

УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

ПО ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ

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

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ №072/05/18-465/2022

16.11.2022 г. г. Тюмень

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: <...> - заместитель руководителя управления;

<...> - заместитель начальника отдела КСЗ;

Члены Комиссии:

<...> - главный специалист-эксперт отдела КСЗ,

рассмотрев дело № 072/05/18-465/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, в отсутствие:

- заявителя – <...>, уведомленного надлежащим образом (почтовое уведомление №80081177921868),

- лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе - ООО «МедиаЛайф», уведомленного надлежащим образом (почтовое уведомление №80081177921882),

в присутствии представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе, ПАО «МегаФон» - <...> (доверенность №7-19/22 от 06.04.2022г.),

УСТАНОВИЛА:

В Тюменское УФАС России из Краснодарского УФАС России поступило заявление <...> (вх. № 4252/22 от 06.07.2022 г.).

Из заявления следует, что на абонентский номер +<...>, зарегистрированный за заявителем, 13.05.2022г. в 14:35, от абонента MEDIALAIF, поступило SMS-сообщение следующего содержания: «Квартира в Краснодаре от 2,6 млн. руб. строительная компания ССК. +79282580800 <http://m-adv.ru/sskuban> ООО СЗ «ССК».

Как указывает заявитель, согласия на SMS-рассылку рекламного характера он не давал.

Определением от 05.09.2022 г. возбуждено дело № 072/05/18-465/2022 по признакам нарушения требований ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

Определением от 05.10.2022г. № 072/05/18-465/2022 рассмотрение дела было отложено в связи с необходимостью получения антимонопольным органом дополнительных доказательств.

Рассмотрев материалы дела и пояснения, представленные лицами, в действиях, которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, Комиссия пришла к следующим выводам.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон 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 и поддержания интереса к нему и его продвижение на рынке; объект рекламирования – 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 – 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.

Независимо от формы или используемого средства распространения реклама должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств непосредственно в момент ее представления именно как реклама. Таким образом, признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Таким образом, рассматриваемая информация является рекламой, где объектом рекламирования является строительная компания ССК и предлагаемая данной компанией к продаже квартира в Краснодаре, а следовательно, на которую распространяются требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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 №<...> от 22.04.2022г.

ООО «МедиаЛайф» представило письменные пояснения, из которых следует, что смс-рассылка от ООО «МедиаЛайф» осуществлялась ПАО «МегаФон» на основании договора об оказании услуг связи №<...> от 22.04.2022. 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» должен размещать рассылку только среди Абонентов, которые выразили свое согласие на получение рекламы.

По информации ПАО «МегаФон» абонентский номер +<...>, на который поступило СМС-сообщение, выделен <...> на основании договора на оказание услуг связи №<...> 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».

Комиссия Тюменского УФАС России отмечает, что 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.

ООО «Медиалайф» и ПАО «МегаФон» являются рекламодателем, вместе с тем, именно ПАО «МегаФон» приняло на себя обязательство размещать рассылку только среди Абонентов, которые выразили свое согласие на получение рекламы, в то время как ООО «Медиалайф» не были известны абоненты, на номера которых будут направлены смс-сообщения.

В силу части 1 статьи 18 Закона о рекламе, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Абонент, согласно статье 2 Федерального закона «О связи», это пользователь услуг связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального закона «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи 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, не докажет, что такое согласие было получено.

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 <...> 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.

Согласно части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель.

Согласно пункту 7 статьи 3 Закона о рекламе, **рекламораспространитель** – 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, а именно: ПАО «МегаФон».

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Решая вопрос о выдаче предписания стороне по делу, Комиссия исходит из следующего.

Согласно представленному на рассмотрение дела, письменному пояснению ПАО «МегаФон» (вх.№8955-ЭП/22 от 15.11.2022г.) 23.06.2022г. по абонентскому номеру + <...> подключены отказы от рекламы как от оператора связи, так и от предложений партнеров.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу об отсутствии необходимости в выдаче предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Квартира в Краснодаре от 2,6 млн. руб. строительная компания ССК. +79282580800 <http://m-adv.ru/sskuban> ООО СЗ «ССК», распространенную 13.05.2022г. в 14:35, от абонента MEDIALAIF, посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушений требований законодательства Российской Федерации о рекламе не выдавать в связи с отсутствием оснований для его выдачи.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме _____ года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель комиссии <...>

<...>

Члены комиссии

<...>