

Определение о возбуждении дела

№ 042/05/18-203/2024 и назначении дела к рассмотрению

Генеральному директору

ПАО «Мегафон»

<...>

127006, г. Москва,

Оружейный пер., 41

info@megafon.ru

Заявителю электронно

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ВОЗБУЖДЕНИИ ДЕЛА № 042/05/18-203/2024 И НАЗНАЧЕНИИ ДЕЛА
К РАССМОТРЕНИЮ

«16» февраля 2024г. г. Кемерово

Заместитель председателя Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе <...>, заместитель руководителя управления, рассмотрев материалы о распространении публичным акционерным обществом «Мегафон» (юридический адрес: 127006, город Москва, Оружейный переулок, дом

41, ОГРН: 1027809169585, дата присвоения ОГРН: 15.07.2002, ИНН: 7812014560, КПП: 770701001, далее ПАО «Мегафон») рекламы посредством смс-сообщения, содержащей признаки нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Кемеровского УФАС России от физического лица (далее - Заявитель) поступило обращение от 19.01.2024 (вх. от 19.01.2024 № 521-ЭП/24) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении информации рекламного характера от «maria-ra» посредством смс-сообщения без согласия заявителя на:

абонентский номер <...> следующего содержания:

10.01.2024 18:25 «-25% «топленое молочко» 469,9 руб. по 23.01.2024 Maria-ra.ru».

Из обращения следует, что Заявитель не давал свой номер телефона maria-ra и не давал согласие присылать ему рекламные смс.

Также Заявителем представлен договор об оказании Услуг № GF0232679352 от 26.04.2022, заключенный с ПАО «Мегафон» по абонентскому номеру <...>, из которого следует, что Абонент, согласен (если не указано другое) на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений о нем согласно пункту 14.14.2 Условий оказания услуг связи ПАО «Мегафон» (далее - Условия) поставил галочку НЕ СОГЛАСЕН, а также Абонент согласен на передачу и поручение третьим лицам обработки данных клиента согласно пункту 14.14.3 Условий поставил галочку НЕ СОГЛАСЕН.

Из пункта 14.14.2 Условий следует, что получение рекламы при использовании Услуг, а также использование сведений об Абоненте (за исключением сведений, составляющих тайну связи), включая обработку персональных данных в соответствии с настоящими Условиями, в целях продвижения товаров, работ, услуг Оператора и третьих лиц, в том числе путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи.

Из пункта 14.14.3 Условий следует, что поручение Оператором на основании договора третьим лицам обработки и передачу Оператором таким третьим лицам как полностью, так и части персональных данных, в том числе составляющих сведения об Абоненте (за исключением сведений, составляющих тайну связи), в целях исполнения или в связи с исполнением Договора (в том числе для целей хранения Договоров об оказании услуг связи), в целях, предусмотренных п. 14.14.2 настоящих Условий, в целях исполнения Оператором обязательств или исполнения перед Оператором третьими лицами обязательств по договорам, направленным на улучшение услуг связи, исполнение Оператором возложенных на него нормативными правовыми актами обязанностей (в том числе в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма), предотвращение и противодействие мошенничеству, нежелательным вызовам и распространению вредоносного

программного обеспечения, связанного с использованием услуг связи, оказание информационно-статистических услуг, а также информирования о задолженности, в том числе после расторжения договора.

В целях рассмотрения данного обращения Кемеровским УФАС России был направлен запрос в адрес ПАО «МегаФон» со сроком предоставления информации не позднее 05.02.2024 (исх. от 19.01.2024 № ТМ/442/24), а также в адрес Заявителя со сроком предоставления информации не позднее 05.02.2024 (исх. от 02.02.2024 № ТМ/918/24).

