

Комиссия Забайкальского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии – руководитель управления < >;

члены Комиссии:

< >, начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы;

< >, главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы;

рассмотрев дело № 23 по признакам нарушения ПАО «МегаФон» части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), после перерыва объявленного 16 февраля 2017 года,

УСТАНОВИЛА:

В Забайкальское УФАС России поступило заявление от абонента ПАО «МегаФон» о распространении смс-рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента на получение рекламы, а именно:

- 14.07.2016, в 16 часов 14 минут поступило SMS-сообщение следующего содержания: «Свежий номер люблю готовить и безлимитный доступ к другим журналам всего за 12 р».

-26.08.2016, в 11 часов 13 минут поступило SMS-сообщение следующего содержания: «Жмите ок и читайте тысячи книг в телефоне! 9 р\д».

-25.11.2016, в 15 часов 15 минут поступило SMS-сообщение следующего содержания: «Популярные журналы в твоём телефоне! 12р\д ОК».

Указанные сообщения поступили с телефонного номера «MegaFonPRO».

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе, реклама - это информация, распространяемая 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.

Пункт 2 статьи 3 Закона о рекламе определяет объект рекламирования как товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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.

Согласно письму Федеральной антимонопольной службы от 13 июня 2013 г. № АК/22976/13 «Об отнесении к рекламе СМС-сообщений оператора связи» распространяемая посредством СМС-сообщений информация о дополнительных услугах, предлагаемых операторами сотовой связи абонентам, с которыми у них заключён договор на оказание услуг, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования. Так, должна относиться 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", "Чёрный список", "Автоплатёж"),

- 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.

Указанная выше информация, направленная посредством сообщения, соответствует понятию рекламы, закрепленному в действующем законодательстве, поскольку адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования и способствует продвижению товара на рынке.

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

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.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе за нарушение требований, установленных статьёй 18 Закона о рекламе, несет ответственность рекламораспространитель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространитель – это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В данном случае рекламораспространителем является – ПАО «МегаФон».

Таким образом, действия ПАО «МегаФон» по направлению SMS-рекламы на абонентские номера < > и < > содержат признаки нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

16 февраля 2017 года, состоялось рассмотрение дела № 23 в присутствии представителя ПАО «МегаФон», был объявлен перерыв до 10 часов 00 минут 22 февраля 2017 года.

Комиссия Забайкальского УФАС России, рассмотрев обстоятельства дела, выслушав доводы представителя ПАО «Мегафон», исследовав имеющиеся в материалах дела документы и доказательства, установила следующее.

Номер «MegaFonPRO» относится к оператору связи ПАО «Мегафон».

Из пояснений, представленных ПАО «Мегафон» (далее по тексту Оператор) следует, что направление рекламных сообщений осуществлялось Оператором в рамках заключенного с заявителем договора об оказании услуг радиотелефонной связи № < > от 13.12.2006 и договора об оказании услуг радиотелефонной связи № < > от 13.12.2006.

Неотъемлемыми частями договора являются инфокарта, условия оказания услуг связи «МегаФон» и тарифный план, выбранный абонентом

Согласно данным информационно - биллинговой системы ПАО «МегаФон» Абонентом были самостоятельно подключены тарифные планы:

20.06.2016 - «Все включено S»;

29.02.2016 - «Все включено M».

Услуга «Калейдоскоп» включена в указанные выше тарифные планы подключенные заявителем 29.02.2015 и 20.06.2016 и реализуется через ежедневное информирование Абонента через короткие сообщения разной тематики, в т.ч. рекламной. Указанные сообщения отражаются на экране в течении 20-40 секунд.

Доказательств обращения заявителя об отказе в получении услуги «Калейдоскоп» ни к оператору, ни к его официальным представителям в материалы дела не представлено.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, распространение рекламы по сетям электросвязи 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 разъяснениям Пленума Высшего арбитражного суда РФ, выраженных в Постановлении от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», 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 рекламораспространителя. Таким образом, согласие на получение рекламы может быть выражено абонентом и путем совершения конклюдентных действий, в том числе путем направления USSD-запроса, что позволяет идентифицировать абонента по его абонентскому номеру, а также определяет конкретного рекламораспространителя - оператора связи.

В связи с тем, что в материалы дела были представлены документы, подтверждающие, что абонент выразил свое согласие на получение услуги «Калейдоскоп», подключив тарифные планы «Все включено S» и «Все включено M», признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» в действиях ПАО «Мегафон» отсутствуют.

Руководствуясь абзацем «а» пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, утвержденных Постановлением правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Прекратить рассмотрение дела № 23, в связи с не подтверждением в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения ПАО «МегаФон» требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

Председатель Комиссии