

## ПОСТАНОВЛЕНИЕ

о наложении штрафа по делу № 04-5/2-2-2019

об административном правонарушении

«8» февраля 2019 года

г. Тверь

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) Посохова Л.В., рассмотрев протокол об административном правонарушении от 25.01.2019, составленный в отношении юридического лица Публичного акционерного общества «МЕГАФОН» (127006, г. Москва, Оружейный переулок, д. 41, ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, КПП 770701001, дата регистрации – 15.07.2002, далее – ПАО «МЕГАФОН») события административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), в отсутствие законного представителя ПАО «МегаФон», надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела, в присутствии представителя ПАО «МЕГАФОН» ХХХ (по доверенности от 10.12.2018 № 5-432/18), и материалы дела № 04-6/2-33-2018 о нарушении законодательства о рекламе,

### УСТАНОВИЛ:

Тверское УФАС России по заявлению Р. рассмотрело дело № 04-6/2-33-2018 о нарушении законодательства о рекламе и признало рекламу, распространенную 11.07.2018 в 16:59 и 19.07.2018 в 18:26 на выделенный Р. телефонный номер <...> посредством смс-сообщений без предварительного его согласия, ненадлежащей; действия ПАО «МегаФон» - нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

11.07.2018 и 19.07.2018 на выделенный Р. телефонный номер <...> 9206872376 без его предварительного согласия посредством смс-сообщений поступила информация следующего содержания:

- 1) «Смотрите на карте, где находится ребенок, и блокируйте опасные сайты за 5 руб. в день. Создайте профиль ребенка на сайте «Родительского контроля»: <http://i.megafon.ru/uhsy6z18s> Подробности: [i.megafon.ru/cau7893gbt](http://i.megafon.ru/cau7893gbt)» (смс-сообщение поступило 11.07.2018 в 16:59);
- 2) «Слушай любимую музыку в ВКонтakte и не плати за трафик! Подключай «BOOM с МегаФоном» и пользуйся 30 дней бесплатно: <http://i.megafon.ru/sln433rmz9>» (смс-сообщение поступило 19.07.2018 в 18:26).

В соответствии со статьей 1 Закона о рекламе целями настоящего Закона 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, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

В соответствии со статьей 3 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; объектом рекламирования признаются 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; товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

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.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой, и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Указанная выше информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона о рекламе, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством подвижной радиотелефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае являются предлагаемые ПАО «МЕГАФОН» услуги «Родительский контроль» и «МЕГАФОН Музыка».

Согласно части 1 статьи 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 1 статьи 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.** 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, обязанность доказать наличие согласия на получение рекламы возложена на рекламораспространителя.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «Согласно части 1 статьи 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. При этом необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем согласие абонента на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы».

Согласно позиции ФАС России, являющейся уполномоченным органом по разъяснению законодательства о рекламе, и изложенной в письме от 13.06.2013 № АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе смс-сообщений оператора связи», не должна относиться к рекламе информация, распространяемая посредством смс-сообщений, 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.

Вместе с тем, распространяемая посредством смс-сообщений информация о дополнительных услугах, предлагаемых операторами сотовой связи абонентам, с которыми у них заключен договор на оказание услуг, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования.

Так, относится к рекламе следующая информация:

- предложение приобрести за дополнительную плату мобильный контент (фото-, видеоизображения, мелодии для рингтонов или гудков, подписка на новости, прогноз погоды и т.п.);
- предложение подключить за дополнительную плату услугу, связанную с предоставлением «базовых» услуг (например, «Автоответчик», «Голосовая почта», «Черный список», «Автоплатеж»);
- предложение перейти на другой тарифный план;
- предложение обратиться на мобильный сервис (портал), в том числе подключение или использование которого не требует внесения разовой или абонентской платы, если посредством данного сервиса (портала) абоненту за дополнительную плату может быть предоставлен мобильный контент или дополнительные услуги.

Телефонный номер <...> 9206872376, выделенный Р., входит в ресурс нумерации оператора связи ПАО «МЕГАФОН».

Смс-реклама об услугах «Родительский контроль» и «МЕГАФОН Музыка» к базовым услугам, предоставляемым оператором связи ПАО «МЕГАФОН», не относится и является

рекламой.

25.12.2017 Р. подключил услугу «Отказ от предложений оператора в SMS, MMS, E-mail». В связи с отказом абонента от получения рекламы, отправка смс-сообщений 11.07.2018 и 19.07.2018 совершена без его предварительного согласия.

Согласно информации ПАО «МЕГАФОН» (письмо от 05.09.2018 № 5/1-18-06-исх-131) услуги связи Р. оказываются на основании заключенного с ПАО «МЕГАФОН» договора об оказании услуг связи № 120614 от 29.05.2010. В рамках продвижения услуги Викторина «Родительский контроль» и «МЕГАФОН» Музыка» ПАО «МЕГАФОН» была произведена рассылка вышеуказанных смс-сообщений. При этом ПАО «МЕГАФОН» подтвердило, что 25.12.2017 абоненту с номером +79206872376 был установлен запрет на получение рекламы при использовании услуг связи.