05.02.2024 в адрес Кемеровского УФАС России поступил от Заявителя ответ (исх. от 05.02.2024 б/н, вх. № 1189-ЭП/24) на запрос (исх. от 02.02.2024 № ТМ/918/24), в котором представлен скриншот переписки с компанией «maria-ra» по электронной почте ura@maria-ra.ru, из которой следует, что 05.11.2022 Заявитель обращался в компанию «maria-ra» по электронной почте ura@maria-ra.ru с текстом следующего содержания: «На мой номер телефона <...> приходят рекламные смс. На каком основании Вы мне их присылаете? Я вас об этом не просил. Будьте добры удалите мой номер телефона из своей базы данных и больше никогда не присылайте мне смс. В противном случае буду вынужден обратиться в прокуратуру с жалобой на вас.», а 06.11.2022 Служба Клиентского Сервиса компании «Мария-Ра» ответила следующее: «Благодарим за обращение. Приносим извинения за причиненные неприятности. Мы передадим еще раз Ваш номер сотовому оператору для исключения из смс-рассылки.».

06.02.2024 в адрес Кемеровского УФАС России от ПАО «МегаФон» поступили следующие сведения (исх. от 05.02.2024 № 5/7-LASB-Исх-00331/24, вх. № 1236-ЭП/24):

-ходатайство о продлении срока предоставления информации по запросу (исх. от 19.01.2024 № ТМ/442/24) до 09.02.2024, Кемеровским УФАС России данное ходатайство было удовлетворено;

-ответ, из которого следует, что абонентский номер <...> выделен

Заявителю на основании договора на оказание услуг связи № GF0232679352, который действует с 26.04.2022 по настоящее время (договор имеется в материалах).

Из представленного договора об оказании услуг связи № GF0232679352 от 26.04.2022, заключенного между Заявителем и ПАО «МегаФон» следует:

Абонент, согласен (если не указано другое) на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений о нем согласно пункту 14.14.2 Условий не поставил галочку НЕ СОГЛАСЕН.

Абонент согласен на передачу и поручение третьим лицам обработки данных клиента согласно пункту 14.14.3 Условий не поставил галочку НЕ СОГЛАСЕН.

Также ПАО «МегаФон» представлена детализация оказанных услуг по вышеуказанному абонентскому номеру Заявителя, согласно которой подтверждено наличие поступившего смс-сообщения от «maria-ra» за указанную в обращении дату.

09.02.2024 в адрес Кемеровского УФАС России поступили от ПАО «МегаФон»

письменные пояснения (исх. от 09.02.2024 № 5/7-LASB-Исх-00400/24, вх. № 1464-ЭП/24, № 1466-ЭП/24), согласно которым отправка указанного в запросе SMS-сообщения осуществлена абонентом ПАО «МегаФон» - ООО «Розница К-1», абонентский номер <...>; ИНН 2225074005; ОГРН 2225074005; адрес: 656049, Алтайский край, г. Барнаул, ул. Мерзликина, д. 5, имеющим буквенное обозначение «maria-ra». В рамках договора об оказании услуг связи, заключенного между ПАО «МегаФон» и ООО «Розница К-1» на абонентский номер <...> подключена услуга «МегаФон.Таргет» для абонентов ПАО «МегаФон», являющихся индивидуальными предпринимателями или юридическими лицами (Заявление на подключение услуги «МегаФон.Таргет» имеется в материалах).

ПАО «МегаФон» пояснило, что согласно Условий оказания услуги «МегаФон.Таргет» лицом, определяющим содержание Рим и несущим ответственность за его содержание, является Корпоративный клиент (ООО «Розница К-1»).

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 пунктом 14.14.2 Условий, подписывая договоры, Абонент соглашается на весь срок его действия на получение рекламы при использовании услуг.

В соответствии с пунктом 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.

До настоящего времени абонент, использующий абонентский номер <...>, с какими-либо заявлениями, содержащими отказ от получения рекламы, в адрес ПАО «МегаФон» не обращался, каких-либо действий, позволяющих ПАО «МегаФон» установить его волеизъявление на отказ от получения рекламы, не совершал.

