди Абонентов, которые

выразили свое согласие на получение рекламы.

Согласно п. 1 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон 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.

Согласно п. 12 ст. 2 Закона о Связи, оператор связи - юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

В соответствии с п. 22.1 ст. 2 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Закон о Связи не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя, в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

Согласно п. 16 ст. 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

Согласно п. 32 ст. 2 Закона о Связи, услуга связи - деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

Статья 44.1 Закона о связи устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Закона о Связи.

В соответствии с ч. 1 ст. 44.1 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. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования)

В соответствии с ч. 2 ст. 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

В силу ч. 3 ст. 44.1 Закона о Связи, рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи, осуществляемая с нарушением требований настоящего Федерального закона, является незаконной, за исключением рассылки сообщений в целях информирования абонента в связи с перенесением абонентского номера, иных сообщений, которую оператор связи обязан осуществлять в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также рассылки сообщений по инициативе федеральных органов исполнительной власти, органов государственных внебюджетных фондов, исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, местных администраций и других органов местного самоуправления, осуществляющих исполнительно-распорядительные полномочия в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В соответствии с ч. 6 ст. 45 Закона о Связи, абонент вправе обратиться к оператору подвижной радиотелефонной связи с требованием о прекращении передачи на его пользовательское оборудование (оконечное 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.

Оператор подвижной радиотелефонной связи без взимания платы с абонента обязан прекратить рассылку по сети подвижной радиотелефонной связи на пользовательское оборудование (оконечное оборудование) абонента с абонентского номера или уникального кода идентификации, указанных в обращении абонента.

В силу ч. 1 ст. 46 Закона о Связи, оператор связи обязан прекратить оказание услуг связи по пропуску по своей сети трафика, содержащего осуществляемую с нарушением требований настоящего Федерального закона рассылку.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона 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.

Пунктом 1 статьи 18 Закона о рекламе предусмотрено, 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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно письменным пояснениям ПАО «МегаФон» (вх.№9598 от 22.09.2020) рассылка вышеупомянутого сообщения осуществлялась абонентом ПАО «МегаФон» - ИП <...> в рамках договора об оказании услуг связи. На абонентский номер подключена услуга «МегаФон.Таргет». Условия оказания услуги размещены на сайте оператора megafon.ru.

В соответствии с п.5.11 Условий Корпоративный клиент (в данном случае ИП <...>) до размещения рекламно-информационных материалов среди Конечных получателей из перечня абонентских номеров Корпоративного клиента обязан получить согласие Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS-сообщений от Корпоративного клиента.

По мнению Общества, оказывая услугу по передаче коротких текстовых сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, ПАО «МегаФон» осуществляет только передачу получателю информации, сформированной Корпоративным клиентом, имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи.

Указанный довод Общества не может быть принят во внимание в силу того, что при заключении Дополнительного соглашения №2 от 09.01.2017 к Генеральному соглашению № 4 от 01.01.2017, ПАО «МегаФон» обязалось перед АО «МегаЛабс» получить от Абонентов, среди которых предполагается размещение РМ и ИМ с помощью Каналов коммуникации, на использование их абонентских номеров, а также персональных данных (в случае их упоминания в тексте) для целей распространения РМ и ИМ. Согласие должно в обязательном порядке содержать абонентский номер <...> по которому Абонент дал согласие на получение РМ и ИМ с помощью Каналов коммуникации (п. 2.6.), следовательно, Общество конклюдентно согласилось с тем, что предоставляемые им услуги связи будут использоваться в целях распространения рекламы.

Таким образом, отсутствие у Общества возможности ознакомиться с содержанием передаваемых сообщений не имеет правового значения, поскольку оно было осведомлено о целях использования предоставляемых им услуг, в том числе распространения рекламы.

Наложение ПАО «МегаФон» обязанности в получении надлежащим образом оформленных согласий Абонента на ИП <...>, согласно Условий оказания услуги «Мегафон Таргет» (п.5.11), не снимает с самого Общества обязанности исполнения договорных обязательств перед АО «МегаЛабс» в части получения указанного согласия абонента.

Согласно ст.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.

Согласно части 3 статьи 401 «Гражданского кодекса Российской Федерации» (часть первая) если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств.

На основании изложенного, у ПАО «МегаФон» имелась обязанность предварительно удостовериться в наличии согласия Абонентов на получение смс-сообщений, содержащих рекламную информацию. Однако, доказательств получения предварительного согласия абонента <...> на получение sms-сообщения, содержащего рекламу, в материалы дела ПАО «МегаФон» не представлено.

Из анализа указанного Дополнительного соглашения №2 от 09.01.2017 к Генеральному соглашению № 4 от 01.01.2017 следует, что ПАО «МегаФон» участвовало в передаче рассматриваемого SMS-сообщения рекламного характера, а следовательно, является рекламораспространителем и обязано при оказании услуг по рассылке SMS-сообщений пользователям, иметь согласие пользователей на получении SMS-рассылки, оформленное документально, т.е. письменное согласие.

