

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

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

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания

по делу № 072/04/14.3-47/2023

об административном правонарушении

22.02.2023г. г. Тюмень

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее - Тюменское УФАС России) Полухин Дмитрий Александрович, рассмотрев материалы дела №072/04/14.3-47/2023, возбужденного в отношении ПАО «МегаФон» (127006, г.Москва, Оружейный переулок, д.41, ОГРН: 1027809169585, ИНН: 7812014560, КПП: 770701001, дата регистрации: 17.06.1993г.),

при участии представителя (защитника) ПАО «МегаФон» в видеоконференцсвязи, посредством плагина "TrueConf", - Меликовой Э.Г. (доверенность №1 от 03.12.2021г), 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,

У С Т А Н О В И Л:

Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе № 072/05/18-465/2022 от 16.11.2022г. признана ненадлежащей реклама следующего содержания: «Квартира в Краснодаре от 2,6 млн. руб. строительная компания ССК. +79282580800 <http://m-adv.ru/sskuban> ООО СЗ «ССК», распространенная 13.05.2022г. в 14:35, от абонента MEDIALAIF, посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

09.02.2023г. специалистом Тюменского УФАС России в отношении ПАО «МегаФон» был составлен протокол об административном правонарушении № №072/04/14.3-47/2023.

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) 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. 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 Дубровина А.И. на принадлежащий ему абонентский номер 13.05.2022 в 14:35 от абонента MEDIALAIF направило смс-сообщение следующего содержания: *«Квартира в Краснодаре от 2,6 млн. руб. строительная компания ССК. +79282580800 <http://m-adv.ru/sskubanOOO> СЗ «ССК».*

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. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

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 рекламораспространитель.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем 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.

Согласно пояснений ПАО «МегаФон», направление рекламного сообщения осуществлялось Оператором в рамках оказания услуги «МегаФон Таргет» по заказу ООО «МедиаЛайф», с которым заключен договор об оказании услуг связи №100466563 от 22.04.2022г.

В соответствии с Условиями оказания услуги «МегаФон Таргет» для Абонентов ПАО «МегаФон», являющихся индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами, при размещении РИМ среди конечных получателей из Перечня абонентских номеров/адресов электронной почты Оператора Корпоративный клиент посредством Интерфейса отправляет Оператору заявку – заказ на размещение РИМ.

ООО «МедиаЛайф» не предоставлял Оператору номера абонентов для рассылки информации, а лишь определил целевую аудиторию желаемой рассылки. При этом, в соответствии с условиями заключенного между сторонами Договора и действующим законодательством, согласия на получение соответствующей рекламы получает Оператор.

Таким образом, ПАО «МегаФон» является рекламодателем и обязано иметь надлежащим образом оформленное согласие Абонента на получение рекламы.

Согласно пояснениям ПАО «МегаФон», абонентский номер +79220443345, на который поступило СМС-сообщение, выделен Дубровину Александру Игоревичу на основании договора на оказание услуг связи №4477493 от 25.10.2012г., однако, инфокарта (договор) отсутствует в архиве ПАО «МегаФон», в связи с чем не может быть предоставлена. Предполагается, что в договоре (инфокарте) содержится условие: «Я, Абонент, подтверждаю, что я надлежащим образом ознакомлен и согласен с Условиями оказания услуг связи «МегаФон». Я, Абонент, согласен на получение рекламы при использовании услуг и использование сведений обо мне согласно п.14.14.2 Условий оказания услуг связи «МегаФон» (если не указано другое)». Напротив, указанного текста, имеется «чек-бокс» для проставления отметки «не согласен».

Вместе с тем, доказательств, подтверждающих доводы о том, что абонент дал согласие, ПАО «МегаФон» не представило, поскольку представленный образец

инфокарты, который абоненты подписывали в 2012 году, предусматривает вариативность поведения абонента - согласиться на получение рекламы или отказаться. Таким образом, ПАО «МегаФон» не представив копию заключенного договора с Дубровиным А.И., не подтвердил наличия согласия на получение рекламы.

Согласно Письму ФАС России от 11.11.2019 N ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», Федеральный закон «О рекламе» возлагает обязанность доказывания факта наличия согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламораспространителя. При этом согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было не только однозначно идентифицировать такого абонента, но и подтвердить волеизъявление данного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 N 58).

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

Основной довод ПАО «МегаФон» — это то, что абонент при заключении договора дал согласие на получение рекламы.

Форма договора предусматривает право абонента отказаться от получения рекламы, что подтверждается нахождением в договоре графы с названием «не согласен» для соответствующей отметки.

Вместе с тем, ПАО «МегаФон» не представило в адрес Тюменского УФАС России копию договора оказания услуг, заключенного с заявителем, в связи с чем не представляется возможным установить наличие/отсутствие отметок («галочек») в разделе «согласен на получение рекламы».

При этом, заявитель утверждает, что не давал согласия на получение рекламы от ПАО «МегаФон».

Таким образом, никаких объективных доказательств получения согласия от абонента Дубровина А.И. на получение рекламы ПАО «МегаФон» не представило, следовательно, рекламораспространитель не доказал наличие согласия абонента на распространение рекламы, а значит в действиях Общества усматривается нарушение требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 22.1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003г. № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон 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 пункту 16 статьи 2 Закона о Связи, пользователь услугами связи - лицо, заказывающее и (или) использующее услуги связи.