Используемая ПАО «МегаФон» форма получения согласия абонента на получение рекламы была предметом оценки при рассмотрении дел судами различных инстанций и признана надлежащей (Определение Верховного Суда РФ № 309-КГ17-22298 от 12.02.2018 по делу № А60-63378/2016). При этом согласие, выраженное абонентом при заключении договора, является согласием как на получение рекламы услуг ПАО «МегаФон», так и рекламы товаров, работ, услуг третьих лиц (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 02.03.2022 по делу №

А40-91396/2021, Определение Верховного Суда РФ № 305-ЭС22-10148 от 30.05.2022).

Также ПАО «МегаФон» сообщило о прекращении направления указанному абоненту сообщений от отправителя «maria-ra», что подтверждается прилагаемым принт-скрином с платформы, через которую осуществлялось прохождение трафика с указанного идентификатора:

При этом ПАО «МегаФон» отметило, что полностью заблокировать направление рекламных сообщений по сети электросвязи в адрес абонента оператор не имеет возможности, поскольку:

-в силу соблюдения тайны связи (статья 63 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - ФЗ «О связи»)) не вправе знакомиться с содержанием направляемых по сети подвижной телефонной электросвязи сообщений, то есть отсутствия возможности определения их рекламного характера;

-в силу отсутствия у оператора сведений о согласиях, данных абонентом третьим лицам на получение от них рекламы.

Анализ представленных документов в адрес Кемеровского УФАС России в рамках рассмотрения данного обращения позволил установить, что абонентский номер <...> принадлежат Заявителю на основании договора оказания услуг связи № GF0232679352 от 26.04.2022, заключенного между Заявителем и ПАО «МегаФон». В данном договоре указано, что Абонент, согласен (если не указано другое) на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений о нем согласно пункту 14.14.2 Условий поставил галочку НЕ СОГЛАСЕН, а также Абонент согласен на передачу и поручение третьим лицам обработки данных клиента согласно пункту 14.14.3 Условий поставил галочку НЕ СОГЛАСЕН.

Кроме того, ранее при рассмотрении дела № 042/05/18-1366/2023 Кемеровским УФАС России было установлено, что Заявителем в адрес ПАО «МегаФон» 08.09.2023, 09.09.2023 направлялись отзыв согласия на получение рекламных смс, а также запрет о том, чтобы не поступали рекламные смс на абонентский номер заявителя (скриншоты переписки имеется в материалах).

Также установлено, что ПАО «МегаФон» прекратило направление Заявителю с абонентским номером <...> сообщений от отправителя «maria-ra».

Из Условий оказания услуг «МЕГАФОН.ТАРГЕТ», на которое ссылается ПАО «МегаФон», следует:

Канал коммуникации - способ размещения РИМ среди Конечных получателей: SMS-сообщение, MMS-сообщение.

Конечный получатель - физическое или юридическое лицо, являющееся Абонентом (пользователем) Оператора или иного оператора связи России, получающее/отправляющее информацию с помощью коротких текстовых сообщений от/к Корпоративного клиента/Корпоративному клиенту в рамках Услуги.

Корпоративный клиент - Абонент, являющийся юридическим лицом или

индивидуальным предпринимателем, заключивший с Оператором договор об оказании услуг связи, на основании которого ему выделен абонентский номер для оказания Услуги.

Оператор связи (Оператор) - ПАО «МегаФон», в том числе Столичный филиал, Центральный филиал, Северо-Западный филиал, Поволжский филиал, Кавказский филиал, Уральский филиал, Сибирский филиал, Дальневосточный филиал.

Рекламно-информационные материалы (РИМ) - сообщения, направленные на информирование об услугах, товарах (объект рекламирования) Корпоративного клиента, или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые Корпоративным клиентом, предназначенные для размещения посредством SMS/MMS-сообщения.

Таргетирование (Таргет) - опция Услуги, представляющая собой услугу по аналитической выборке, включающей определенные параметры Конечных получателей, соответствующих установленным Корпоративным клиентом критериям (пол, возраст, начисления за услуги связи, роуминг, географическая принадлежность, «согласие» и т.п.). Под Таргетом «согласие» понимается применяемый при размещении РИМ среди абонентов из Перечня абонентских номеров Корпоративного клиента критерий проверки на наличие согласия Конечного получателя на получение рекламы третьих лиц.