Таким образом, ПАО «МегаФон» обязано иметь соответствующее согласие пользователя как в силу закона (ч. 1 статьи 18 Закона о рекламе), так и исходя из принятых при заключении Дополнительного соглашения №2 от 09.01.2017 к Генеральному соглашению № 4 от 01.01.2017 обязательствах перед АО «МегаЛабс».

Вместе с тем, у ПАО «МегаФон» отсутствуют письменное согласие абонента <...> на получение рекламы посредством направления SMS-сообщений.

Таким образом, ПАО «МегаФон», распространяя вышеуказанную рекламу, без предварительного согласия потребителя на получение рекламы, совершило административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьей 14.3 КоАП РФ.

Субъектом административного правонарушения по делу № 072/04/14.3-386/2020 выступает – ПАО «МегаФон» (адрес местонахождения: 127006, г. Москва, Переулок Оружейный, дом 41, ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560, дата регистрации: 17.06.1993г.).

В соответствии с частью 1 статьи 2.1 КоАП РФ 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.

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дела, – 28.11.2019 г.

Дело об административном правонарушении №072/04/14.3-386/2020 в соответствии с ч. 3 ст. 4.1 КоАП РФ рассматривалось с учетом характера совершенного ПАО «МегаФон» правонарушения, обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность.

Совершенное ПАО «МегаФон» правонарушение посягает на установленные нормативными правовыми актами гарантии на защиту потребителей от ненадлежащей рекламы, поскольку 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, не обладающими специальными познаниями.

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

Антимонопольным органом установлено, что ПАО «МегаФон» при должной внимательности и осмотрительности при распространении рекламы могло предвидеть последствия – возможность нарушения законодательства о рекламе, имело возможность выполнить возложенную на него обязанность, и предотвратить совершение административного правонарушения, но не предприняло всех зависящих от него мер по соблюдению действующего законодательства о рекламе.

Состав административного правонарушения, предусмотренный ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, является формальным, и для квалификации действий по названной норме не требуется обязательного наступления неблагоприятных последствий.

Наступление общественно опасных последствий в виде причинения ущерба при совершении правонарушений с формальным составом не доказывается, возникновение этих последствий презюмируется самим фактом совершения действий или бездействий.

Административные правонарушения, совершаемые в сфере рекламы, посягают на нарушение установленных законодательством о рекламе требований и предписаний, в связи с чем вред, причиненный этими правонарушениями, наносится общественным интересам, а не конкретным физическим и юридическим лицам.



Общественный вред выражается в пренебрежении установленными законодательством нормами, обязательными для исполнения всеми без исключения лицами.

ПАО «МегаФон» должно было знать требования законодательства о рекламе, а также меру ответственности за его нарушение. При этом, тот факт, что общество самостоятельно не формирует SMS-сообщение и не является инициатором его отправки, не опровергает тот факт, что ПАО «МегаФон» является рекламодателем, поскольку Общество предоставило такую возможность ИП <...> и обеспечило прохождение рассматриваемого SMS-сообщения до абонента, следовательно, принимало непосредственное участие в его передаче.

Учитывая характер и конкретные обстоятельства совершенного правонарушения, роль правонарушителя, можно сделать вывод о том, что совершенное ПАО «МегаФон» правонарушение несет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям, в связи с чем, отсутствуют основания для признания его малозначительным.

Объективные обстоятельства, делающие невозможным исполнение установленных законом требований, при рассмотрении дела не установлены.

На основании изложенного, учитывая характер и степень виновности лица, привлекаемого к административной ответственности, причины и условия совершения административного правонарушения, руководствуясь статьями 2.4, 14.3, 23.48, 29.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

## **ПОСТАНОВИЛ:**

1. Применить к ПАО «МегаФон» (адрес местонахождения: 127006, г. Москва, Переулок Оружейный, дом 41, ОГРН 1027809169585, ИНН 7812014560, дата регистрации: 17.06.1993г.), меру ответственности в виде административного штрафа в размере **100000 (сто тысяч)** рублей за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3. КоАП РФ.

2. Сумму штрафа надлежит уплатить по следующим реквизитам:

Наименование получателя: Управление федерального казначейства  
Министерства финансов России по Тюменской области (Тюменское УФАС России)

ИНН 7202081799, КПП 720301001

счет 40101810965770510005

банк получателя: отделение Тюмени г. Тюмень

БИК 047102001, ОКТМО 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 01141 01 0003 140

УИН: 16100500000000760830

Назначение платежа: «нарушение ч.1 ст.14.3 КоАП РФ».

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа, но не менее одной тысячи рублей, либо административный арест на срок до пятнадцати суток, либо обязательные работы на срок до пятидесяти часов.

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1 КоАП, а также частью 1 статьи 30.3 КоАП постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражный суд в течение 10 дней со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно статьи 31.1 КоАП 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 управления <...>