Действия ПАО «МегаФон» по распространению 11.07.2018 в 16:59 и 19.07.2018 в 18:26 на выделенный Р. номер <...> 9206872376 без предварительного его согласия смс-рекламы с предложением подключить дополнительные услуги «Родительский контроль» и «МЕГАФОН» Музыка», совершены с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

Нарушение рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой административную ответственность в соответствии со статьей 14.3 КоАП РФ.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 статьи 14.3, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 КоАП РФ, 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 действиях ПАО «МЕГАФОН» имеется событие административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Дата совершения административного правонарушения – 11.07.2018 и 19.07.2018.

Место совершения административного правонарушения: г. Тверь.

В соответствии с частями 1 и 2 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В соответствии с частью 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 КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

При рассмотрении дела учитываются положения пункта 16.1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, согласно которому при рассмотрении дел об административных правонарушениях следует учитывать, что понятие вины юридических лиц раскрывается в части 2 статьи 2.1 КоАП РФ, при этом в

отличие от физических лиц в отношении юридических лиц КоАП РФ формы вины не выделяет. Следовательно, и в тех случаях, когда в соответствующих статьях Особенной части КоАП РФ возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но им не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (часть 2 статьи 2.1 КоАП РФ).

В соответствии со статьей 24.1 АП РФ задачами производства по делу об административных правонарушениях является всестороннее, полное и объективное выяснение обстоятельств дела, разрешению его в соответствии с законом.

Согласно части 1 статьи 3.1 КоАП РФ административное наказание является установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами.

Административное правонарушение совершено ПАО «МЕГАФОН» виновно, так как общество обязано было обеспечить соблюдение требований, предусмотренных Законом о рекламе, имело такую возможность, но не обеспечило соблюдение вышеуказанных требований, в результате чего нарушены права потребителя на надлежащую рекламу. Требования статьи 18 Закона о рекламе абсолютны и легко исполнимы, их исполнение не сопряжено с какими-либо сложностями технического или иного характера.

В соответствии со статьей 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за нарушения законодательства о рекламе составляет 1 год; на момент вынесения настоящего постановления срок давности не истек.

При решении вопроса о возможности применения положений статьи 2.9 КоАП РФ учитывается следующее. В соответствии со статьей 2.9 КоАП РФ малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, с учетом характера, степени общественной опасности, наличия или угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Квалификация правонарушения как малозначительного может иметь место только в исключительных случаях и производится с учетом положений пункта 21 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 и пункта 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 применительно к обстоятельствам конкретного совершенного лицом деяния. Каких-либо чрезвычайных и не зависящих от ПАО «МЕГАФОН» обстоятельств, которые препятствовали последнему исполнить требования Закона о рекламе, не установлено. Заявитель полагает свои права нарушенными вследствие неисполнения ПАО «МЕГАФОН» обязательств.

В соответствии с частью 3.2 статьи 4.1 КоАП РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей, в случае, если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее ста тысяч рублей.

В соответствии с частью 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания в соответствии с [частью 3.2](#) КоАП РФ размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей.

При рассмотрении настоящего дела учтен характер совершенного административного правонарушения, отсутствие обстоятельств, отягчающих административную ответственность ходатайство представителя ПАО «МЕГАФОН» о применении положений частей 3.2 и 3.3 статьи 4.1 КоАП РФ и с учетом вышеизложенного размер штрафа подлежит определению в размере половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Руководствуясь ст. 33 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», частью 1 статьи 14.3, частями 3.2 и 3.3 статьи 4.1, статьями 23.48, 29.9, 29.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

#### **ПОСТАНОВИЛ:**

1. Признать юридическое лицо Публичное акционерное общество «МЕГАФОН» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, КПП 770701001) виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

2. Наложить на Публичное акционерное общество «МЕГАФОН» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, КПП 770701001) административный штраф в размере 50 000 (пятьдесят тысяч) рублей.

#### **Реквизиты для перечисления штрафа: XXX**

*Согласно части 1 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, **не позднее 60 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.*

*При отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, **по истечении 60 дней** Управлением Федеральной антимонопольной службы по Тверской области будут направлены соответствующие материалы судебному приставу-исполнителю для взыскания сумм штрафа в порядке, предусмотренном федеральным законодательством (пункт 5 статьи 32.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях). Кроме того, Управление вправе принять решение о привлечении лица, не уплатившего административный штраф, к административной ответственности в соответствии со статьей 20.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.*

Постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в соответствии со статьями 30.1 - 30.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в вышестоящий орган, вышестоящему должностному лицу либо в суд в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

