

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о возбуждении дела № 055/05/18-595/2024 и назначении дела к рассмотрению

18 июня 2024 года

г. Омск

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе <...> – заместитель руководителя Омского УФАС России, рассмотрев материалы, свидетельствующие о признаках нарушения публичным акционерным обществом «Мегафон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585, далее – ПАО «Мегафон») требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России обратился гражданин <...> по факту поступления 11.04.2024 в 14:38 час. на принадлежащий ему абонентский номер <...> от абонента, имеющего обозначение «**ClubMed**», смс-сообщения рекламного характера: «*Азия по-европейски с ClubMed, где все включено: - 15% до 30.04 <...>*».

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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 - это 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;

товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Вышеуказанная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку распространена по сетям электросвязи и направлена на привлечение внимания к туристическим услугам.

По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена без его предварительного согласия на получение рекламы.

На запрос Омского УФАС России ПАО «Мегафон» представлена информация, согласно которой «...*В соответствии с п. 1 ст. 44 ФЗ «О связи» на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора об оказании услуг связи, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.*

Неотъемлемыми частями Договора являются инфокарта, Условия оказания услуг связи МегаФон (далее - «Условия») и тарифный план, выбранный Абонентом.

*При заключении Договора абонент, которому был выделен абонентский номер <...>, **своей собственноручной подписью подтвердил**, что надлежащим образом ознакомлен и согласен с Условиями, тарифным планом и правилами тарификации и расчетов по выбранному тарифному плану, являющимися неотъемлемыми частями Договора, а также зоной обслуживания сети Оператора, согласен на получение рекламы при использовании услуг.*

В соответствии с п. 14.14.2 Условий, подписывая договор, Абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг.

В соответствии с п. 14.16 Условий Абонент имеет право выразить свой отказ от возможности получения рекламы, распространяемой по сети связи Оператора, следующими способами:

- путем предоставления Оператору соответствующего письменного уведомления;
- путем проставления отметки в специальной графе «не согласен» в информационной карте;
- путем совершения определенных Оператором конклюдентных действий с использованием Идентификаторов, которые позволяют однозначно идентифицировать Абонента и установить его волеизъявление при наличии технической возможности Оператора.

Абонентский <...> действительно выделен физическому лицу <...> на основании договора на оказание услуг связи <...>.

Однако **инфокарта данного договора в архиве не сохранилась и не может быть предоставлена**. Вместе с тем, факт заключения и исполнения договора между Оператором и заявителем подтверждается оказанием услуг Оператором и их использованием, и оплатой Заявителем в течение длительного времени и сторонами не оспаривается.

Вместе с тем, согласно информационно-биллинговой системе (далее - ИБС) Оператора, сертифицированной в соответствии с требованиями ст. 41 ФЗ «О связи», в разделе договора о выражении согласия с его условиями, абонентом не выражен отказ на получение рекламы при использовании услуг и сведений об абоненте, запреты не установлены...

...На момент направления рассматриваемого СМС-сообщения (11.04.2024 в 14:38) Абонент, использующий абонентский номер <...>, с какими-либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес Оператора не обращался, каких-либо действий, позволяющих Оператору установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал.

Направление рекламного сообщения осуществлялось Оператором в рамках оказания услуги «МегаФон.Таргет» по заказу ООО «КАВА» <...>. Условия оказания услуги «МегаФон.Таргет» опубликованы на официальном сайте оператора www.megafon.ru.

Рассылка была произведена среди абонентов ПАО «МегаФон», предоставивших оператору согласие на получение рекламы, в т. ч. третьих лиц.

Поскольку абонент, использующий абонентский номер <...>, абонентом не был выражен отказ на получение рекламы при использовании услуг, указанное в запросе смс-сообщение было направлено с его согласия.

Сообщаем, что отдельной от договора формы согласия на получение рекламных материалов не предусмотрено. Выгруженный из ИБС Оператора бланк договора (инфокарты), включая блок о согласии с условиями договора, прилагался к настоящим пояснениям...».

Одновременно в адрес Омского УФАС России представлен типовой бланк договора об оказании услуг (инфокарта) № <...>, заключенного между <...> и ПАО «Мегафон» (далее – Договор).

В ходе анализа указанной в Договоре информации установлено, что в разделе «Согласие с условиями Договора» абонентом номера <...> не был выражен отказ «на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений обо мне согласно пункту 14.14.2 Условий».

Вместе с тем, указанный бланк Договора не содержит собственноручную подпись <...>.

Довод ПАО «Мегафон» относительно того, что «согласно информационно-биллинговой системе Оператора в разделе договора о выражении согласия с его условиями, абонентом не выражен отказ на получение рекламы при использовании услуг и сведений об абоненте, запреты не установлены» не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия заявителя на получение рекламы от ПАО «Мегафон» или иных лиц, поскольку сведения в указанную систему вносятся сотрудниками ПАО «Мегафон» (иными лицами).

В части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» установлено, что 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 именно **на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.**

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» указано, что согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Буквальное толкование указанного положения позволяет сделать вывод о том, что на распространение рекламы должно быть получено согласие абонента, а обязанность доказывания наличия такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Учитывая, что согласие заявителя <...> на получение рекламы от ПАО «Мегафон» (третьих лиц) в адрес Омского УФАС России не представлено, следовательно, в действиях ПАО «Мегафон» усматриваются признаки нарушения требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая** реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из определения, данного в пункте 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ПАО «Мегафон» является рекламораспространителем.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 2, 13, 24,25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № 055/05/18-595/2024 по признакам нарушения

требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать лицами, участвующими в деле:

- заявитель – <...>;

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ПАО «Мегафон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585).

3. Назначить дело № 055/05/18-595/2024 к рассмотрению **на 16 июля 2024 года в 15:00 часов** по адресу: 644010, г. Омск, пр. К. Маркса, д. 12 А, к. 102.

4. ПАО «Мегафон» в срок **до 11 июля 2024 года** представить в адрес Омского УФАС России письменный отзыв на настоящее определение.

Рассмотрение дела может осуществляться дистанционно.

Ссылки на предоставление возможности участия в рассмотрении дела об административном правонарушении путем видеоконференцсвязи (далее – ВКС): <https://fas3.tconf.rt.ru/c/2221844745>.

С инструкцией для участников ВКС можно ознакомиться по ссылке: https://fas.gov.ru/in_ca.pdf.

Председатель Комиссии <...>