Услуга «МегаФон.Таргет» (Услуга) – деятельность Оператора по рассылке SMS/MMS-сообщений, содержащих РИМ Корпоративного клиента, от Корпоративного клиента до оборудования связи Оператора, а также деятельность Оператора по размещению РИМ Корпоративного клиента среди абонентов иных операторов связи России в //Каналах коммуникации.

На основании вышеизложенных терминов, Заявитель - Конечный получатель, ООО «Розница К-1» - Корпоративный клиент, ПАО «МегаФон» - Оператор связи (Оператор), смс-сообщение - Рекламно-информационные материалы (РИМ).

Согласно пункту 5.3 Условий оказания услуг «МЕГАФОН.ТАРГЕТ» Оператор имеет право не принимать к размещению РИМ, незамедлительно прекращать размещение РИМ или ограничить возможность использования Корпоративным клиентом какой-либо Индивидуальной подписи отправителя если не получено либо отозвано согласие Конечного получателя на получение РИМ.

Таким образом, ПАО «МегаФон» имеет право не принимать к размещению смс-сообщения, незамедлительно прекращать размещение смс-сообщения или ограничить возможность использования ООО «Розница К-1» какой-либо Индивидуальной подписи отправителя если не получено, либо отозвано согласие Заявителя на получение смс-сообщения.

Из пунктов 5.11, 5.12, 5.13, 5.14 Условий оказания услуг «МЕГАФОН.ТАРГЕТ» следует, что Корпоративный клиент до размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров/адресов электронной почты Корпоративного клиента обязан получить согласие Конечного получателя на получение РИМ посредством SMS/MMS-сообщений, электронных сообщений в мессенджере Viber, сообщений электронной почты от Корпоративного клиента/ Заказчика (пункт 5.11).

Использование Услуги Корпоративным клиентом для размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров/адресов электронной почты Корпоративного клиента означает наличие у Корпоративного клиента согласия Конечного получателя на получение РИМ посредством соответствующего Канала коммуникации от Корпоративного клиента/Заказчика. Согласие должно быть получено в форме, достаточной для идентификации Конечного получателя и подтверждения его волеизъявления на получение РИМ посредством соответствующего Канала коммуникации от Корпоративного клиента/Заказчика, и должно в обязательном порядке содержать абонентский номер/адрес электронной почты, по которому Конечный получатель дал согласие на получение РИМ через соответствующий Канал коммуникации. Абонентский номер, по которому Конечный получатель дал согласие на получение РИМ через SMS/MMS-сообщения, должен быть указан в соответствии с международным форматом (например: +7 (9XX)XXX - XX - XX) (пункт 5.12).

В случае размещения РИМ среди Конечных получателей из Перечня абонентских номеров/адресов электронной почты Корпоративного клиента, Корпоративный клиент обязан в течение 3 рабочих дней с момента получения требования Оператора предоставить документальное подтверждение предварительного согласия Конечного получателя на получение РИМ посредством соответствующего Канала коммуникации от Корпоративного клиента/Заказчика (пункт 5.13).

В случае не подтверждения либо отзыва согласия Конечного получателя на получение РИМ посредством соответствующего Канала коммуникации от Корпоративного клиента/Заказчика, Корпоративный клиент обязуется прекратить направление РИМ посредством такого Канала коммуникации Конечному получателю, в том числе при поступлении сведений об отсутствии, либо об отзыве согласия Корпоративному клиенту от Оператора (пункт 5.14).

В соответствии с пунктом 14.14.2 подписывая Договор, Абонент предоставляет Оператору на весь срок действия Договора согласие на получение рекламы при использовании Услуг, а также использование сведений об Абоненте (за исключением сведений, составляющих тайну связи), включая обработку персональных данных в соответствии с настоящими Условиями, в целях продвижения товаров, работ, услуг Оператора и третьих лиц, в том числе путем осуществления прямых контактов с Абонентом с помощью средств связи.

Согласно статье 2 ФЗ «О связи» под абонентом понимается пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также - рассылка) 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 или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено (часть 1 статьи 44.1 ФЗ «О связи»).

