

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 68-14.3ч.1/16

об административном правонарушении

23 августа 2016 года

г. Челябинск

Я, временно исполняющий обязанности руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее по тексту – Челябинское УФАС России), <...>, рассмотрев материалы административного дела № 68-14.3ч.1/16, возбужденного в отношении эксперта по мобильной рекламе ПАО «Мегафон» <...> _____ года рождения, место рождения: _____, зарегистрирована по адресу: _____

_____, паспорт <...> серия <...> номер <...> выдан: _____

_____, дата выдачи: _____ (далее – <...>.) 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 отсутствие лица, извещенного о месте и времени рассмотрения дела определением Челябинского УФАС России от 27.07.2016 года № 9383/08, в отношении которого возбуждено административное дело,

в присутствии специалиста - эксперта отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России <...>.,

исследовав материалы дела,

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.

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

Рекламораспространителем 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.

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.

Частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем 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.

Согласно части 1 статьи 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.

В силу части 3 статьи 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

28 июня 2016 года должностным лицом Челябинского УФАС России в отношении эксперта по мобильной рекламе ПАО «Мегафон» <...> был составлен протокол об административном правонарушении и возбуждено дело об административном правонарушении по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Поводом к возбуждению административного дела послужило обнаружение должностным лицом Челябинского УФАС России достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения.

В соответствии с примечанием к статье 2.4. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях руководители организаций, совершившие административное правонарушение в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций несут административную ответственность как должностные лица.

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

В соответствии с письмом ПАО «Мегафон» от 06 июня 2016 года вх. № 7197 ответственным должностным лицом ответственным за направлением ПАО «Мегафон» СМС-сообщения с рекламой без предварительного согласия абонента телефонного номера <...>, является <...>

Согласно Должностной инструкции эксперта по мобильной рекламе утвержденной директором по персоналу 01 октября 2014 года, а также указанному письму ПАО «Мегафон» <...> осуществляет коммуникации с абонентами, то есть принимает решения, имеющие юридически значимые последствия для ПАО «Мегафон» и таким образом распорядительно-административными функциями в ПАО «Мегафон».

Вина эксперта по мобильной рекламе ПАО «Мегафон» <...> выразилась в ненадлежащем исполнении должностных обязанностей при осуществлении контроля по получению предварительного согласия абонента перед направлением ему СМС-сообщения с рекламой.

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).

В соответствии с частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное статьей 14.3 КоАП РФ, начинается исчисляться со дня совершения административного правонарушения.

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.

Материалами дела установлено, что эксперт по мобильной рекламе ПАО «Мегафон» <...> в отсутствие объективно непреодолимых препятствий, имела возможность осуществить контроль мероприятий по направлению рекламных материалов и соответствующих требованиям рекламного законодательства, однако <...> не были приняты соответствующие меры, что доказывает факт наличия у <...> вины в совершении вменяемого ему нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих надлежащему соблюдению <...> требований законодательства РФ о рекламе, Челябинским УФАС России не выявлено.

У <...> 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 <...> не приняла необходимых и достаточных мер по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе.

При таких обстоятельствах эксперт по мобильной рекламе ПАО «Мегафон» <...> признается виновным в совершении административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обстоятельств, исключающих вину эксперта по мобильной рекламе 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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не установлено.

С учетом изложенного, ему может быть назначено минимальное наказание,

предусмотренное санкцией части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, а именно – административный штраф в размере четырех тысяч рублей.

Руководствуясь статьями 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать эксперта по мобильной рекламе ПАО «Мегафон» <...>.

_____ года рождения, место рождения: _____

_____, зарегистрированную по адресу: _____

_____, паспорт <...> серия <...> номер <...> выдан:

_____, дата выдачи: _____ виновным в совершении

административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Применить к эксперту по мобильной рекламе ПАО «Мегафон» <...> административное наказание в виде административного штрафа за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в размере **4 000 (четыре тысяч) рублей**.

В соответствии с частью 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.