

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о назначении административного наказания по делу № 036/04/14.3-263/2020 об административном правонарушении

«05» октября 2020 года

город Воронеж

Временно исполняющий обязанности руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Воронежской области (далее - Воронежское УФАС России) Логошин Андрей Владимирович, рассмотрев протокол и материалы дела об административном правонарушении № 036/04/14.3-263/2020, возбужденного 21.09.2020 года ведущим специалистом-экспертом отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Воронежского УФАС России Михиной Н.Н. в отношении должностного лица – <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ Публичного акционерного общества «Мегафон» <...> (далее – должностное лицо ПАО «Мегафон» <...>), в связи с нарушением требований части 1 статьи 18 Федерального Закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), указывающих на наличие события административного правонарушения в сфере предпринимательской деятельности (часть 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях), в отсутствие должностного лица ПАО «Мегафон» <...> (уведомлена надлежащим образом),

УСТАНОВИЛ:

Решением от 15.07.2020 года № 036/05/18-418/2020 (исх. № 03-16/4546) Комиссии Воронежского УФАС России реклама: «Вам звонили из компании «Массовый обзвон. Хотите получить возможность определять незнакомые номера во время звонка? Включите услугу «Знаю, кто звонит» за 2,5 руб./день. Наберите: *963# или отправьте 1 в ответ на это SMS», распространенная в 19.02.2020 в 12:52:58 (мск) посредством SMS-рассылки без предварительного согласия абонента, признана ненадлежащей поскольку в ней нарушены требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Решением от 15.07.2020 года № 036/05/18-418/2020 (исх. № 03-16/4546) установлено следующее.

В Воронежское УФАС России по электронной почте: RosSpam (noreply@ros-spam.appspotmail.com) посредством заполнения опросника поступило заявление (вх. № 01-10/144 от 21.02.2020) гражданина <...> (далее – <...>) с указанием на признаки нарушения ФЗ «О рекламе» при направлении 19.02.2020 в 12:52:58 на его абонентский номер нежелательного смс-сообщения рекламного характера: «Вам звонили из компании «Массовый обзвон. Хотите получить возможность определять незнакомые номера во время звонка? Включите услугу «Знаю, кто звонит» за 2,5 руб./день. Наберите: *963# или отправьте 1 в ответ на это SMS» (далее – рассматриваемая реклама) без согласия абонента. Направление указанного смс-сообщения от отправителя «1399» осуществлялось Оператором ПАО «Мегафон».

Гражданин указал, что указанная реклама без его согласия распространялась на принадлежащий ему номер <...>.

Согласно сведениям, полученным от ПАО «Мегафон» по запросу Воронежского УФАС России, гражданин <...> является абонентом указанного оператора связи.

Из предоставленной ПАО «Мегафон» информации также следует, что телефонный номер <...> с которого была направлена рассматриваемая смс-реклама, принадлежит указанному оператору сотовой связи (ПАО «Мегафон»).

Как указало ПАО «Мегафон» в своих пояснениях, согласие гражданина <...> на рассылку смс-рекламы было получено посредством заполнения пунктов договора

о согласии гражданина на получение смс-рекламы. Однако копия договора не может быть представлена ввиду отсутствия такового.

Вместе с тем, гражданином <...> предоставлена копия договора на оказание услуг сотовой связи, из которого следует, что согласия на получения смс-рекламы указанный гражданин не давал.

В связи с изложенным выше, ПАО «Мегафон» является рекламораспространителем рассматриваемой рекламы.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования распространение 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.

Таким образом, распространение рассматриваемой рекламы посредством смс-рассылки осуществлялось с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

16 апреля 2020 года в отношении ПАО «Мегафон» возбуждено дело по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе». Рассмотрение дела назначено на 15.05.2020 в 14 часов 00 минут.

15.05.2020 г. в ходе рассмотрения дела, Комиссия Воронежского УФАС России определила, что для всестороннего рассмотрения дела необходимо предоставить лицам, участвующим в деле возможность предоставления дополнительной информации/доказательств по рассматриваемому делу. Рассмотрение дела назначено на 10 часов 30 минут «05» июня 2020 года, срок рассмотрения дела продлен до 16.07.2020 года.

05.06.2020 г. Заявитель <...> на рассмотрение дела не явился, информация о надлежащем его извещении в материалах дела отсутствует. Рассмотрение дела назначено на 10 часов 30 минут (мск) «13» июля 2020 года.

13.07.2020 года представитель ПАО «Мегафон» пояснила следующее: «/.../ между ПАО «Мегафон» и <...> заключен договор оказания услуг связи с выделением абонентского номера. При заключении договора <...> подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану. Подписывая договор, Абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг. На указанном абонентском номере был установлен запрет на получение смс-уведомлений от Оператора, однако Абонент 17.06.2018 г. самостоятельно отключил запрет на получение смс-уведомлений от Оператора, тем самым выразил свое волеизъявление на получение смс-уведомлений от Оператора. С каким-либо заявлением, содержащим отказ от получения рекламы в адрес Оператора, Абонент не обращался. В связи с давностью заключения договора инфокарта в архиве не сохранилась и не может быть предоставлена. Кроме того, рассматриваемая информация не является рекламой».

Комиссия, ознакомившись с материалами дела № 036/05/18-418/2020, изучив представленные материалы, принимая во внимание пояснения лица, участвующего в деле, приходит к следующим выводам.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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.

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 № АЦ/4624 разъяснено, что 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.

Таким образом, информация, распространенная посредством смс-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (компания «Массовый обзвон», услуга «Знаю, кто звонит»).

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «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; электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Комиссией Воронежского УФАС России установлено, что <...> является абонентом номера <...> и в соответствии с заявлением, направленным в Воронежское УФАС России, своего согласия на получение рассматриваемой рекламы не давал.

Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя (пункт 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Согласно представленному <...> договору об оказании Услуг от 01.05.2018,

заключенному между ПАО «Мегафон» и <...>, указанный гражданин подтвердил, что ознакомлен и согласен с Условиями оказания Услуг связи ПАО «Мегафон», условиями выбранного тарифного плана.

Вместе с тем, как следует из указанного Договора, <...> отказался (не согласился) в том числе от получения рекламы при использовании Услуг.

При этом, отключение <...> от запрета на получение смс-уведомлений от Оператора, не может свидетельствовать о надлежащем согласии <...> на получение рассматриваемой смс-рекламы.

Таким образом, при таких обстоятельствах, Комиссия Воронежского УФАС России приходит к выводу о том, что ПАО «Мегафон» не было получено надлежащее согласие <...> на получение рассматриваемой смс-рекламы. Доказательств обратного ПАО «Мегафон» в ходе рассмотрения дела не представлено.

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

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

С учетом имеющихся в материалах рассматриваемого дела доказательств, Комиссией Воронежского УФАС России установлено, что в рассматриваемом случае рекламодателем спорной рекламы является ПАО «Мегафон», что также не оспаривается данным Обществом.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, нарушение 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 в размере от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Согласно статье 2.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, под должностным лицом следует понимать лицо, постоянно, временно или в соответствии со специальными полномочиями осуществляющее функции представителя власти, то есть наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся в служебной зависимости от него, а равно лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных организациях/.../.

Согласно информации, предоставленной ПАО «Мегафон» на момент распространения ненадлежащей рекламы (19.02.2020) ответственным за рассылку смс-сообщений с соблюдением требований ФЗ «О рекламе» являлся <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ ПАО «Мегафон» <...>.

Из вышеизложенного следует, что, действия должностного лица – <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ ПАО «Мегафон» <...> по ненадлежащему контролю за рекламой, распространяемой ПАО «Мегафон» содержат состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, а именно нарушение рекламодателем законодательства РФ о рекламе.

Тем самым, должностное лицо - <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ ПАО «Мегафон» <...> совершила административное правонарушение, связанное с ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей, а именно осуществила ненадлежащий контроль за распространением вышеуказанной ненадлежащей рекламы.

Ответственность за указанное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Таким образом, <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ ПАО «Мегафон» <...> являясь должностным лицом указанного Общества, совершила административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Место совершения административного правонарушения: г. Воронеж.

Время совершения административного правонарушения: 19.02.2020 в 12:52:58 (мск) (дата и время получения Заявителем нежелательного смс-сообщения).

21.09.2020 г. в отношении <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ ПАО «Мегафон» <...> составлен протокол № 036/04/14.3-263/2020 об административном правонарушении. Определением от 21.09.2020г. «о назначении времени и места рассмотрения дела № 036/04/14.3-263/2020 об административном правонарушении» дело назначено к рассмотрению на «05» октября 2020 года в 10 часов 30 минут (мск).

При вынесении постановления учитываются все обстоятельства дела.

<...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ ПАО «Мегафон» <...> имела возможность для соблюдения законодательства РФ о рекламе, поскольку «05» октября 2020 года в ходе рассмотрения настоящего дела не установлены факты, а в материалах административного дела отсутствуют доказательства, свидетельствующие о том, что указанным должностным лицом были приняты все зависящие от него меры, направленные на недопущение совершения вменяемого административного правонарушения.

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

В соответствии с реестром субъектов малого и среднего предпринимательства, размещенного на сайте <https://rmsp.nalog.ru/>, ПАО «Мегафон», должностным лицом которого является <...> не является малым или средним предприятием.

С учетом изложенного административное наказание в отношении должностного лица ПАО «Мегафон» <...> в виде административного штрафа, не подлежит замене на предупреждение.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 4.3 КоАП РФ, обстоятельствами,

отягчающими административную ответственность, признаются повторное совершение однородного административного правонарушения, то есть совершение административного правонарушения в период, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию в соответствии со статьей 4.6 указанного Кодекса за совершение однородного административного правонарушения.

В соответствии со статьей 4.6 КоАП РФ, лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления.

В соответствии с имеющейся у Воронежского УФАС России информацией, <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ ПАО «Мегафон» <...> привлекалась к административной ответственности по ч. 1 ст. 14.3 КоАП РФ, а именно 25.08.2020 года Воронежским УФАС России с назначением наказания в виде административного штрафа на сумму 4 000 (четыре тысячи) рублей.

Указанный факт является обстоятельством, отягчающим административную ответственность.

На основании изложенного, руководствуясь частью 1 статьи 18, частью 7 статьи 38 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», статьями 4.1, 4.1.1., 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ Публичного акционерного общества «Мегафон» <...> виновной в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.
2. Применить к <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ Публичного акционерного общества «Мегафон» <...> меру ответственности в виде административного штрафа за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе в размере 5 000 (пять тысяч) рублей.
3. Направить копию настоящего постановления <...> по поддержке внутренних процессов и партнерских программ Публичного акционерного общества «Мегафон» <...> для исполнения.

Согласно ч. 1 ст. 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 настоящего Кодекса.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушения законодательства РФ о рекламе, зачисляются в Федеральный бюджет по следующим реквизитам:

Банк получателя: Отделение Воронеж г. Воронеж

БИК – 042007001

Р/с – 40101810500000010004

ИНН – 3664022568

КПП – 366601001

ОКАТО – 204 01 000 000

КБК – 16111601141010003140

ОКТМО – 20701000

УИН – 16100500000000699189

Получатель: УФК по Воронежской области (Воронежское УФАС России).

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 30.1 и ч. 1 ст. 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.