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» согласно части 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.

Поскольку ФЗ «О рекламе» не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе»).

В данном случае бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламодателе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

Таким образом, действия ПАО «Мегафон» по распространению спорной рекламы посредством направления смс-сообщения от maria-ra на абонентский номер <...> Заявителя после его отказа от рекламы, содержат признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Частью 1 статьи 18 ФЗ «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 реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Из обращения следует, что согласие на получение спорной рекламы посредством смс-сообщения от maria-ra на абонентский номер <...> Заявителя, Заявитель отозвал, следовательно, распространение ПАО «Мегафон» 10.01.2024 18:25 спорной рекламы посредством смс-сообщения от maria-ra без согласия абонента с абонентским номером <...>, содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламодатель.

Согласно пункту 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламодатель-лицо,

осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В данном случае рекламораспространителем является ПАО «Мегафон».

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

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № 042/05/18-203/2024 по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Признать лицами, участвующими в деле:

Заявитель – физическое лицо;

Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ПАО «Мегафон» (юридический адрес: 127006, город Москва, Оружейный переулок, дом 41, ОГРН: 1027809169585, дата присвоения ОГРН: 15.07.2002, ИНН: 7812014560, КПП: 770701001).

3. Назначить дело № 042/05/18-203/2024 к рассмотрению на 19 марта 2024 года на 11 часов 00 минут по адресу: 650000, г. Кемерово, ул. Ноградская, д.5, каб. 309. Регистрация участников дела состоится в 10 часов 50 минут в каб. 316, ссылка для участия посредством видео-конференц-связи <https://fas2.tconf.rt.ru/c/4679283102>.

При этом полномочия представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, должны быть оформлены в соответствии с законодательством Российской Федерации и соответствующие документы направлены в адрес Кемеровского УФАС России.

4. ПАО «МегаФон необходимо представить в адрес Кемеровского УФАС России в срок до 15 марта 2024 года представить пояснения о наличии в договоре № GF0232679352 от 26.04.2022 различной информации с приложением подтверждающих документов:

В договоре об оказании услуг № GF0232679352 от 26.04.2022 по абонентскому номеру <...> (приложение № 1), представленном ПАО «Мегафон» (исх. № 5/7-LASB-Исх-00331/24 от 05.02.2024, вх. от 06.02.2024 № 1236-ЭП/24) на запрос от 19.01.2024 № ТМ/442/24 и в представленном физическим лицом договоре об оказании услуг № GF0232679352 от 26.04.2022 по абонентскому номеру <...> (приложение № 2) имеется разная информация, а именно:

-изменилось ФИО представителя;

-в разделе «Информация о SIM-карте и дилере» вместо надписи «Абонентский номер<...>» появилась надпись «Абонентский номер / Идентификатор <...>»;

-в разделе «Данные клиента» справа от условия (согласен на передачу и поручение третьим лицам обработки данных клиента согласно пункту 14.14.3 Условий) появилась галочка в поле не согласен;

-в разделе «Согласие с условиями Договора» справа от условия (согласен на получение рекламы при использовании Услуг и использование сведений обо мне согласно пункту 14.14.2 Условий) появилась галочка в поле не согласен;

-слева внизу раздела «Согласие с условиями Договора» договора, представленного физическим лицом, указано ПАО «Мегафон», 127006, г. Москва, Оружейный пер., д. 41, 88005500500, megafon.ru, а внизу раздела «Согласие с условиями Договора» договора, представленного ПАО «Мегафон» указано Сибирский филиал ПАО «Мегафон», 630015, г. Новосибирск, ул. Планетная, 30 литера А 8 800 550 0500. megafon.ru.

В случае отсутствия какой-либо информации из запрашиваемого перечня или невозможности ее предоставления необходимо указать причины отсутствия данной информации.

Одновременно сообщаем, что независимо от формы участия, все письменные пояснения и документы будут всесторонне изучены и учтены при рассмотрении дела.

Заместитель председателя Комиссии <...>