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

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

В соответствии с частью 1 статьи 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 частью 2 статьи 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.

Таким образом, учитывая особое внимание законодателя к распространению рекламы посредством сетей электросвязи и установленным правилам для возможности ее направления абонентам, следует руководствоваться более жесткими требованиями и в каждом конкретном случае учитывать именно наличие прямого согласия абонента на получение рекламы.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Следовательно, для приобретения законного права на направление абоненту рекламы лицо должно сначала получить такое согласие, а только потом осуществлять рассылку абоненту.

Вместе с тем, у ПАО «МегаФон» отсутствуют письменное согласие абонента Дубровина А.И. на получение рекламы посредством направления SMS-сообщений, таким образом, имеются признаки административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, в соответствии с которой, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

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.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем 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.

Объектом правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, являются общественные отношения в области рекламы, а также регламентированный порядок осуществления предпринимательской деятельности.

Объективную сторону состава административного правонарушения образует распространение рекламы с нарушением требований законодательства о рекламе, а именно части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, представляет существенную угрозу охраняемым общественным отношениям пренебрежительным отношением лица к исполнению своих публично-правовых обязанностей, к требованиям, предусмотренным Законом о рекламе, что посягает на установленный порядок в области распространения рекламы.

Часть 1 статьи 14.3 КоАП РФ предусматривает наступление административной ответственности вне зависимости от наличия/отсутствия отрицательных последствий распространения ненадлежащей рекламы.

Субъектом административного правонарушения по делу №072/04/14.3-47/2023

выступает – ПАО «МегаФон» (127006, г.Москва, Оружейный переулок, д.41, ОГРН: 1027809169585, ИНН: 7812014560, КПП: 770701001, дата регистрации: 17.06.1993г.).

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

Место совершения административного правонарушения – город Тюмень.

Время совершения административного правонарушения, установленное материалами дела – 13.05.2022г.

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

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.

Вина ПАО «МегаФон» состоит в том, что оно не выполнило установленных Законом о рекламе требований и не предприняло всех зависящих от него мер по их соблюдению.

Дело об административном правонарушении №072/04/14.3-47/2023 в соответствии с частью 3 статьи 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 обладающих специальными познаниями.

Состав административного правонарушения, предусмотренный частью 1 статьи 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.

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.

На рассмотрении дела представитель ПАО «МегаФон» вменяемое нарушение не признал, полагая, что абонент при заключении договора дал согласие на получение рекламы.

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

Согласно статье 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.

ПАО «МегаФон» в 2022 году уже привлекалось к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе.

Постановлением Челябинского УФАС России от 17.03.2022г. №074/04/14.3-274/2022 к ПАО «МегаФон» применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 100 000 рублей. Данный штраф оплачен 19.04.2022г.

Постановлением Пермского УФАС России от 25.04.2022г. №059/04/14.3-80/2022 к ПАО «МегаФон» применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 50 000 рублей. Штраф оплачен 24.05.2022г.

Постановлением Тывинского УФАС России от 19.04.2023г. №017/04/14.3-74/2022 к ПАО «МегаФон» применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 150 000 рублей. Штраф оплачен 18.10.2022г.

Постановлением Ростовского УФАС России от 19.04.2022г. №061/04/14.3-732/2022 к ПАО «МегаФон» применена мера ответственности в виде административного штрафа в размере 50 000 рублей. Штраф оплачен 04.07.2022г.

Рассматриваемое в настоящем деле правонарушение совершено обществом 13.05.2022 г., то есть как раз в период, когда оно считалось подвергнутым наказанию за совершение однородного правонарушения.

Поскольку общество уже совершило административное правонарушение, за которое привлечено к ответственности, рассматриваемое в настоящем деле правонарушение не является впервые совершенным обществом.

Таким образом, совершение правонарушения повторно признается обстоятельством, отягчающим административную ответственность.

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,

ПО С Т А Н О В И Л:

1. Применить к ПАО «МегаФон» (127006, г.Москва, Оружейный переулок, д.41, ОГРН: 1027809169585, ИНН: 7812014560, КПП: 770701001, дата регистрации: 17.06.1993г.), меру ответственности в виде административного штрафа в размере **150 000 (сто пятьдесят тысяч)** рублей за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.3. КоАП РФ.

2. Сумму штрафа надлежит уплатить по следующим реквизитам:

Получатель платежа: Управление Федерального казначейства по Тюменской области (Тюменское УФАС России)

Наименование банка: Отделение Тюмень Банка России/УФК по Тюменской области г. Тюмень

ЕКС (номер банковского счета): 40102810945370000060

Номер казначейского счета: 03100643000000016700

БИК: 017102101

ИНН: 7202081799

КПП: 720301001

ОКТМО: 71701000

код бюджетной классификации – 161 116 01141 01 0003 140

УИН: 16100500000001600577

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

В соответствии с пунктом 3 части 1 и частью 3 статьи 30.1 КоАП РФ, 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.

Согласно статьи 32.2 КоАП РФ, административный штраф должен быть уплачен в полном размере лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу

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.

Приложение: платежное поручение на уплату штрафа – на 1 л. в 1 экз.

Заместитель

руководителя управления Д.А. Полухин